

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CL - Fascicolo 2 2018



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.

Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia..... € 114,00

Formato cartaceo estero 164,00

Formato digitale (con login)..... 98,00

Formato digitale (con ip) 107,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 136,00

Formato cartaceo estero + digitale (con login) 185,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) 145,00

Formato cartaceo estero + digitale (con ip) 194,00

Fascicolo singolo cartaceo* 30,00

Fascicolo singolo digitale 25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN)

In distribuzione dal mese di agosto del 2018

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Ord. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università Di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” Di Roma

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Redazione

Dott.ssa Anna Acquaviva

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum

Dott. Matteo Carnì

Dott. Manuel Ganarin

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Alessandro Cassarino

EXCEPTIONES ARGENTARIAE ED ORDINE DI ADEMPIMENTO DELLE PRESTAZIONI NELLE VENDITE ALL'ASTA PRIVATE NEL DIRITTO DEL PRINCIPATO*

SOMMARIO: 1. I problemi. – 2. L'effettuazione delle *auktiones* private fra I secolo a.C. e metà del III secolo d.C. – 3. Il venditore in un'*auctio* e la configurazione della *stipulatio pretii* conclusa dal compratore. – 4. La *stipulatio pretii* ed il ruolo delle *exceptiones argentariae*. – 5. La *exceptio mercis non traditae* e l'antiorità delle prestazioni dei contraenti di una vendita all'asta. – 6. Il regime applicabile all'*emptio venditio* conclusa al di fuori di un'*auctio*. – 7. Conclusioni.

1. *I problemi*

Con la locuzione *exceptiones argentariae* la dottrina moderna è solita indicare quelle eccezioni, inserite nell'editto del pretore in favore dei compratori in una vendita all'asta privata (*auctio*), organizzata da un banchiere (*argentarius* o *coactor argentarius*), al fine di opporsi alla sua richiesta di pagare il prezzo fatta valere mediante *actio ex stipulatu*. Infatti, all'esito di una gara (*licitatio*) fra gli interessati, le cose messe in vendita erano aggiudicate al miglior offerente, il quale normalmente non pagava subito il prezzo, ma si obbligava, mediante *stipulatio*, a corrisponderlo al banchiere in un momento successivo. Quest'ultimo era perciò chiamato a svolgere la funzione di intermediatore finanziario, promettendo al venditore, designato come *dominus auctionis*, il prezzo dei

* Contributo sottoposto a valutazione.

beni venduti che, a sua volta, si faceva promettere dall'acquirente¹.

Se con l'aggiudicazione (*adiudicatio*) la vendita all'incanto è da considerarsi perfezionata, resta però aperta la questione di quale contraente fosse tenuto ad adempiere per primo, considerato il ruolo assunto dal banchiere: il venditore, che avrebbe dovuto consegnare la cosa comprata nell'*actio* prima di esigere il prezzo dall'*argentarius* o *coactor argentarius* o prima che questi potesse esigerlo dall'acquirente oppure l'acquirente stesso, il quale avrebbe dovuto prima pagare e poi pretendere la consegna? Il regime giuridico applicabile era il medesimo valevole per le *emptioes venditiones* consensuali

¹ Sulle *auktiones argentariae* esiste una vasta bibliografia: oltre agli studi ormai classici di M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Memorie Accad. Lincei (MAL)*, serie 8, vol. 6, Roma, 1954, p. 105 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, in *Studi Scherillo*, I, Milano, 1972, p. 386 ss., ricordiamo negli ultimi decenni J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J. C. – III siècle ap. J. C.)*, Rome, 1987, p. 177 ss., p. 389 ss.; ID., *Banque et affaires dans le monde romain, IVe siècle av. J. C. – III siècle ap. J. C.*, Paris, 2001, p. 66 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS, CIV* (1987), p. 481 ss.; F. STURM, *Stipulatio argentaria*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, p. 453 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, p. 98 ss., p. 227 ss.; ID., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002, p. 36 ss.; ID., *Riesame del ruolo dei banchieri nelle auktiones private nel diritto classico romano*, in *PISTOI DIÀ TÈN TECHNÈN. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of R. Bogaert*, Leuven, 2008, p. 277 ss.; ID., *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione*, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, Torino, 2010³, p. 126 ss.; ID., *Banchieri e vendite all'asta private tra tarda Repubblica e Principato*, in *Cultura giuridica e diritto vivente, Special Issue*, 2016, p. 1 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001, p. 116 ss.; M. GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Barcelona, 2005; N. DONADIO, *Le 'auktiones' private all'epoca di Plauto. Consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e loro tracce nella 'palliata' latina*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI, Milano, 2007, p. 117 ss.; EAD., «*Promissio auctionatoris*», in *Index*, XXXIX (2011), p. 524 ss., con ulteriore letteratura.

concluse senza il meccanismo dell'asta? Infine, si sarebbe potuto rimettere alla disponibilità dei contraenti un'eventuale modifica di tale regime?

