

APPLICAZIONI DELLA *STIPULATIO* IN MATERIA CREDITIZIA
E PROBLEMA DELLA CAUSA NEL DIRITTO ROMANO
CLASSICO

Aldo PETRUCCI*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Brevi considerazioni sulla stipulatio e sul suo uso nelle operazioni creditizie dell'età classica*. III. *La stipulazione di pagare una somma di denaro non ancora ricevuta in prestito e l'eccezione di denaro non versato (exceptio non numeratae pecuniae)*. IV. *L'intermediazione creditizia dei banchieri nelle vendite all'asta (auctiones) e le eccezioni ad essi opponibili (exceptiones argentariae)*. V. *Osservazioni conclusive*.

I. PREMESSA

In un'epoca, in cui la maggioranza della dottrina civilistica (e non solo) sembra orientata a valutare in termini positivi l'eventuale esclusione della causa dai requisiti essenziali del contratto¹ ed i progetti di unificazione del diritto contrattuale internazionale ed europeo ne prescindono completamente,² sembra utile svolgere alcune riflessioni sul ruolo che essa era chiamata a rivestire concretamente nel diritto romano classico in riferimento ad alcune specifiche applicazioni della *stipulatio*.

* Professore Ordinario di Diritto Romano dell'Università di Pisa, Italia.

¹ Su tale presa di posizione cfr., nella scienza giuridica italiana, l'ampia sintesi e le puntuali osservazioni critiche di U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela in Il contratto e le tutele: Prospettive di diritto europeo* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 e ss.

² Cfr. sul punto, in Italia, E. Navarretta, "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti" in *Riv. Dir. comm.* CI, 2003, 979 e ss.

II. BREVI CONSIDERAZIONI SULLA *STIPULATIO* E SUL SUO USO NELLE OPERAZIONI CREDITIZIE DELL'ETÀ CLASSICA

Come è a tutti noto,³ la stipulazione (*stipulatio*) è un contratto dalle origini antichissime, essendo già menzionato nelle XII Tavole della metà del V secolo a.C. (*Tab. II, 1b*), consistente in una promessa che il debitore faceva al creditore nella forma di una domanda ed una risposta (ad esempio, prometti di dare cento monete? Prometto: *Centum nummos dare promittis? Promitto*). Nella sua forma più arcaica il debitore prometteva utilizzando il verbo *spondere* ed il contratto prendeva il nome di *sponsio*, apparteneva al *ius civile* e, in quanto tale, era riservato ai soli cittadini romani; ben presto però (già sul finire del IV secolo a.C.) entrò a far parte del *ius gentium*, divenendo accessibile anche agli stranieri e costituendo così uno dei più importanti “contratti internazionali”, tanto che si poteva concludere anche in lingue diverse dal latino, quali il greco, il punico, l'assiro ed altre⁴ (solo la *sponsio* restò esclusiva dei romani).

Dalla promessa conclusa attraverso la stipulazione poteva nascere a carico del solo debitore un'obbligazione di dare o di fare o di non fare, da cui la distinzione tra stipulazioni *in dando* e *in faciendo*, le prime aventi ad

³ Cfr., ad es., G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 127 e ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 559 e ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Padova, 1993, 439 e ss.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, 472 e ss.; F. Pastori, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, 36 e ss.

⁴ Cfr. Ulpiano, 48 *ad Sab.* in D. 45,1,1,6: *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae dubitari potest. Et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem* (Non importa se [il debitore] risponda in un'altra lingua. Perciò, se qualcuno abbia fatto la domanda in latino e gli si risponda in greco, l'obbligazione è costituita, e lo stesso vale nel caso contrario. Ma si può dubitare se questa regola si estenda solo alla lingua greca o anche ad un'altra, ad esempio, il punico o l'assiro o qualunque altra lingua. E in ciò che scrive Sabino, ma anche nella realtà si consente che la stipulazione si possa concludere in qualsiasi lingua, purché entrambe le parti la capiscano o da sole o per mezzo di un vero interprete). In dottrina si veda l'interessante articolo di Wacke, A., *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich* in *ZSS* (Rivista della Fondazione Savigny)110, 1993, 33 e ss.

oggetto il trasferimento della proprietà di qualcosa o la costituzione o il trasferimento di un diritto reale limitato, le seconde aventi ad oggetto qualunque altra condotta del debitore.⁵ Proprio per tale ampiezza del contenuto le parti, con questo contratto, erano in grado di regolare qualunque assetto di interessi fra di loro. Ciò non solo spiega la grande diffusione pratica della stipulazione, come testimoniano sia le fonti giuridiche⁶ che i documenti della prassi,⁷ ma ci fa anche comprendere il ruolo di “valvola di sfogo” da essa svolto nel sistema contrattuale romano classico, permeato profondamente dal principio della tipicità. Infatti la *stipulatio* era nello stesso tempo un contratto tipico (rientrando fra i contratti verbali nella classificazione delle Istituzioni di Gaio 3, 89 e di Giustiniano 3, 13, 2) ed un contratto di carattere generale, il cui contenuto non era predeterminato dall’ordinamento giuridico, come avveniva per le altre figure di contratti tipici, ma era lasciato al libero accordo delle parti.⁸

Nella sua configurazione originaria la stipulazione era caratterizzata da un rigido formalismo orale, tanto che Gaio sembra far nascere l’obbligazione più dalle parole che dall’accordo;⁹ da questo formalismo discendevano la necessità di una corrispondenza tra domanda e risposta (il debitore doveva promettere nella risposta con lo stesso verbo usato dal

⁵ Su questa distinzione si veda, ad es., Paolo, 12 *ad Sab.* in D. 45,1,2 pr. e I. 3,15,7. In dottrina, i manuali menzionati alla nota 1.

⁶ Si consideri, ad es., che il titolo 45,1 del Digesto, dedicato specificamente a questo contratto (*De verborum obligationibus*) è uno dei più lunghi e si compone di ben 141 frammenti.

⁷ Cfr. quelli menzionati in V. Arangio-Ruiz, *Negotia in Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA)* III, Firenze 1943, 393 e ss., e *Istituzioni di diritto romano*, rist. Napoli, 1989, 305 nt. 1; G. Cervenca, *Usura (diritto romano)* in *Enc.Dir.(ED)* XLV, Milano, 1992, 1126; M. J. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001, 82 e ss.

⁸ Sull’argomento cfr. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, cit., nota 3, 66 e ss., 163 e ss., 239 e ss.; M. Talamanca, *Contratto e patto nel diritto romano* in *Digesto delle Discipline privatistiche, sezione civile* IV, Torino 1989, 58 e ss. e *Conventio e stipulatio* in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* a cura di N. Bellocchi, Napoli, 1991, 163 e ss.; G. Melillo, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano* Napoli, 1994, 155 e ss.; F. Gallo, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare* in *Roma e America. Diritto romano comune* 7, 1999, 25 e ss.

⁹ Gaio, *Inst.* 3, 89 (... enim ... contrahitur obligatio ... verbis, infatti l’obbligazione si contrae con le parole) e 3, 92 (*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione...*, l’obbligazione verbale è fatta in base ad una domanda ed una risposta).

creditore nella domanda), l'unità dell'atto (la risposta doveva seguire immediatamente la domanda) e l'astrattezza del contratto, che implicava la nascita del vincolo obbligatorio a carico del debitore a prescindere dall'esistenza di una causa.¹⁰

Queste caratteristiche originarie vengono, però, con il tempo, ad attenuarsi o a scomparire. Già alla fine del I secolo d.C. l'elemento fondamentale è visto nell'accordo delle parti (la *conventio*), come afferma decisamente il giurista Sesto Pedio, citato da Ulpiano in D. 2,14,1,3.¹¹ Di conseguenza anche la corrispondenza tra domanda e risposta tende ad essere superata, secondo quanto testimonia ancora Ulpiano in D. 45,1,1,2, dove si dice che alla domanda del creditore il debitore poteva rispondere, anziché con lo stesso verbo, con le parole "e perché no?" (*quidni?*), atte a manifestare il suo consenso.¹² All'oralità ed alla connessa unità dell'atto si va sostituendo la forma scritta ed il documento, che fa fede della conclusione della stipulazione, da una funzione meramente probatoria (*ad probationem*) vie-

¹⁰ Cfr., per tutti, Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, cit., nota 3, 130 s.; Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., nota 3, 561 e ss.

¹¹ ... *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* (... a tal punto poi il nome di convenzione è generale, che elegantemente dice Pedio che non vi è nessun contratto, nessuna obbligazione, che non abbia in sé una convenzione, sia che si concluda un contratto reale o uno verbale: infatti anche la stipulazione, che è un contratto verbale, se non abbia il consenso, è nulla). In dottrina si vedano Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, cit., nota 3, 66 e ss.; F. Gallo, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale* in *Le teorie contrattualistiche romane*, cit., nota 8, 46 e ss. e *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., nota 8, 29 e ss.; Talamanca, *Conventio e stipulatio*, cit., nota 8, 210 e ss.