Come cercheremo di dimostrare al termine della presente indagine, l'analisi di alcuni dati che ci sono pervenuti in tema di *exceptiones argentariae* può soccorrerci nello squarciare un velo sugli interrogativi ora esposti e nel porre le basi per soluzioni ricostruttive plausibili per i primi secoli dell'Impero. Ma prima occorre riesaminare più nel dettaglio le modalità di compimento di un'*auctio* ed i ruoli rivestiti in essa dal banchiere, dal *dominus auctionis* e dal compratore.

2. *L'effettuazione delle auctiones private fra I secolo a.C. e metà del III secolo d.C.*

In quest'arco di tempo, come è noto, i banchieri venivano frequentemente incaricati dell'organizzazione di aste private su richiesta del proprietario (o anche possessore o semplice detentore) per le cose da vendersi, che si prefiggeva in tal modo di ottenere il prezzo migliore, oppure su richiesta di un creditore fiduciario o pignoratizio desideroso di soddisfare i propri crediti garantiti dalle cose messe in vendita e rimasti inadempiti: in entrambe le situazioni il richiedente si designa nelle fonti con il nome di *dominus auctionis*.

All'interno delle varie categorie di operatori finanziari romani, riconducibili, in misura maggiore o minore, alla moderna nozione di banchieri, vediamo che soltanto gli *argentarii* ed i *coactores argentarii* si occupavano di organizzare *auctiones*, in quanto i dati delle fonti li menzionano esplicitamente, mentre tacciono sulla possibilità di farlo per gli appartenenti ad altre professioni bancarie (come *nummularii* e *collectarii*)². Malgrado tale silenzio, la dottrina moderna appare divisa fra

² Per questa rigorosa interpretazione letterale delle risultanze delle fonti si è pronunciato, in particolare, J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain*, cit., p. 177 ss., p. 389 ss.; Id., *Banque et affaires dans le monde romain*, cit., p. 66 ss., seguito da A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 289 ss.; Id., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., p. 15.

chi prende alla lettera le notizie degli antichi ed esclude con certezza queste ultime e chi invece avanza la congettura che, per lo meno, i *nummularii* potessero realizzarle già dalla fine del I secolo d.C., a seguito della progressiva unificazione delle funzioni fra le diverse figure di banchiere, che ci documenta la coeva casistica giurisprudenziale³.

La scelta di dare incarico ad un banchiere di procedere ad un'*auctio* non era necessitata, ma l'inconveniente per il venditore di dovergli pagare un corrispettivo (*merces*) per il servizio reso era ampiamente bilanciato dagli indubbi vantaggi dell'allargamento del numero dei potenziali acquirenti, grazie al sistema di pubblicità fornito dal banchiere stesso e soprattutto alla certezza del conseguimento del prezzo della merce venduta, per via dell'impegno che quest'ultimo assumeva mediante una *stipulatio pretii* con il *dominus auctionis*⁴.

³ L'opinione è stata avanzata ultimamente da A. PETRUCCI, *Banchieri e vendite all'asta private tra tarda Repubblica e Principato*, cit., p. 1 e Id., *Poteri e limiti per i negotiatores di predisporre le condizioni contrattuali fra tarda repubblica e principato*, in *SDHI*, LXXXIII (2017), p. 31, il quale sul punto sembra aver cambiato il proprio precedente orientamento. Sulla graduale osmosi di funzioni, che si riflette anche sulla terminologia per indicare un banchiere, si rinvia ancora a A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 27 ss., p. 274 ss.; Id., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., p. 15 ss., al quale si aggiunga A. FÖLDI, *Dubbi ed ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani*, in *Au delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, 1, Warszawa, 2000, p. 207 ss.

⁴ È inoltre probabile che fra loro si concludesse anche una *locatio conductio operis*, avente ad oggetto i vari aspetti inerenti all'espletamento dell'asta. Sui vantaggi del ricorso ad un banchiere e sulla duplice relazione contrattuale (*stipulatio* e *locatio operis*), che si sarebbe instaurata fra quest'ultimo ed il *dominus auctionis*, insiste soprattutto A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., p. 49; da ultimo, Id., *Banchieri e vendite all'asta private tra tarda Repubblica e Principato*, cit., p. 5 ss., il quale supera in tal modo le discussioni sorte in dottrina sull'inquadramento in via alternativa nell'uno o nell'altro schema contrattuale di queste relazioni: al riguardo v. M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, cit., p. 143 ss., con ampia rassegna delle tesi precedenti; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 200 ss., che alla fine optano per la *locatio conductio operis*; e N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 546 ss., favorevole invece allo schema stipulatorio.

Circa l'ammontare della mercede spettante al banchiere, pari normalmente all'1% del prezzo di vendita (Cic., *Pro Rabirio Postumo* 11,30; linee

L'espletamento dell'asta era preceduto da una fase di pubblicità, di cui abbiamo un'importante documentazione epigrafica nell'archivio dei Sulpici di Pompei, che si riferisce ad avvisi di vendite all'incanto di cose date in garanzia: in esso troviamo tavolette nelle quali sono riprodotte le clausole del patto tra debitore (o terzo datore) e creditore, che si aggiungeva al negozio costitutivo del pegno o della fiducia, qualora le *res obligatae* si fossero dovute vendere⁵. Si tratta di clausole relative alle cose da alienare, alla loro condizione giuridica, al prezzo ed alle modalità del loro pagamento, alla data, ora, luogo ed alle forme di svolgimento della vendita, che dovevano verisimilmente ricorrere in tutte le aste, anche al di fuori di quelle legate alla realizzazione di una garanzia, perché indicavano i termini contrattuali da osservare nell'acquisto realizzato tramite l'aggiudicazione⁶. Sotto questo profilo, non as-

1-9 della *Lex Metallī Vipascensis* in S. RICCOBONO, *F.I.R.A.* I², Firenze 1969, p. 503 ss.), ma forse elevabile anche ad un importo maggiore (fino ad un 7-8 %) si vedano, in aggiunta alle opere appena citate, H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, cit., p. 379 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *El Comercio, los Negocios y las Finanzas*, cit., p. 120; e, in tempi più vicini, M. GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano*, cit., p. 118 ss.; N. DONADIO, *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto*, cit., p. 153, nt. 79.

⁵ Così, tra gli altri, L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici. Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli, 1984, p. 115 ss.; G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, Roma, 1999, p. 181 ss.; E. CHEVREAU, *La pratique du gage dans les Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, in *Festschrift für R. Knüttel zum 70. Geburtstag*, a cura di H. ALTMEPPEN, I. REICHARD, M. J. SCHERMAIER, Heidelberg, 2009, p. 185 ss.

⁶ Si tratta delle *TPSulp.* 85-92, da cui si ricava che il *libellus*, con il quale si pubblicizzavano le *auctiones*, comprendeva: 1) le cose che erano vendute: ad es., tessuti di porpora (*purpurae laconicae* di *TPSulp.* 83 e 84) oppure schiavi (gli *homines Felix*, *Carus* e *Ianuaris*, le *mulieres Primigenia* e *Primigenia iunior* ed il *puer Ampliatus* di *TPSulp.* 85 e 87); 2) la loro condizione giuridica di *res* date in pegno o in *fiducia* ed il nominativo del datore: ad es., *quas Lucius Marius Agathemer Caio Sulpicio Cinnamo pignori dedisse dicitur* di *TPSulp.* 83 e 84; 3) l'ammontare del debito, di cui esse costituivano la garanzia: ad es., *pro HS XXVI* di *TPSulp.* 85 e 87; 4) data, luogo ed ora della vendita: ad es., *venibunt pridie idus Octobres primas Putiolis in foro ante chalcidicum Caesonianum hora III* di *TPSulp.* 85; 5) modalità della vendita, quali l'intervento del banditore nell'aggiudicazione (*sub pracone* di *TPSulp.*

sume alcuna rilevanza la disputa sulla qualifica professionale dei Sulpici (banchieri o semplici *faeneratores*)⁷, dal momento che analoghi avvisi dovevano sussistere in ogni tipo di *auctiones* private, comprese anche quelle *argentariae*.