¹² *Si quis ita interroget "dabis?" responderit "quid ni?", et is utique in ea causa est, ut obligetur* (Se qualcuno farà la domanda "darai?" ed il debitore abbia risposto "perché no?", anche egli si trova nella situazione di essersi obbligato). Il punto di arrivo di questo processo di deformalizzazione della stipulazione è rappresentato dalla celebre costituzione dell'imperatore Leone del 472 d.C. in C. 8, 37(38),10 (e ricordata anche in I. 3,15,1), con cui si toglie ogni residuo valore all'uso di determinate parole, riconoscendo come unico elemento essenziale il consenso dei contraenti: *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae, suam habeant firmitatem* (Tutte le stipulazioni, anche se non siano state concluse con parole solenni o dirette, ma con qualunque parola che esprima il consenso dei contraenti, se riconosciute dalle leggi, mantengano la loro validità). Cfr. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, cit., nota 3, 131 s.; Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., nota 3, 562 s.

ne ad assumerne una costitutiva (*ad substantiam*).¹³ Ed infine, a partire dal I secolo a.C., l'intervento del pretore, prima, l'interpretazione dei giuristi e la Cancelleria imperiale, poi, riconoscono rilevanza giuridica all'elemento della causa, così da impedire, come vedremo fra breve, la produzione degli effetti del contratto in assenza della stessa.

Se consideriamo il regime fin qui descritto, non vi è dunque da stupirsi se proprio su tale contratto la scienza giuridica, cominciando già dall'età romana, ma ancor più nel periodo medievale e moderno, abbia costruito ed elaborato molti dei principi generali del contratto (ad esempio, in tema di requisiti dell'oggetto, di causa, di invalidità), attualmente vigenti negli ordinamenti contemporanei (e non solo del sistema romanistico o *civil law*).¹⁴

La duttilità della stipulazione permetteva alle parti di poter ricorrere al suo schema nei più diversi settori economici. Uno di questi, dove il suo impiego si trova ampiamente documentato, è proprio quello creditizio.¹⁵

Essa, infatti, accedeva normalmente al mutuo per far sorgere a carico del mutuatario anche l'obbligazione di pagare gli interessi (*stipulatio usurarum*), oltre a restituire il capitale;¹⁶ ma poteva essere pure utilizzata da sola in sostituzione del mutuo, oppure in collegamento a questo contratto.

Quando interveniva da sola, essa generava, fin dall'origine, entrambe le obbligazioni, quella avente ad oggetto il capitale e quella relativa agli inte-

¹³ Cfr. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, cit., nota 7, 330 e ss.; Grosso, *Il sistema romano*, cit., nota 3, 131 s. e *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 372 e ss.

¹⁴ Già nelle Istituzioni di Gaio, 3, 92 e ss. la materia della stipulazione consente al giurista di trattare i requisiti dell'oggetto del contratto, i vari casi di sua invalidità, le figure dei rappresentanti del creditore (*adstipulator* e *adiectus solutionis causa*), nei confronti dei quali il debitore poteva adempiere, la funzione di garanzia personale delle obbligazioni assolta dalle stipulazioni passivamente accessorie (*sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*). Un'identica trattazione si riscontra anche nella parte delle Istituzioni di Giustiniano relativa a questo contratto (3,15 e ss.), con l'aggiunta in più della stipulazione di una penale (*stipulatio poenae*), della solidarietà attiva e passiva e delle varie classificazioni di *stipulationes*. Per una rapida, ma efficace panoramica dell'evoluzione nelle età successive fino alle codificazioni, nel più vasto ambito della definizione di un concetto generale di contratto, si rinvia a Gallo, *Contratto ed atto secondo Labeone*, cit., nota 8, 37 e ss.

¹⁵ Cfr., in generale, per tutti, Talamanca, *Conventio e stipulatio*, cit., nota 8, 167 e ss. e M. Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, 1999, 225 e ss.

¹⁶ Cfr., in generale, R. Herrera Bravo, *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano*, Jaén, 1997, 61 e ss.; Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, cit., nota 15, 229 e ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

ressi, come evidenziano chiaramente alcune testimonianze della pratica degli affari¹⁷ e, almeno secondo la mia modesta opinione, gli stessi giuristi, i quali, allorché parlano di prestare e di prestito ad interesse (*faenerare, faeneratio*), sottintendono quelle stipulazioni, la cui causa consisteva appunto nel far fruttare il denaro ed era andata poco a poco tipicizzandosi.¹⁸ Nel caso di collegamento al mutuo, qualora la stipulazione fosse avvenuta contestualmente, non importa se prima o dopo tale contratto, i giuristi (in particolare Pomponio, Ulpiano e Paolo) ritenevano che esistesse una sola obbligazione a carico del debitore e che essa derivasse dalla stipulazione, negando così l'esistenza di una novazione dell'eventuale vincolo nascente dal mutuo.¹⁹

Diverso era invece il caso in cui la stipulazione precedesse il mutuo e fosse stata conclusa in vista di esso, in tal caso infatti l'obbligazione del debitore di restituire il capitale e gli eventuali interessi nasceva prima che gli fosse data effettivamente in prestito la somma richiesta.²⁰

¹⁷ Cui abbiamo fatto riferimento alla nota 5.

¹⁸ Su questo argomento mi sia permesso rinviare al mio studio *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione* in P. Cerami, A. Di Porto, A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004, 142 e ss., con citazione di altra letteratura.

¹⁹ Cfr. i due testi concatenati di Ulpiano, 46 *ad Sab.* in D. 46,2,6,1 e di Pomponio, 24 *ad Sab.* in D. 46,2,7 (*Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, et mox pecunia numerata sit et Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri*). Quando qualcuno ha dato in mutuo denaro senza una stipulazione e contemporaneamente conclude una stipulazione, il contratto è uno solo. La stessa cosa si deve dire anche se la stipulazione è stata fatta prima e poi il denaro è stato versato, e Quando, dopo aver dato denaro in mutuo, ci facciamo promettere la restituzione con stipulazione, non reputo che nasca un'obbligazione dalla dazione del denaro e che quindi essa sia novata dalla stipulazione, perché si è disposto ciò, che sia efficace la sola stipulazione e la dazione del denaro si deve considerare fatta per dare un contenuto alla stipulazione). Per Paolo cfr. D. 45,1,126,2. In dottrina si rinvia a Talamanca, *Conventio e stipulatio*, cit., nota 8, 168 e ss. Solo nella dogmatica giuridica postclassica nasce la categoria delle obbligazioni *re et verbis contractae*, anche se, forse, i germi si possono far risalire al giurista Modestino, della metà del III secolo d.C., in base a quanto è detto in D. 44,7,52 pr. e 3.

²⁰ Cfr., in generale, M. R. Cimma, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, 5 e ss.; W. Litewski, *Non numerata pecunia in klassischen römischen Recht in Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI) LX*, 1994, 405 e ss.

La stipulazione, inoltre, era correntemente usata anche per regolare gli aspetti creditizi, in rapporto al prezzo delle cose vendute all'asta, tra banchiere e venditore e tra banchiere ed acquirente.²¹

Ed è proprio nelle due ultime utilizzazioni ora ricordate (promessa del debitore anteriore all'effettivo versamento del denaro dato in prestito ed intermediazione creditizia del banchiere nelle vendite all'asta) che le fonti pongono in luce il carattere essenziale dell'elemento della causa della stipulazione, la cui assenza determina l'impossibilità della stessa di produrre i suoi effetti e di consentire quindi al creditore di far valere la propria pretesa.

E su questi due punti vorrei pertanto formulare alcune osservazioni in occasione del presente Congresso internazionale.

III. LA STIPULAZIONE DI PAGARE UNA SOMMA DI DENARO NON ANCORA RICEVUTA IN PRESTITO E L'ECCEZIONE DI DENARO NON VERSATO (*EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE*)

Come si diceva poco fa, la prassi degli affari ci fa apparire concretamente in uso una stipulazione, con cui il debitore prometteva di pagare al creditore una somma di denaro, con gli eventuali interessi, in previsione di riceverla in un futuro mutuo. Siamo in questo caso di fronte ad un contratto verbale che si configura come preliminare di un successivo contratto reale, un mutuo appunto, avente ad oggetto una certa quantità di denaro, la cui restituzione è già stata promessa dal debitore, prima ancora di averla ricevuta. La promessa assunta dal debitore verso il creditore consiste quindi in un impegno che il primo assume anticipatamente in funzione del contratto posteriore, con cui il secondo gli presterà quel determinato importo.

Ancora nella prassi vediamo che questo tipo di stipulazioni era attestato in documenti probatori, detti *cautiones* stipulatorie, tendenti sempre più, in conformità all'evoluzione storica descritta nel paragrafo precedente, a trasformare il contratto da orale a scritto. Accanto a questi documenti trovavano diffusione, soprattutto nelle province orientali dell'Impero, anche altri, che si indicano con il nome di *cautiones* semplici, in cui mancava il

²¹ Sul punto *cfr.*, in generale, la mia ricerca *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, 36 e ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

riferimento alla stipulazione, ma risultava l'impegno del debitore a restituire somme di denaro ricevute a credito.²²

Se, ovviamente, le cose si svolgevano nel modo dovuto e gli importi erano poi consegnati al debitore, nel caso in cui questi fosse stato in seguito inadempiente, il creditore avrebbe potuto far valere nei suoi confronti l'azione nascente dalla stipulazione (*actio ex stipulatu*) o l'azione per la restituzione (la *condictio*), che derivava dalla dazione del denaro.

Che succedeva, invece, se, una volta compiuta la stipulazione, non seguiva il contratto di mutuo e la consegna al debitore del denaro dato in prestito? Secondo le regole del *ius civile*, dato il carattere formale ed astratto della stipulazione, il debitore che aveva promesso restava ugualmente vincolato ed il creditore avrebbe potuto chiamarlo a rispondere con la relativa azione *ex stipulatu*, pur non avendo mai ricevuto la somma, che ora gli veniva richiesta.

Un primo rimedio, di carattere generale, per far fronte a tale situazione fu l'applicazione dell'eccezione di dolo generale (l'*exceptio doli generalis*), introdotta nel I secolo a.C. ad opera della giurisdizione del pretore.²³ Per mezzo di essa il debitore poteva opporsi all'azione del creditore e, provando la mancata consegna del denaro, sostenere l'assenza di una causa della sua promessa di pagarlo mediante stipulazione ed ottenere così l'assoluzione in sede giudiziale. Un'importante testimonianza dell'impiego di un tale rimedio è data dalle Istituzioni di Gaio 4,116a, dove si dice:

Veluti <si> stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse (Ad esempio, se io mi sia fatto promettere con stipulazione denaro da te in vista di versarti una somma di denaro per dartela a credito e poi non

²² Di questi ultimi parla, ad esempio, Gaio, *Inst.* 3,134, chiamandoli *chirographa et syngraphae* e dicendo che in essi il debitore scriveva di dovere o di dare qualcosa, senza la conclusione di una stipulazione (*si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat*) e che il tipo di obbligazione che ne nasceva era proprio degli stranieri (*quod genus obligationis proprium peregrinorum est*). Sui documenti (*cautiones*) stipulatorie o semplici si vedano, in dottrina, Cimma, *De non numerata pecunia*, cit., nota 20, 92 e ss.; Litewski, *Non numerata pecunia in klassischen römischen Recht*, cit., nota 20, 413 e ss., 450 e ss.

²³ Su di essa si veda, per tutti, il recente studio di M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Congresso in onore di A. Burdese)*, IV, Padova, 2003, 150 e ss.

certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia ini- quum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere

ti abbia versato tale somma, è certo che io possa chiederti in giudizio quel denaro, giacché tu sei obbligato a darmelo, essendo tenuto in base alla stipulazione; ma, poiché è iniquo che tu sia condannato per tale motivo, si è deciso che ti debba difendere con l'eccezione di dolo).

Come si vede, la fattispecie esaminata dal giurista è proprio quella da cui abbiamo preso le mosse: la stipulazione precede il mutuo ed è conclusa sul presupposto che questo contratto verrà realizzato. In realtà questo presupposto non si verifica, ma il debitore resta comunque obbligato, in forza del formalismo e dell'astrattezza della stipulazione, a prestare qualcosa che non ha mai ricevuto. Di qui l'iniquità di una situazione, che avrebbe condotto alla condanna del promittente, se non avesse avuto a sua disposizione per evitarla l'eccezione di dolo,²⁴ formulata con le parole tramandateci poco oltre (*Inst.* 4, 119) sempre da Gaio.²⁵ Con essa era infatti possibile allegare in giudizio l'assenza di causa del contratto formale ed annullarne perciò gli effetti. Il vocabolo *placet* (si è deciso), con il quale il giurista richiama questa soluzione, sta a dimostrare che essa all'inizio era discussa e non era univocamente accettata da tutti, ma che poi aveva finito per prevalere, per l'autorità di alcuni giuristi o per intervento dell'imperatore o del senato,²⁶ su quella rigidamente ancorata all'obbligatorietà, anche in tal caso, della stipulazione posta in essere.

Tuttavia, di fronte al ripetersi ed all'aggravarsi di queste situazioni, si avvertì il bisogno di creare uno nuovo rimedio, che si sostituisse o comunque si affiancasse all'eccezione di dolo, il cui carattere sussidiario faceva sì che ad essa si potesse ricorrere solo in assenza di specifici strumenti.

²⁴ Sul punto *cf.* Litewski, *Non numerata pecunia*, *cit.*, nota 20, 407 s.

²⁵ Gaio, *Inst.* 4, 119: *...nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur "si in ea re nihil dolo malo A. Ageri factum sit neque fiat"* (...infatti se, ad esempio, il convenuto dica che l'attore fa qualcosa con dolo, perché, per caso, richiede in giudizio una somma di denaro che non ha effettivamente versato, l'eccezione si formula così: "se in questa situazione non è stato commesso né si commette dolo da parte di A. Agerio -l'attore-").

²⁶ Su questo significato del verbo *placere* *cf.* Heumann, Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907, sotto la voce *placere*.

Nasce così l'eccezione del denaro non versato (l'*exceptio non numeratae pecuniae*), probabilmente nella seconda parte del II secolo d.C., nell'ambito del processo formulare e ad opera della giurisdizione pretoria.²⁷

Da due testi di Ulpiano apprendiamo che essa era modellata sul fatto di aver promesso senza aver poi ricevuto la consegna del denaro (si diceva perciò *in factum concepta*), non disponeva quindi di una specifica formula editale ed aveva inoltre un carattere complementare rispetto all'eccezione di dolo generale.²⁸

L'eccezione del denaro non versato passa poi nel nuovo processo civile della *cognitio extra ordinem*, concorrendo in un primo momento sempre con quella di dolo, ma presentando un regime giuridico nuovo, valevole per entrambe, in materia di onere della prova. A questo riguardo è fondamentale la disciplina dettata dalle costituzioni imperiali.

²⁷ Così Litewski, *Non numerata pecunia in klassischen römischen Recht, cit.*, nota 20, 407 e ss., la cui opinione appare preferibile a quella della dottrina dominante (riportata ed accolta da Cimma, *De non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 5 e ss., 91 e ss.), secondo la quale la genesi di tale rimedio andrebbe posta agli inizi del III secolo d.C., all'interno del nuovo processo civile (la *cognitio extra ordinem*) e per impulso della Cancelleria imperiale.

²⁸ Il primo di questi passi di Ulpiano (76 *ad ed.*) è in D. 44,4,4,16, dove il giurista nega che si possano utilizzare contro gli ascendenti ed i patroni le eccezioni di dolo e quelle che ne oltraggino i buoni costumi, mentre ammette quelle modellate su un fatto, come appunto l'eccezione di denaro non versato (*adversus parentes patronosque neque doli exceptio neque alia quidem, quae patroni parentisque opinionem apud bonos mores suggillet, competere potest: in factum tamen erit excipiendum, ut, si forte pecunia non numerata dicatur, obiciatur exceptio pecuniae non numeratae*, contro gli ascendenti ed i patroni non può competere né l'eccezione di dolo né un'altra, che oltraggi la reputazione dei buoni costumi dell'ascendente o del patrono; tuttavia si possono proporre le eccezioni modellate su un fatto, come, ad esempio, quando si oppone l'eccezione di denaro non versato, se si dica che effettivamente non è stato versato). Il secondo testo (7 *disp.*) è in D. 17,1,29 pr., e in esso si affronta la questione se il fideiussore, che abbia pagato, pur potendosi avvalere dell'eccezione di dolo o di quella del denaro non versato, possa agire in regresso contro il debitore principale, obbligatosi con stipulazione a pagare una somma mai corrispostagli (*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari ... ubi vero ignoraverit, nihil est quod ei imputetur...*). Se il fideiussore chiamato in giudizio, ignorando che al debitore non era stato versato il denaro, abbia pagato in base alla fideiussione, si pone la questione se possa ottenere quanto pagato con l'azione di mandato <contro il debitore principale>. E certamente, se con consapevolezza abbia trascurato di usare l'eccezione o di dolo o di denaro non versato, si considera essere in dolo ... qualora invece l'abbia ignorato, non vi è nulla da imputargli...). Su questi due testi si rinvia a Litewski, *Non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 408 e ss.