Fra i termini contrattuali della vendita all'asta vi sarebbe stato certamente spazio per il potere del banchiere di predisporre anche ulteriori clausole dirette a regolare specifici aspetti relativi al pagamento del prezzo. Era proprio questo, infatti, il punto di maggior interesse per l'*argentarius* (o *coactor argentarius/nummularius*), allorché era chiamato a svolgere una funzione di intermediazione creditizia verso l'acquirente⁸.

Adempiute le formalità pubblicitarie nei modi stabiliti dall'avviso affisso, aveva luogo la *licitatio*, di solito condotta

90-92) e il pagamento in contanti da parte dell'acquirente (*pecunia praesenti* di *TPSulp.* 90-92). Per la ricostruzione del loro testo si rinvia ancora a G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., p. 188 ss. Sulla configurazione di queste clausole come condizioni generali di una vendita effettuata mediante *auctio* privata v. A. PETRUCCI, *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 4 ss.; Id., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 32 ss.

⁷ Come si sa, i Sulpici erano certamente operatori finanziari, ma la loro professione esatta è controversa: molti li reputano dei banchieri, con il dubbio però se fossero *coactores argentarii* o *argentarii* (ad es., G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpici*, 1, Napoli, 1992, p. 29 ss. e Id., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., p. 22 ss.; P. GRÖSCHLER, *Die tabellae - Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, p. 57 ss.; J.G. WOLF, *Der neue pompejanische Urkundenfund*, in *ZSS*, CXVIII (2001), p. 78 ss.; E. JAKAB, *Vertragspraxis und Bankgeschäfte im antiken Puteoli: TPSulp. 48 neu interpretiert*, in *PISTOI DIÀ TÈN TECHNÈN*, cit., p. 324; EAD., *TPSulp. 48 e 49: contratti e operazioni bancarie a Puteoli*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, 4, Napoli, 2007, p. 2598); altre autorevoli opinioni li considerano solo dei prestatori di denaro ad interesse (*faeneratores*): così F. COSTABILE, *L'auctio della fiducia e del pignus nelle tabelle dell'agro Murecine*, Soveria Mannelli, 1992, p. 27 ss.; J. ANDREAU, *Banque et affaires dans le monde romain*, cit., p. 145 ss.; K. VERBOVEN, *The Sulpicii from Puteoli, argentarii or faeneratores?*, in *Hommages à Carl Deroux, Latomus*, CCLXX (2003), p. 429 ss. Anche A. PETRUCCI, dopo aver inclinato a lungo per la prima opinione (v. *Profili giuridici*, cit., p. 38), sembra oggi più favorevole alla seconda (cfr. *Riesame del ruolo*, cit., p. 280), pur rilevando che comunque le loro attività su un piano giuridico ed economico non si differenzierebbero da quelle di un banchiere (*Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 4; Id., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 31, nt. 56).

⁸ Al riguardo v. *infra*, § 5.

da un banditore (*praeco*)⁹, in cui gli interessati presentavano le proprie offerte attraverso gesti delle dita, che ne indicavano l'ammontare¹⁰, ed alla fine si procedeva all'aggiudicazione (*adiudicatio*) a chi avesse fatto quella migliore¹¹. L'aggiudicatario, come si è accennato in precedenza (§ 1), ne prometteva, mediante *stipulatio*, il pagamento al banchiere in un termine successivo, lungo o breve che fosse.

Alla conclusione di questa *stipulatio pretii* è stata ricollegata in dottrina l'importante questione se nella vendita mediante *auctio* fosse l'operatore finanziario ad assumere la parte di venditore. Benché oggi sembri largamente superata, su di essa dobbiamo comunque brevemente soffermarci, data la sua rilevanza nell'ambito del nostro discorso.

⁹ Il suo incarico era quello di presiedere all'esecuzione dell'asta, operando come un mero strumento (*nuncius*) della volontà del venditore. Egli presentava la merce messa all'asta, ne dichiarava le qualità e gli eventuali vizi, raccoglieva e rilanciava le offerte, proclamava l'aggiudicazione al miglior offerente. Un esempio delle sue dichiarazioni circa l'esistenza delle qualità della cosa offerta in vendita si trova nell'orazione di Cicerone *Pro Quintio* 5.19, pronunciata nell'81 a.C. (il cui testo è riprodotto *infra*, § 3). Per tale sua attività riceveva dal venditore un compenso, il *praeconium*, di cui parlano alcune fonti (Cato, *De agricultura* 146; linee 10-18 della *Lex Metalli Vipascensis*, in *F.I.R.A.* I², p. 504). Sull'argomento cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., p. 132 ss.; più di recente, M. GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano*, cit., p. 145 ss.

¹⁰ Sul punto si vedano le precise osservazioni di G. MINAUD, *La comptabilité à Rome: essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique romain*, Lausanne, 2005, p. 441 ss.

¹¹ Da intendersi nel senso di migliori condizioni di acquisto, non necessariamente corrispondenti alla somma più alta, ma anche ad un più facile o più rapido pagamento, ad un luogo più opportuno di corresponsione del prezzo, ad un compratore più solvibile, alla richiesta di minori garanzie a carico del venditore, come sottolinea un filone giurisprudenziale facente capo a Sabino, che si pronuncia a proposito della clausola dell'*in diem addictio* apposta ad una compravendita: v. specialmente D. 18.2.5 (*Pomp.*, 9 *ad Sab.*) e D. 18.2.4.6 (*Ulp.*, 28 *ad Sab.*). In dottrina considera questa disciplina estensibile anche all'aggiudicazione a seguito di un'*auctio argentaria* A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., p. 40 e *Id.*, *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 3. Da ultimo, sull'argomento, v. A. PALMA, *Utilitas contrahentium e in diem addictio. La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, LXXXIII (2017), p. 85 ss.

3. *Il venditore in un'auctio e la configurazione della stipulatio pretii conclusa dal compratore*

In seno agli studiosi moderni si è a lungo accesa la discussione su chi dovesse qualificarsi come venditore in una vendita all'asta *per argentarium facta*¹², ma, per quanto non del tutto sopita, si può dire che ormai prevale decisamente la tesi per cui vada identificato con il *dominus auctionis*, riconoscendosi al banchiere una mera funzione di finanziatore delle parti¹³. Ed in effetti è questa tesi a risultare maggiormente condizionale per essere supportata da prove più convincenti, che si possono sintetizzare come segue:

- la promessa di certe qualità delle cose vendute in un'*auctio* (e l'assenza in esse di vizi) era compiuta dal banditore su ordine del *dominus auctionis*: ne abbiamo un'evidente testimonianza nella *Pro Quinctio* 5.19 di Cicerone, pronunciata nell'81 a.C., dove l'Arpinate allude a quanto era solita promettere la controparte nella causa, Sesto Nevio, allorché svolgeva la sua precedente attività di *praeco*:

quod promississet, non plus sua referre, quam si, cum auctionem venderet, domini iussu quidpiam promississet;

- il passo di D. 44.4.5.4, riportato nel prossimo paragrafo, con riguardo all'eccezione di restituzione (*exceptio redhibitio-nis*) indica che, dopo la conclusione del contratto, la restituzio-

¹² Suscitata dall'autorevole presa di posizione di T. MOMMSEN, *Die pompeianischen Quittungstafeln des L. Caecilius Iucundus*, ora in *Gesammelte Schriften*, 3, Berlin, 1907, p. 228, secondo il quale tale qualifica andava attribuita al banchiere.

¹³ Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 120 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 141 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., p. 481 ss.; A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a*, cit., p. 316 ss.; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 10 ss.; N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 535 ss., pur sottolineandosi la difficoltà di pervenire ad una soluzione pacifica. Seguono invece ancora l'orientamento di Mommsen F. STURM, *Stipulatio argentaria*, cit., p. 460 ss.; M. GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta*, cit., p. 121.

ne dello schiavo per la presenza di vizi occulti (*redhibitio*) era stata effettuata dall'acquirente non al banchiere, ma direttamente al *dominus auctionis*, rivelando come quest'ultimo fosse da ritenersi la parte venditrice;

- nelle vendite agli incanti, aventi ad oggetto un'eredità (come in *Ulp. 15 ad ed. in D. 5.3.18 pr.*¹⁴), è impensabile che fosse il banchiere, anziché il *dominus auctionis*, a concludere con il compratore le relative stipulazioni (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*), con le quali l'erede venditore si faceva promettere dall'acquirente dell'eredità di rimborsarlo dei pagamenti effettuati ai creditori e di difenderlo in giudizio dalle azioni promosse da questi ultimi e, a sua volta, l'acquirente si faceva promettere dall'erede venditore la trasmissione dei beni che gli fossero pervenuti in ragione dell'eredità e delle azioni ereditarie¹⁵. E identiche osservazioni valgono anche per le stipulazioni di garanzia per l'evizione (*stipulatio duplae* e *habere licere*), che difficilmente si può immaginare fossero prestate dal banchiere in luogo del *dominus auctionis*;

- esiste, infine, un brano dei *Tituli ex corpore Ulpiani* 22.26, in cui si dice:

Pro herede gerit qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur, velut qui auctionem rerum hereditariarum facit aut servis hereditariis cibaria dat.