Precipua importanza ai nostri fini assume quella dell'imperatore Caracalla del 215, raccolta nel Codice giustiniano (C. 4,30,3), in cui si afferma:

Si ex cautione tua, licet hypotheca data, convenire coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur. (Se in base alla tua stipulazione sarai stato convenuto in giudizio, l'attore, anche se sia stato dato qualcosa in ipoteca, nel caso in cui gli opporrai l'eccezione di dolo o di denaro non versato sarà costretto a provare che la somma ti è stata versata; se egli non farà ciò, seguirà per te l'assoluzione).

Qui, come si vede, il caso è quello di un debitore, che aveva promesso di pagare una somma di denaro (e questa sua promessa risultava da un documento redatto a fini probatori), costituendo un'ipoteca a garanzia del pagamento. Ma il denaro non gli era mai stato effettivamente corrisposto ed ora voleva resistere al creditore, che lo aveva chiamato in giudizio per rispondere dell'inadempimento della promessa. In sua difesa la Cancelleria imperiale gli concede, in via alternativa, le due eccezioni, di dolo e di denaro non versato, mediante le quali il creditore attore dovrà fornire la prova di avergli dato i soldi, di cui pretende la restituzione, non considerandosi sufficiente a ciò la costituzione dell'ipoteca. In mancanza di questa prova il giudice procederà all'assoluzione del convenuto.²⁹

Dunque i rimedi rappresentati dalle due eccezioni sono, almeno in quest'epoca, concorrenti e possono essere utilizzati a scelta del debitore convenuto in giudizio. In dottrina si è parlato di un "regime transitorio" di convivenza di entrambi i mezzi processuali, precedente alla definitiva affermazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.³⁰

La loro disciplina risulta comunque unificata e produce come effetto quello di invertire l'onere della prova, ponendo a carico dell'attore la dimostrazione di avere realmente dato il denaro, di cui vuole la restituzione in base alla stipulazione conclusa dal convenuto. Si tratta di un effetto di

²⁹ Su tale passo cfr., in dottrina, Cimma, *De non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 54 s., 91 e ss. (con ulteriore letteratura); 419 e ss.; Litewski, *Non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 419 e ss.; Salazar Revuelta, *La gratuidad del mutuum, cit.*, nota 15, 237.

³⁰ Così Cimma, *De non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 91.

grande rilievo e del tutto nuovo rispetto a quello normalmente esplicito dalle eccezioni processuali, in cui grava sul convenuto, che le ha opposte, l'onere di provare le circostanze in esse affermate (*reus in exceptione actor est*, il convenuto nell'eccezione è attore, secondo quanto dice Ulpiano in D. 44,1,1). Si passa così da un sistema, dove era il debitore a dover dimostrare, nell'eccezione di dolo, di non aver mai ricevuto il denaro, che aveva in precedenza promesso con stipulazione di pagare, ad un sistema, dove la proposizione da parte sua dell'eccezione di non aver mai ricevuto il denaro, nella forma specifica dell'eccezione di denaro non versato o anche in quella generale di dolo, determinava il trasferimento dell'onere probatorio in capo al creditore, il quale, se voleva ottenere la condanna giudiziale del debitore, era tenuto a dimostrare l'effettiva consegna da parte sua del denaro. E a tal fine, come si è visto, non bastava l'eventuale costituzione di una garanzia reale.

Dopo il provvedimento imperiale ora esaminato nessun altro parla più di una concorrenza delle due eccezioni, ma si fa unicamente riferimento a quella del denaro non versato, inducendo, con fondamento, a supporre questa che fosse ormai divenuta l'unico rimedio esperibile.

Il discorso appena svolto vale ovviamente anche per l'ipotesi in cui l'impegno a pagare una somma di denaro, non consegnata poi al debitore, fosse risultato da un documento in cui non si faceva menzione della stipulazione (le *cautiones* semplici, di cui parlavamo prima), ed anzi non pochi studiosi sono convinti che l'eccezione di denaro non versato (*exceptio non numeratae pecuniae*) sia sorta proprio in quest'ambito, estendendosi solo in seguito alle stipulazioni ed ai documenti stipulatori.³¹

Da una costituzione di Alessandro Severo del 228, racchiusa anch'essa nel Codice di Giustiniano (C. 4,30,8), apprendiamo che per la nostra eccezione era stato introdotto un termine di esperibilità, di cui però non si dice nulla. Si è quindi pensato, con plausibili argomentazioni, che in origine questo non esistesse, essendo l'eccezione perpetua, e che fosse poi fissato caso per caso (mancano notizie in proposito nelle fonti), onde assicurare esigenze di certezza per i rapporti giuridici. Alla fine, poco prima di questa

³¹ La questione risulta assai dibattuta: per una panoramica delle varie posizioni cfr. Cimma, *De non numerata pecunia*, cit., nota 20, 96 e ss., che finisce per aderirvi. *Contra* Litewski, *Non numerata pecunia*, cit., nota 20, 448 e ss., che la pone in connessione con i soli documenti stipulatori.

costituzione, ne fu stabilito uno generale, che, almeno in tale epoca, era di un anno.³²

L'eccezione appena vista, malgrado fosse il più importante, non era tuttavia l'unico rimedio di nuova creazione per fronteggiare il fenomeno delle stipulazioni creditizie *sine causa* ora in esame. Se essa, infatti, poteva servire ove fosse stato il creditore ad agire, che succedeva in caso di sua inerzia? Il promittente aveva modo di estinguere la propria obbligazione nascente da un contratto privo di causa? Una chiara risposta ci viene data da una costituzione di Alessandro Severo del 223, contenuta anch'essa nel Codice di Giustiniano (C. 4,30,7), dove si riporta:

Si quasi accepturi mutuum pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis

(Se avete promesso al vostro avversario in previsione di accettare denaro in mutuo, che non è stato poi versato, potete ottenere la liberazione dall'obbligazione con l'azione di ripetizione, anche se l'attore non richieda in giudizio, oppure contro lui che agisce potete usare l'eccezione di denaro non versato).

Anche qui ci troviamo di fronte alla consueta fattispecie di partenza: due persone hanno promesso con stipulazione il pagamento di una quantità di denaro, che non gli viene però successivamente data. Qualora il creditore della promessa agisca, i debitori hanno a disposizione il consueto strumento dell'eccezione del denaro non versato, questa volta attribuita in esclusiva e non più in concorrenza con l'eccezione di dolo. Se invece il creditore non vanta in giudizio la propria pretesa oppure prima ancora che la vanti, i debitori possono, a loro volta, esercitare un'azione, detta *condictio liberationis*, con la quale, adducendo e provando il mancato versamento della somma, chiedono di essere sciolti dal loro vincolo.³³

Questa costituzione, ormai da tempo considerata attendibile,³⁴ è di grande interesse, perché ci informa della predisposizione di un più ampio regime

³² Sul punto *cfr.*, per tutti, Litewski, Non numerata pecunia, *cit.*, nota 20, 427 e ss., 451 e ss.

³³ Su questa costituzione si vedano, in dottrina, Cimma, *De non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 147 e ss. (con altra bibliografia); 419 e ss.; Litewski, Non numerata pecunia, *cit.*, nota 20, 426 s.

³⁴ Si vedano gli Studiosi menzionati alla nota precedente.

a tutela del debitore di una stipulazione senza causa, in cui, oltre a strumenti di difesa (le due eccezioni sopra viste), ne erano previsti altri, attivabili su iniziativa del debitore stesso e diretti a liberarlo dalla sua obbligazione.

In primo luogo, va annoverata l'azione, che abbiamo appena menzionata, la *condictio liberationis*, le cui origini si fanno anch'esse risalire al processo formulare, nonostante nulla si sappia della sua formula. Era comunque sottoposta ad un termine di prescrizione, ma, dato il silenzio delle fonti, è incerto quale fosse, pur se appare più plausibile che sia lo stesso dell'eccezione.³⁵

In aggiunta a tale azione, le fonti giuridiche collocano in questo stesso arco di tempo (i primi decenni del III secolo d.C.) le origini anche di altri due rimedi: l'azione per conseguire la liberazione e nel contempo la restituzione del documento probatorio (la c.d. *condictio scripturae*)³⁶ ed un atto intimatorio, detto *contestatio*, creato dalle costituzioni imperiali sulla base della prassi e solitamente identificato con la querela relativa al denaro non versato (*querella non numeratae pecuniae*),³⁷ diretto ad ottenere l'interruzione dei termini di prescrizione dell'eccezione e delle azioni ora viste, con il risultato di consentirne sempre l'utilizzo al debitore.³⁸

IV. L'INTERMEDIAZIONE CREDITIZIA DEI BANCHIERI NELLE VENDITE ALL'ASTA (*AUCTIONES*) E LE ECCEZIONI AD ESSI OPPONIBILI (*EXCEPTIONES ARGENTARIAE*)

In età classica è noto che i banchieri organizzavano vendite all'asta private o su richiesta del venditore, chiamato *dominus auctionis*, per conse-

³⁵ Cfr. Cimma, *De non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 147 e ss.; Litewski, *Non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 426 s.

³⁶ Si veda la costituzione di Gordiano del 240 in C. 2,6,3, nella cui parte finale, in alternativa all'*exceptio non numeratae pecuniae*, si allude alla possibilità per il debitore di richiedere con azione, secondo l'uso già affermatosi, la restituzione del documento stipulatorio: *...competenti exceptione non numeratae pecuniae tutus es et ex hac causa cautionem interpositam usitato more potes condicere* (...sei al sicuro mediante la competente eccezione di denaro non versato ed in questa stessa situazione puoi chiedere giudizialmente la restituzione del documento secondo il solito costume). Da tali parole è facile dedurre che questa azione fosse già in uso precedentemente. Sul passo si rinvia alla dottrina citata alla nota precedente.

³⁷ Per la elencazione e discussione delle fonti su tale atto cfr. Cimma, *De non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 133 e ss., 160 e ss. La denominazione *querella non numeratae pecuniae* ricorre per la prima volta nella costituzione di Caracalla in C. 4,30,4.

³⁸ Cfr. su tutto l'argomento ancora lo studio di Litewski, *Non numerata pecunia, cit.*, nota 20, 422 e ss., 454 e ss., con bibliografia.

guire attraverso la gara il prezzo migliore per la merce (e in questo caso potremmo parlare di *auctiones* “fisiologiche”), oppure su richiesta del creditore fiduciario o pignoratizio per ottenere la soddisfazione del proprio credito rimasto inadempito, di cui la merce rappresentava la garanzia (ed allora ci troviamo di fronte ad *auctiones* di tipo “patologico”).³⁹ La vendita all’asta si presentava come uno strumento alternativo alla compravendita consensuale accompagnata dal patto dell’*in diem addictio*, mediante il quale venditore ed acquirente convenivano che il contratto avrebbe avuto efficacia solo se entro un certo termine non fossero state offerte condizioni di acquisto migliori.⁴⁰ La scelta di incaricare un banchiere di procedere ad un’asta, se aveva l’inconveniente per il venditore della sopportazione delle spese organizzative, presentava gli indubbi vantaggi dell’allargamento del numero dei potenziali acquirenti, grazie al sistema di pubblicità ed alla clientela del banchiere stesso, e soprattutto della certezza del conseguimento del prezzo della merce venduta, per via dell’impegno che quest’ultimo assumeva espressamente in tal senso, come si vedrà fra breve.

Nello svolgimento dell’asta il banchiere si avvaleva dell’ausilio di un banditore, le cui funzioni erano meramente esecutive: presentare la merce da vendere, dichiarare l’esistenza di certe qualità della cosa, raccogliere ed eventualmente rilanciare le offerte, proclamare l’aggiudicazione al miglior offerente, ricevendo per questo un compenso, il *praeconium*.

L’acquirente era colui al quale la merce era aggiudicata dal banditore per aver presentato la migliore offerta, nel senso di migliori condizioni di acquisto, non necessariamente consistenti nella somma più elevata, ma anche in un più facile o più rapido pagamento, in un luogo più opportuno di versamento del prezzo, in un compratore più solvibile, nella richiesta di minori garanzie dal venditore.

Questo tipo di compravendita avveniva in tre fasi: predisposizione delle condizioni generali d’asta e loro pubblicità mediante affissione nel mercato (*proscriptio*); gara tra migliori offerenti (*licitatio*) ed aggiudicazione della cosa al migliore.

³⁹ Sull’argomento in generale si rinvia a García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, cit., nota 6, 116 e ss. ed al mio studio *Profili giuridici delle attività e dell’organizzazione delle banche romane*, cit., 36 e ss.

⁴⁰ Cfr., per tutti, Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, cit., nota 3, 462; Marro-ne, *Istituzioni di diritto romano*, cit., nota 3, 490.

In dottrina⁴¹ si è discusso se queste condizioni generali si configurino come un'offerta di concludere il contratto oppure come un semplice invito ad offrire. Conseguentemente, le varie offerte avanzate dai gareggianti sono state viste o come un'accettazione dell'offerta o come una risposta all'invito; e così anche la natura giuridica dell'aggiudicazione varia, perché, nel primo caso, possiede un valore meramente dichiarativo del contratto già concluso, mentre, nel secondo, viene ad assumere un carattere costitutivo della conclusione del contratto di compravendita. Si esclude comunque in ogni caso che essa producesse effetti reali, determinando il trasferimento della proprietà in capo all'acquirente, in quanto a tal fine era necessario un apposito atto traslativo (*traditio* o *mancipatio*).

Il ruolo esplicito dal banchiere in questa compravendita era quello di un'intermediazione finanziaria, realizzata attraverso l'impiego di stipulazioni aventi ad oggetto il prezzo tanto con il venditore quanto con l'acquirente.

Al venditore (il *dominus auctionis*) il banchiere prometteva il pagamento del prezzo della cosa venduta all'asta (*stipulatio pretii*), come testimoniano sia i giuristi⁴²

⁴¹ Rinvio sul punto a M. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico* in *Memorie Accademia dei Lincei* serie VIII, vol. VI, Roma, 1954, 136 e ss.

⁴² Cfr. il passo di Scevola, 5 dig. con annotazione di Claudio Trifonino in D. 46,3,88: *Filiae intestato patri heredis negotia mater gessit et res vendendas per argentarios dedit idque ipsum codice conscriptum: argentarii universum redactum venditionis solverunt et post solutionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit eamque maritum nuptum collocavit et res ei tradidit. Quaesitum est, an puella cum argentariis aliquam actionem habet, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditione datae sunt, sed mater. Respondit, si de eo quaereretur, an iure ea solutione argentarii liberati essent, responderi iure liberatos. Claudius: subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio, an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videantur matri, quae ius administrationis non habebat: ideoque si hoc sciebant non liberantur, scilicet si mater solvendo non sit. (La madre ha gestito i negozi della figlia erede del padre morto intestato ed ha dato le cose da vendere ai banchieri e questo stesso è stato scritto nel loro libro: i banchieri hanno pagato tutto quanto ottenuto nella vendita e dopo il pagamento per quasi nove anni la madre ha compiuto in nome della figlia tutto ciò che si doveva compiere e l'ha data in sposa al marito e le ha consegnato le cose. E' stato chiesto se la ragazza ha qualche azione con i banchieri, dal momento che non ella stessa si è fatta promettere i prezzi delle cose, che sono state date in vendita, ma la madre. Ha risposto che, se si chiedeva se di diritto con quel pagamento i banchieri fossero stati liberati, è risposto che di diritto sono stati liberati. Claudio: sussiste infatti per quella decisione giurisdizionale una questione pendente, se i prezzi delle cose, che sapevano essere della pupilla, essi risultino aver pagato in buona fede alla madre, che non aveva il diritto di amministrazione: perciò se lo sapevano non sono liberati, evidentemente se la madre non sia solvibile).*

che i documenti della prassi.⁴³ Tale stipulazione poteva atteggiarsi in due modi: o banchiere e venditore fissavano un prezzo certo da versare a que-

Il caso concreto, da cui i due giuristi prendono le mosse, è quello di una madre che, gestendo gli affari della propria figlia impubere, erede del padre morto intestato, ha incaricato dei banchieri di vendere alcune cose ereditarie, come risulta annotato nel libro contabile di questi ultimi. Essi realizzano la vendita all'asta e pagano alla madre l'intero ricavato. Dopo tale pagamento ella continua a concludere tutti i negozi in nome della figlia per quasi nove anni e, quando questa si sposa, le trasmette il patrimonio, ma non le somme ottenute dalla vendita all'asta. Il quesito è se la figlia possa esperire una qualche azione nei confronti dei banchieri, dal momento che la madre, e non lei, si è fatta promettere con *stipulatio* il prezzo delle cose vendute. Scevola risponde che con il pagamento effettuato alla madre i banchieri sono di diritto liberati, mentre Claudio Trifonino opera una distinzione: accoglie l'opinione di Scevola, se questi, che sapevano dell'appartenenza dei prezzi delle cose alla figlia, avevano pagato in buona fede alla madre ignorando che non aveva il diritto di amministrare, mentre, qualora fossero stati a conoscenza che non sussisteva un tale diritto, essi erano responsabili nel caso di insolvenza della madre. Per l'analisi di questo testo rinvio al mio studio *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane...*, cit., nota 21, 43 s.