¹⁴ Il cui testo completo è: *Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario credidit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.*

¹⁵ Su tali *stipulationes* v. Gai. *Inst.* 2.252. In dottrina cfr., fra gli altri, M. TALAMANCA, *Vendita in generale (diritto romano)*, in *ED* 46, Milano, 1993, p. 351 ss.; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, México, 1997, p. 12 ss.

Il testo precisa che accetta (tacitamente) un'eredità comportandosi come erede (*pro herede gestio*) chi usa i beni ereditari come se ne fosse il proprietario, menzionando quali esempi la vendita agli incanti di cose ereditarie o il cibo fornito agli schiavi che fanno parte dell'eredità. Malgrado il passo non lo menzioni esplicitamente, si è sostenuto in modo persuasivo che l'*auctio* dei beni ereditari dovesse aver luogo mediante un banchiere ed il fatto che i suoi effetti siano imputati direttamente all'erede quale *dominus auctionis* è indice che fosse questo e non il banchiere a rivestire la parte di venditore¹⁶.

Isolata è invece rimasta la congettura secondo la quale, benché venditore sia da considerarsi il *dominus auctionis* e non il banchiere, quest'ultimo avrebbe operato in qualità di suo rappresentante diretto, producendo perciò immediatamente nella sua sfera giuridica le conseguenze dell'attività da lui compiuta nella vendita all'asta¹⁷.

Alla luce di queste considerazioni, viene pienamente avvalorato il ruolo di mero intermediario finanziario dell'operatore professionale (*argentarius/coactor argentarius/nummularius*), che, impegnandosi a corrispondere il prezzo al venditore, provvedeva anche a fornire il credito per l'acquisto al compratore. Infatti, permettendo a quest'ultimo una dilazione nel pagamento, avrebbe avuto come scopo di lucrarne gli interessi.

La consegna della cosa, gravante sul *dominus auctionis*, avrebbe potuto essere compiuta direttamente nei confronti dell'acquirente oppure con trasmissione al banchiere, il quale avrebbe poi provveduto a consegnargliela¹⁸. Invece, la *stipulatio pretii* tra banchiere ed acquirente avrebbe avuto un'efficacia novatoria dell'obbligazione di quest'ultimo di pagare il venditore e si sarebbe quindi configurata come una condizione

¹⁶ Cfr. H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 381 ss.; da ultimo, A. PETRUCCI, *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 12 ss.

¹⁷ Si tratta della tesi di H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 381 ss.

¹⁸ Così, ad es., A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a.*, cit., p. 326 ss. Si veda anche P. GRÖSCHLER, *Die tabellae - Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, cit., p. 115.

sospensiva del contratto di compravendita perfezionato mediante l'asta, con la finalità di evitare che l'acquirente pagasse nelle mani del venditore¹⁹.

E questa configurazione non veniva meno anche quando, come a volte ci è attestato, nell'avviso d'asta era previsto il pagamento del prezzo di aggiudicazione in contanti e senza dilazione (*praesenti pecunia*)²⁰: infatti, chi in dottrina se ne è occupato non ha attribuito a tale clausola il significato di imporre all'acquirente una sua corresponsione immediata, rendendo superflua la conclusione della *stipulatio*, bensì quello di assegnargli un termine molto breve di pagamento, qualche giorno al massimo, dopo lo svolgimento dell'asta. A supporto di una simile congettura si sono addotte alcune tavolette dell'archivio di Cecilio Giocondo, nelle quali la registrazione del pagamento del prezzo al venditore nei giorni immediatamente successivi all'*auctio* fa pensare alla concessione di una corta dilazione per pagarlo²¹. In tal caso i partecipanti alla gara avrebbero dovuto dotarsi già prima degli opportuni mezzi finanziari, accordandosi eventualmente in anticipo con il banchiere o con un *faenerator* per un prestito.

4. *La stipulatio pretii ed il ruolo delle exceptiones argentariae*

Dei numerosi riscontri presenti nelle fonti sulla *stipulatio pretii* intercorsa tra banchiere ed aggiudicatario²², interessano

¹⁹ Su tali argomenti si rinvia, tra gli altri, a M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 131 ss., p. 139; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 191 ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 387 ss.; A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., p. 54 ss.; Id., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 11 ss.; N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 545 ss., p. 552 ss.