⁴³ Ad es., una tavoletta (*TPSulp.* 81 del 45 d.C., ed. G. Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* I, Roma, 1999, 186) dell'archivio pompeiano dei Sulpici, una famiglia di banchieri o di imprenditori finanziari, vissuta nel I secolo d.C. in Campania, tra Pozzuoli e Pompei. Il fortunato ritrovamento di tale archivio nel 1959 ci ha permesso di prendere conoscenza, anche se talora incompleta, del contenuto di 127 tavolette, relative ad operazioni finanziarie (cfr. su di esse, di recente, P. Gröschler, *Die tabellae, Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkunden*, Berlin, 1997, 22 e ss.; Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., 22 e ss.; J. G. Wolf, *Der neue pompejanische Urkundenfund in ZSS* 118, 2001, 78 e ss.). In quella ora in esame si dice: *Ti(berio) Plautio Aeliano Tauro Statil[i]o Corvino co(n)s[ulibus] XII k(alendas) Iulias. A(ulus) Castricius s scripsi me promisisse C(aio) Sulp[ici]o [Fa]usto quanta pecunia ex auctione P(ublii) Servili Narcissi in stipulatum meum meorumve venit venerit deducta mercede[m] repraesentatum et et...* (Durante il consolato di Tiberio Plautio Eliano e Tauro Statilio Corvino, il dodicesimo giorno prima delle calende di luglio-20 giugno 45 d.C. lo Aulo Castricio ho scritto di aver promesso a Caio Sulpicio Fausto tutto il denaro che dalla vendita all'asta [delle cose] di Publio Servilio Narcisso forma o avrà formato oggetto di una stipulazione con me o con i miei ausiliari dedotta la mercede senza dilazione).

Qui il banchiere, identificato con Aulo Castricio dichiara di aver promesso al venditore, Caio Sulpicio Fausto, il pagamento della somma di denaro che egli o i suoi "collaboratori" si faranno promettere con stipulazione dall'acquirente dei beni di Publio Servilio Narcisso venduti all'asta, in quanto costituiti in garanzia reale di un'obbligazione rimasta inadempita. Da tale somma il banchiere dedurrà la mercede a lui spettante, come vedremo fra poco, per il servizio reso. Date le lacune della parte finale della scrittura, non è invece possibile stabilire se le parole *repraesentatum et* ("senza dilazione e") alludano alla necessità che il banchiere provveda al pagamento del prezzo al venditore non appena conclusa la vendita oppure non appena ricevuto dall'acquirente, oppure ad altri aspetti del loro accordo che ci sono ignoti. Per un esame più approfondito di questa tavoletta mi sia consentito di rinviare ancora al mio studio *Profili giuridici...*, cit., nota 21, 46.

st'ultimo, con possibilità per il primo di lucrare l'eventuale differenza in più alla quale fosse eventualmente riuscito a vendere la merce, oppure essi facevano riferimento a quel prezzo, indeterminato al momento della conclusione del contratto verbale (ma determinabile successivamente), che l'acquirente prometteva di pagare al banchiere a seguito della gara d'asta.

L'obbligazione del banchiere di corrispondere il prezzo al venditore, pur se collegata funzionalmente a quella assunta dal compratore nei suoi confronti, ne risultava indipendente, nel senso che il suo adempimento non aveva bisogno né della consegna della cosa al compratore né del previo adempimento da parte di quest'ultimo della sua obbligazione di pagare il prezzo. Una prova di ciò si deduce da un noto testo di Paolo, 71 *ad ed.* in D. 44,4,5,4:

Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino: agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is qui vendidit domino pretium solverit ([nam]⁴⁴ etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo is qui vendidit agit adversus dominum.

(Se uno schiavo è venduto da colui, al quale il proprietario lo ha permesso, e sia restituito al proprietario: al venditore che agisce per il prezzo è opposta l'eccezione di restituzione, anche se chi ha venduto abbia già pagato il prezzo al proprietario (infatti anche con l'eccezione della merce non consegnata è respinto anche chi ha già pagato il denaro al proprietario) e perciò chi ha venduto agisce contro il proprietario).

Questo testo, secondo una posizione ormai consolidata in dottrina,⁴⁵ nella sua stesura originaria alludeva ad uno schiavo venduto da un banchiere in un'asta, con la conseguenza che le espressioni “da colui al quale il proprietario lo ha permesso”, “chi ha venduto”, e forse anche “al venditore” sono state sostituite alle precedenti in cui il riferimento era ad un banchiere

⁴⁴ Inserimento suggerito dal Mommsen nella sua edizione del Digesto *ad h.l.*

⁴⁵ *Cfr.* gli Autori citati nella mia monografia A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C.-II secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 229 nt. 456, cui aggiungasi A. Bürge, “Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens in ZSS”, *Rivista della Fondazione Savigny*, 104, 1987, 481 nt. 71.

(*argentarius* o *coactor argentarius*).⁴⁶ Accettando tali sostituzioni, la fattispecie qui trattata sarebbe la seguente. Uno schiavo è venduto da un banchiere in un'asta, ma in seguito alla scoperta di un vizio è restituito dall'acquirente direttamente al venditore (*redhibitus sit domino*). Se il banchiere agisce in giudizio per il pagamento del prezzo, l'acquirente può opporgli un'eccezione fondata sulla restituzione (*exceptio opponitur redhibitionis*), anche nel caso in cui il primo abbia già pagato il prezzo al venditore. Ed infatti —si dice per inciso— anche con l'*exceptio mercis non traditae* si può respingere il banchiere che ha già pagato il venditore. In tal caso nei confronti di quest'ultimo egli può comunque agire per la restituzione del prezzo.

Il passo concerne anche le eccezioni opponibili al banchiere da parte del compratore, che aveva concluso con lui la stipulazione relativa al prezzo d'acquisto (le *exceptiones argentariae*, appunto), e quindi su di esso ritorneremo fra breve. Il solo punto che in questo momento ci interessa è la possibilità che il banchiere abbia pagato al venditore prima ancora ed a prescindere dalla consegna al compratore delle cose vendute all'asta e dal pagamento da parte dello stesso del prezzo di aggiudicazione.

Dalle scritture effettuate a fini probatori dal banchiere o dalle ricevute di pagamento del prezzo, rilasciate dal venditore al banchiere, si vede come quest'ultimo deducesse dall'importo una somma a titolo di compenso (*merces*) per aver organizzato e realizzato l'asta.⁴⁷ Tale riferimento ha indotto la dottrina —me compreso— a supporre che, in alternativa ad una *stipulatio*, i rapporti tra i due potessero essere regolati da un contratto di locazione conduzione d'opera (*locatio conductio operis*), in cui il venditore incaricava il banchiere di realizzare una vendita all'asta di proprie cose in cambio appunto di un compenso in denaro.⁴⁸ Oggi tuttavia mi sembra più plausibile una diversa lettura dei dati delle fonti, in base alla quale i due rapporti contrattuali, stipulazione e locazione d'opera, non si escludono quanto piuttosto si cumulano. Il primo contratto, infatti, era destinato a disciplinare gli aspetti relativi al prezzo che il venditore riceveva dal ban-

⁴⁶ La terza sostituzione non è ritenuta necessaria, ad es., da Ankum, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique* in *Studi Scherillo* I, Milano, 1972, 385 nt. 29, in quanto con *venditor* il giurista intenderebbe riferirsi al banchiere che ha venduto la cosa in nome (e per conto) del venditore.

⁴⁷ *Cfr.* la tavoletta dell'archivio dei Sulpici *TPSulp.* 81, riportata alla nt. 5, e diverse tavolette dell'archivio di Cecilio Giocondo (ad es., *CIL* IV, 3340, nn. 5, 24 e 25). Su di esse rinvio ancora al mio studio *Profili giuridici, cit.*, nota 21, 49.

⁴⁸ *Cfr.* Petrucci, *Mensam exercere, cit.*, nota 45, 229 e ss. e nt. 459.

chiere per i beni oggetto dell'asta, mentre la locazione d'opera governava i rapporti tra le parti in ordine alla realizzazione di quest'ultima. Quanto all'ammontare della mercede, alcune fonti sembrano indicare come importo ordinario l'1% del prezzo di vendita, ma sussistono indizi che le parti ne potessero pattuire anche uno più elevato (fino ad un 7-8%).⁴⁹

Colui al quale era aggiudicata la cosa normalmente si obbligava anch'egli con una *stipulatio* verso il banchiere al pagamento del prezzo. Questo era così dilazionato ad un momento successivo a quello della conclusione della compravendita ed il compratore beneficiava di un credito da parte del banchiere, che provvedeva in via autonoma a soddisfare il venditore. Ad un tale contratto con l'acquirente non si poteva ricorrere solo quando nell'avviso pubblico d'asta si richiedesse il pagamento in contanti.⁵⁰

La stipulazione, inoltre, veniva ad assumere la funzione di una condizione sospensiva della compravendita conclusa a seguito dell'asta.⁵¹ Se questa, con l'aggiudicazione, era perfetta, restava tuttavia aperta la questione di come indurre l'acquirente a vincolarsi per il prezzo verso il banchiere e non direttamente verso il venditore. Esisteva infatti un evidente interesse dell'operatore finanziario di fornire tale credito, in modo da poter lucrare dagli acquirenti eventuali interessi. Pur in assenza di dati espliciti nelle fonti, la costruzione giuridica come condizione ora indicata sembra meglio rispondere a questa esigenza.