²⁰ Come si trova, ad es., nelle *TPSulp.* 90-92, alle quali si è fatto richiamo *supra*, nt. 6.

²¹ Così G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 137, nt. 16; J. ANDREAU, *Les affaires de monsieur Jucundus*, Rome, 1974, p. 80, nt. 3; Id., *La vie financière dans le monde romain* cit., p. 594; A. PETRUCCI, *Riesame del ruolo cit.*, p. 296 ss.

²² Sull'argomento, limitandoci alla dottrina più recente, v. M. GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano*, cit., p. 122 ss.; N.

meno ai fini attuali quelli espliciti provenienti essenzialmente da un passo della *Pro Caecina* di Cicerone (6.16)²³, dalla nota tavoletta *TPSulp.* 81, facente parte dell'archivio dei Sulpici²⁴, e

DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 527 ss.; A. PETRUCCI, *Riesame del ruolo*, cit., p. 291 ss.; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 9 ss.

²³ *Aebutio negotium datur. Adest ad tabulam, licetur Aebutius; deterrentur emptores multi, partim gratia Caesenniae, partim etiam pretio. Fundus addicitur Aebutio; pecuniam argentario promittit Aebutius.* Ebuzio, precedente curatore degli affari di Cesennia, moglie di Aulo Cecina, difeso dall'Arpinate, aveva acquistato un fondo in un'*auctio argentaria*, promettendo con stipulazione il pagamento del prezzo al banchiere (*pecuniam argentario promittit Aebutius*) e questi lo aveva registrato fra i compratori nel proprio libro relativo alle aste (come riportato nel successivo 6.17), una prova di cui Ebuzio intendeva avvalersi per dimostrare i propri diritti sul fondo. Su tale testimonianza di Cicerone si rinvia, fra gli altri, a M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 115 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 109, p. 128 ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, cit., p. 385 ss.; J. ANDREAU, *Les affaires de monsieur Jucundus*, cit., p. 95 ss.; ID., *La vie financière*, cit., p. 69 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 98 ss.; da ultimo, ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 9 ss.

²⁴ Il suo testo è stato così ricostruito da G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., p. 186: (*Ti(berio) Plautio Aeliano Tauro Statil[io] Corvino co(n)s(ulibus) XII k(alendas) Iulias. A(ulus) Castricius ----s scripsi me promississe C(aio) Sulp[icio] [Fa]usto quanta pecunia ex auctione P(ublii) Servili Narcissi in stipulatum meum meorumve venit venerit deducta mercede[m] ---- repraesentatum et ----*). Dalla somma promessa al *dominus auctionis* è prevista una trattenuta a titolo di mercede per il servizio reso (*deducta mercede[m]*). L'interesse di questo documento consiste nella corrispondenza fra le due stipulazioni per cui l'oggetto della prima si determina in base a quello della seconda. Infatti il banchiere, identificato con Aulo Castricio, qui non precisa l'ammontare del prezzo che si obbliga a corrispondere al venditore, Caio Sulpicio Fausto, al momento della conclusione della stipulazione, ma lo fissa in rapporto a quello dell'aggiudicazione che, a sua volta, il compratore gli prometterà di pagare con un'altra stipulazione; così facendo, è evidente il vantaggio per il venditore, che punta al miglior prezzo offerto nella gara d'asta, senza vincolarsi ad una sua determinazione pattuita in anticipo con il banchiere. Tale circostanza ha portato a dubitare della fondatezza dell'ingegnosa congettura di J.G. WOLF, *Der neue pompejanische Urkundenfund*, cit., p. 126 ss., secondo il quale saremmo qui di fronte ad un *receptum* tra banchiere e creditore del cliente (Publio Servilio Narciso), in quanto nelle fonti non si trovano indizi che tale negozio potesse avere ad oggetto una somma di denaro indeterminata, anche se determinabile *per relationem*. Contro la congettura di Wolf v. già A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., p. 47, nt. 63; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 7, nt. 26, cui si aggiunga ora M. PEDONE, *Quod argentarius solvi repetit (sed numquam scripsit?)*. Alla ricerca delle testimo-

da alcune tavolette, questa volta provenienti dall'archivio pompeiano di Cecilio Giocondo²⁵.