Infine da questa *stipulatio pretii* discendevano effetti novatori dell'obbligazione del compratore verso il venditore in rapporto al contratto di compravendita. Si trattava di una novazione nello stesso tempo soggettiva

⁴⁹ Sull'argomento si rinvia a Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit., nota 41, 145 s; Petrucci, *Mensam exercere*, cit., nota 45, 231 e nt. 462 per altra letteratura, cui si aggiunga, da ultimo, García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., nota 6, 120. Le fonti che si è soliti richiamare per provare l'importo dell'1% sono l'orazione di Cicerone *Pro Rabirio Postumo* 11, 30 (*Ait enim, Gabinio pecuniam Postumus cum cogeret, decumas imperatarum pecuniarum sibi coegisse. Non intellego hoc quale sit, utrum accessionem decumae, ut nostri facere coactores solent in centesima, an decessionem de summa fecerit*, dice infatti che, quando Postumio esigeva il denaro da Gabinio, aveva esatto un decimo del denaro imposto. Non capisco che cosa sia ciò, se abbia compiuto un aumento di un decimo, come sono soliti fare i nostri esattori nelle aste per l'importo di un centesimo, oppure una detrazione dalla somma) e la rubrica della linea 1 della *lex metalli Vipascensis* sopra ricordata (*Centesima argentariae stipulationis*, un centesimo della stipulazione del banchiere).

⁵⁰ Come ci è documentato dalle tavolette nn. 90-92 dell'archivio dei Sulpicii, su cui si veda Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., nota 43, 188 e ss.

⁵¹ Sull'argomento si rinvia a Talamanca, *Contributi*, cit., nota 41, 139.

ed oggettiva, perché, da un lato, il creditore diveniva il banchiere e non più il venditore e, dall'altro, mutava la causa dell'obbligazione, dalla compravendita consensuale alla stipulazione.⁵²

Dell'esistenza della stipulazione qui considerata troviamo riferimenti espliciti o impliciti in varie fonti. Tra i primi vanno menzionati, ancora una volta, la documentazione della prassi (scritture del banchiere, ricevute di pagamento del venditore)⁵³ ed

⁵² Simili effetti novatori si deducono da un passo di Ulpiano, 15 *ad ed.* in D. 5,3,18 pr., dove il giurista tratta di un problema di responsabilità del possessore di un'eredità. Questi, dopo averla fatta vendere all'asta da un banchiere, perde il prezzo ricavato lasciato in deposito presso di lui, che non è più in grado di restituirglielo (...*si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit...*). Chiamato in giudizio dall'erede con la petizione dell'eredità, il possessore è ritenuto responsabile da Labeone per aver a proprio rischio lasciato al banchiere il prezzo dell'eredità venduta (*quia suo periculo male argentario creditit*), mentre secondo Ottaviano (fine I secolo - inizi II secolo d.C.), è responsabile solo per la trasmissione all'erede delle azioni da esercitare contro il banchiere. Ulpiano infine opta per l'una o l'altra soluzione, a seconda che il possessore dell'eredità fosse stato in mala o in buona fede. L'effetto novatorio della *stipulatio pretii* tra banchiere ed acquirente si evince in modo netto dalla circostanza che il venditore (= il possessore dell'eredità) può cedere all'erede le sole azioni contro il banchiere, non potendo far valere pretese dirette contro l'acquirente, in quanto il rapporto con lui avente ad oggetto il prezzo risulta sostituito da quello con il banchiere. *Cfr.* il mio studio *Profili giuridici, cit.*, nota 21, 54 s.

⁵³ Si vedano come esempi la *TPSulp.* 81, riprodotta alla nt. 5 e, tra i documenti dell'archivio di Cecilio Giocondo, la tavoletta del Corpo delle Iscrizioni Latine (*C.I.L.*) IV, 3340 n. 1 (= F.I.R.A. III, p. 405 s.), consistente in una dichiarazione (*testatio*) del venditore di aver ricevuto da uno schiavo del banchiere il pagamento del prezzo ricavato dalla vendita all'asta di un mulo: (*Sestertios*) *n(ummos) DXX ob mulum venditum [M.] Pomponio M. l(iberto) Niconi, quam pequniam in stipulatum L. Caecili Felicis redegisse dicitur M. Cerrinius Eup<h>rates. Eam pequniam omnem, quae supra scripta est, [n]umeratam dixit se [a]ccepsisse M. Cerrinius M. l(ibertus) [E]uphrates ab Philadelpho [C]aecili Felicis ser(vo). Actum Pompeis V k. Iunias Druso Caesare C. Norbano Flacco cos.* (520 sesterzi per il mulo venduto al liberto M. Pomponio Nicone, e questo denaro oggetto della stipulazione di L. Cecilio Felice si dice che abbia incassato M. Cerrinio Eufrate. E tutto quel denaro, che sopra è stato scritto, il liberto M. Cerrinio Eufrate ha detto di aver ricevuto in contante da Filadelfo schiavo di Cecilio Felice. Fatto a Pompei il quinto giorno precedente alle calende di giugno durante il consolato di Druso Cesare e C. Norbano Flacco - 28 maggio 15 d.C.). La tavoletta, secondo la comune interpretazione⁵³, attesta nella prima parte l'incasso da parte del venditore M. Cerrinio Eufrate del prezzo di 520 sesterzi, oggetto di una *stipulatio* tra il banchiere L. Cecilio Felice ed il compratore, il liberto M. Pomponio Nicone, per la vendita di un mulo. Nella seconda parte il venditore dichiara di aver ricevuto l'intera somma in contanti da Filadelfo schiavo del banchiere. L'espressione *in stipulatum L. Caecili Felicis* si ritiene quindi che alluda alla stipulazione del prezzo tra acquirente e banchiere, e non a quella tra quest'ultimo e venditore.

un passo (6,16) dell'orazione *Pro Caecina* di Cicerone, pronunciata tra il 69 ed il 68 a.C.⁵⁴

I più importanti dei riferimenti impliciti sono, invece, dati dalle c.d. *exceptiones argentariae*, cioè da quelle eccezioni che gli acquirenti in una vendita all'asta organizzata da un banchiere potevano opporre alla richiesta di quest'ultimo di pagare il prezzo.⁵⁵

Due in particolare i testi che le concernono, sui quali vorrei qui soffermarmi. Il primo è quello di Paolo in D. 44,4,5,4, riportato in precedenza, che tratta dell' 'eccezione di restituzione' (*exceptio redhibitionis*) e dell' 'eccezione della merce non consegnata' (*exceptio mercis non traditae*). La prima era opponibile al banchiere, che agiva, quando il compratore aveva restituito la cosa al venditore per la presenza di un vizio occulto, mentre la seconda nel caso in cui al compratore non fosse stata ancora consegnata la cosa che si era aggiudicato.⁵⁶

⁵⁴ Il cui testo è: Aebutio negotium datur. Adest ad tabulam, licetur Aebutius; deterrentur emptores multi, partim gratia Caesenniae, partim etiam pretio. Fundus addicitur Aebutio; pecuniam argentario promittit Aebutius; quo testimonio nunc vir optimus utitur sibi emptum esse (L'affare è dato ad Ebuzio. Ebuzio si presenta all'incanto, gareggia; molti compratori si ritirano, in parte per rispetto a Cesennia, in parte anche per il prezzo. Il fondo è aggiudicato ad Ebuzio; Ebuzio promette il denaro al banchiere; e di questa testimonianza che è stato da lui comprato quest'ottima persona ora si serve). Nella controversia circa l'impossessamento violento di un fondo appartenente all'eredità di Cesennia tra Cecina, suo secondo marito, difeso da Cicerone, ed Ebuzio, precedente "uomo di fiducia" della stessa, il grande oratore ricorda tra gli antefatti l'incarico dato dalla donna a quest'ultimo di acquistare tale fondo nell'asta, tenuta da un banchiere, dei beni ereditari del figlio Fulcinio morto prematuramente. A seguito dello svolgimento di tale asta, Ebuzio, come proponente della migliore offerta, ottiene l'aggiudicazione e promette con stipulazione (è questo il significato tecnico di promittit) il pagamento del prezzo al banchiere, che lo registra come compratore nel proprio libro relativo alle aste, come riportato nel successivo §17. Di tale prova intendeva avvalersi Ebuzio per dimostrare i propri diritti sul fondo.

⁵⁵ Su queste eccezioni si rinvia, da ultimo, al mio articolo *In margine a Gai 4,126a. Osservazioni sulla exceptio mercis non traditae e la praedictio ne aliter emptori res traderetur quam si pretium solverit in un'auctio argentaria in Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, 6, Napoli 2001, 311 e ss., con citazioni e commento di fonti e le più importanti indicazioni dottrinali.

⁵⁶ Cfr., tra gli altri, Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta, cit.*, nota 41, 126 e ss.; Thielmann, *Die römische Privatauktion zugleich ein Betrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961, 97 nt. 12; Ankum, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères cit.*, nota 46, 388; Bürge, *Römisches Bankwesen, cit.*, nota 45, 481 s.; Petrucci, *Mensam exercere, cit.*, 228 s.; De Churruca, "Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi ueber die argentarii im klassischen römischen Recht in ZSS", *Rivista della Fondazione Savigny*, 108, 1991, 313.

La predisposizione da parte del pretore di tali eccezioni presuppone l'esistenza di una stipulazione relativa al prezzo tra banchiere ed acquirente e la connessa azione (l'*actio ex stipulatu*) di stretto diritto. Se i loro rapporti si fossero, infatti, fondati su un contratto di compravendita, che era governato dalla buona fede e conseguentemente da un'azione di buona fede (*iudicium bonae fidei*), non si giustificerebbe la nascita di simili eccezioni, in quanto la buona fede non avrebbe consentito al banchiere di chiedere il pagamento del prezzo, se l'acquirente non era più o non era ancora in possesso della cosa comprata all'asta.

Il secondo testo è un passo delle Istituzioni di Gaio, 4,126a, dove si affronta il problema dei rapporti tra consegna della cosa venduta agli incanti e pagamento del prezzo. In esso si dice:

Item si argentarius pretium rei quae in auctionem venerit persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res quam emerit, tradita est; et est iusta exceptio; sed si in auctione praedictum est, ne ante emptori [res] traderetur, quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adiuvatur: AUT SI PRAEDICTUM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT.

(Allo stesso modo se un banchiere persegue il prezzo di una cosa che sia stata venduta all'asta, gli è opposta l'eccezione che così allora sia condannato il compratore, se gli è stata consegnata la cosa che abbia comprato; ed è una giusta eccezione; ma se nella vendita all'asta è stato preavvisato che la cosa non fosse consegnata al compratore prima che abbia pagato il prezzo, il banchiere è aiutato da una tale replica: O SE E' STATO PREAVVISATO CHE LA COSA NON FOSSE CONSEGNATA AL COMPRATORE SE NON DOPOCHE' IL COMPRATORE ABBIA PAGATO IL PREZZO).

Quando il banchiere agisce per conseguire il prezzo di una cosa venduta all'asta, gli si può opporre l'eccezione della merce non consegnata, già ricordata in D. 44,4,5,4, in base alla quale la condanna dell'acquirente che non ha pagato il prezzo è subordinata alla consegna della cosa stessa. Ma qualora il banchiere abbia in precedenza dichiarato —e tale dichiarazione sia riportata nell'avviso d'asta— che la merce non sarebbe stata consegnata all'acquirente, se prima non avesse pagato il prezzo, poteva contrappor-

re alla suddetta eccezione la replica (*replicatio*) fondata su tale dichiarazione preventiva (*praedictio*).

Anche il contenuto di questo passo si spiega solo presupponendo che il rapporto giuridico tra banchiere ed acquirente consistesse in una stipulazione avente ad oggetto il prezzo della cosa venduta all'asta, in quanto l'eccezione non sarebbe stata necessaria nel caso di azione nascente dalla compravendita consensuale (*actio venditi*), perché, come abbiamo detto, in quanto giudizio di buona fede (*iudicium bonae fidei*), essa aveva implicite in sé le eccezioni fondate sul dolo delle parti.

Il testo gaiano ora in esame apre inoltre ulteriori interessanti prospettive circa il regime di protezione dell'acquirente, che non avesse ancora ricevuto la cosa, verso il banchiere, che reclamasse il pagamento del prezzo.⁵⁷

Alla luce di quanto si è osservato, è evidente come la previsione di tali eccezioni nell'editto del pretore servisse a verificare l'esistenza di una causa nella stipulazione tra banchiere e compratore relativa al prezzo della cosa venduta all'asta. Qualora la causa fosse venuta meno o perché la cosa era stata restituita al venditore in quanto viziata, o perché non era stata ancora consegnata all'acquirente, esse producevano dunque l'effetto di rendere inefficace la pretesa del banchiere in quanto fondata su una stipulazione *sine causa*.

Resta infine da considerare brevemente quali fossero invece gli strumenti a disposizione di quest'ultimo, qualora a rivelarsi priva di causa fosse stata la *stipulatio pretii* intercorsa tra lui ed il venditore, perché, ad esempio, la merce era stata restituita a quest'ultimo per la presenza di un vizio (come ipotizzato in D. 44,4,5,4). Malgrado il silenzio delle fonti su tale punto, è da ritenere plausibile che operassero i consueti rimedi generali. Per cui, se il banchiere non avesse provveduto a pagare il prezzo, di fronte all'azione del venditore per reclamarlo, avrebbe potuto comunque avvalersi dell'eccezione di dolo generale, mentre, se vi avesse già provveduto, non gli restava altro che agire in ripetizione del prezzo pagato, probabilmente con una *condictio sine causa*.

⁵⁷ Dei quali mi sono occupato nei miei articoli *In margine a Gai 4,126a, cit.*, nota 55, 317 e ss.; *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano 'clásico' in Roma e America. Diritto romano comune* 13, 2002, 244 e ss.

V. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Se tiriamo le fila del discorso che siamo venuti sviluppando nei paragrafi precedenti, è possibile formulare qualche riflessione di carattere generale.

I. La stipulazione era una figura contrattuale particolarmente idonea alla realizzazione di operazioni creditizie e per questo appare adottata su larga scala. Si poteva utilizzare nei rapporti tra cittadini e stranieri, e quindi nell'ambito della contrattazione internazionale, attraverso l'uso di una qualsiasi lingua, purché comprensibile alle parti direttamente o mediante interprete. La sua semplice struttura, consistente in una domanda ed una congrua e contestuale risposta, e la rigidità del vincolo che ne discendeva, dovuto al suo formalismo ed astrattezza, ne facevano uno strumento sicuro ed affidabile, ovviando certamente allo svantaggio rappresentato dalla necessaria presenza delle parti alla sua conclusione. Questo vale anche quando il carattere orale della stipulazione si va perdendo nella prassi ed essa viene, oltretutto accompagnata, sempre più sostituita da documenti, contenenti la promessa del debitore, ai quali però il diritto romano classico riconosce una funzione meramente probatoria.

II. Il pretore, prima, l'interpretazione dei giuristi, subito dopo, e la Cancelleria imperiale, più tardi ancora, intervengono però, ciascuno nel proprio ambito, a correggere questa situazione in favore del debitore, quando la stipulazione conclusa per realizzare un'operazione creditizia, fosse risultata senza causa. Nei due contesti finanziari esaminati nei precedenti §§ 3 e 4 ciò porta alla nascita innanzitutto di eccezioni, vale a dire di rimedi da utilizzarsi in una chiave processuale difensiva, e poi anche di azioni e di altri strumenti in via offensiva.

Per le stipulazioni aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro in previsione di ottenerne la consegna in un futuro mutuo, l'assenza di causa, dovuta alla mancata conclusione di quest'ultimo, può essere opposta dal debitore, come si è visto, dapprima con l'eccezione di dolo generale (*exceptio doli*) e poi con quella specifica di denaro non versato (*exceptio non numeratae pecuniae*). Entrambe appaiono frutto di una creazione pretoria all'interno del processo formulare, su suggerimento dei giuristi, che ne determinano anche il passaggio all'interno del nuovo processo civile *extra ordinem* ed al diritto disciplinato dalle costituzioni imperiali, con l'affermarsi di un nuovo regime sull'onere della prova. In forza di questi

ultimi interventi il regime viene poi ampliato e perfezionato grazie al riconoscimento di mezzi, con il quali il debitore poteva portare in giudizio egli stesso l'assenza di causa attraverso specifiche azioni (*condictiones liberationis* e *cautionis*) e grazie all'introduzione di una *contestatio*, chiamata anche *querella non numeratae pecuniae*, per interrompere i termini di prescrizione.

Per le stipulazioni del prezzo tra banchiere e venditore e tra banchiere ed acquirente in occasione di una vendita all'asta, la venuta meno della causa può essere opposta da quest'ultimo, ancora una volta, mediante apposite eccezioni (le c.d. *exceptiones argentariae*) previste nell'editto del pretore, mentre il banchiere avrebbe potuto farla valere nei confronti del venditore o in forza dell'eccezione di dolo generale oppure, ove avesse già pagato il prezzo, agendo per la restituzione (*condictio sine causa*).

III. Attraverso tutti gli strumenti appena descritti viene data rilevanza giuridica al requisito della causa della stipulazione, superando il formalismo e l'astrattezza originari. Tale requisito viene così a rappresentare un valido ed indispensabile strumento di controllo, in sede giudiziale, da parte dell'ordinamento circa la serietà e l'effettività dell'impegno assunto dal debitore con questo contratto, svolgendo in qualche modo, per questa via, in un rapporto di stretto diritto la funzione che nei contratti di buona fede si raggiungeva attraverso il sapiente utilizzo in sede processuale di questa clausola generale.