Più importanti sono invece alcuni dati connessi alla nascita delle *exceptiones argentariae*, un'espressione complessiva con la quale si designano le tre eccezioni: *mercis non traditae*, *redhibitionis* e *pecuniae pensatae*. Il pretore le avrebbe racchiuse in un'unica rubrica edittale intitolata *Si ex contrac-*

nianze epigrafiche di *receptum argentarii*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, XX (2017), in corso di stampa.

Secondo N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 529 ss., soprattutto p. 533 ss. e nt. 24, *TPSulp.* 81 rivelerebbe una prassi costantemente seguita, per cui banchiere e *dominus auctionis* avrebbero fatto riferimento a quel prezzo, indeterminato al momento della conclusione fra di loro della *stipulatio*, che l'aggiudicatario avrebbe, a sua volta, promesso di pagare al primo all'esito dell'asta. E questo per evitare al banchiere un'alea troppo forte, dovendo corrispondere un prezzo più basso rispetto a quello conseguito o anche quando l'asta non fosse andata a buon fine. Diversamente, A. PETRUCCI, *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 7 ss., ritiene che fosse possibile anche un meccanismo differente, in base al quale *argentarius* e venditore si sarebbero potuti accordare nella *stipulatio* per un prezzo già fissato, con un vantaggio reciproco: il secondo lo avrebbe in ogni caso ottenuto (garantendosi quindi un ricavato certo), mentre il primo era in condizione di lucrare l'eventuale differenza in più alla quale fosse eventualmente riuscito a vendere la merce.

²⁵ Cfr., ad es., C.I.L. IV, 3340 n. 1 (= V. ARANGIO RUIZ, *F.I.R.A.* III², Firenze, 1969, p. 405 ss.): (*Sestertios*) *n(ummos) DXX ob mulum |venditum [M.] Pomponio| M. l(iberto) Niconi, quam pequniam| in stipulatum L. Caecili | Felicis redegisce 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)... ; e n. 25 (= *F.I.R.A.* III², p. 408 s.): ... *HS. n(ummum) CCIOO-XXXVIII, | quae pecunia in | stipulatum L. Caeci |li Iucundi venit | ob auctionem | Umbriciae Ianuariae | | mercede minus | persoluta habere se | dixit Umbricia Ianua|ria ab L. Caecilio | Iucundo ...* In esse ricorre l'espressione *pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi* o *L. Caecili Felicis*, il banchiere che aveva preceduto Giocondo nella titolarità della banca, alludendo con questa espressione alla stipulazione del prezzo tra acquirente e banchiere, e non a quella tra quest'ultimo e venditore: così, fra gli altri, M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 119 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 55 ss., p. 189 ss.; J. ANDREAU, *Les affaires de monsieur Jucundus*, cit., p. 99 ss.; L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici*, cit., p. 135; BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., p. 481; A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 300 e nt. 154; ID., *Riesame del ruolo*, cit., p. 292; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 10; M. GARCÍA MORCILLO, *Las ventas por subasta en el mundo romano*, cit., p. 122 ss.; N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 549 ss.*

tibus argentariorum agatur, in quanto sarebbero state predisposte in favore dei compratori in un'*auctio argentaria*, che avessero voluto opporsi alla richiesta *ex stipulatu* del banchiere volta ad ottenere il pagamento del prezzo²⁶.

Infatti, come da tempo ha messo in luce la maggioranza della dottrina²⁷, la loro nascita si giustifica proprio perché i rapporti contrattuali tra *argentarius* (e categorie affini) ed acquirente erano retti da una *stipulatio* che, non essendo tutelata da un *iudicium bonae fidei*, non poteva ricondurre simili eccezioni alla clausola *ex fide bona*. E da qui discende un ulteriore argomento per escludere che il loro vincolo fosse quello di una *emptio venditio*.

Delle tre *exceptiones argentariae* appena ricordate esula dal nostro discorso quella *pecuniae pensatae*, ricavabile da D. 22.3.19.3 (*Ulp. 7 disput.*), il cui campo di applicazione è certamente correlato all'*agere cum compensatione* imposto all'*argentarius*, ancorché si sia discusso su chi la potesse utilizzare²⁸. Essa viene ad investire, infatti, solo marginalmente e in-

²⁶ Cfr. la ricostruzione di O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, cit., p. 503 ss., da cui si fa derivare la denominazione corrente di *exceptiones argentariae*. H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 390, propone di modificare l'intitolazione di tale rubrica in *Si ex stipulationibus argentariorum agatur*, ma tale proposta suscita dubbi con riguardo all'applicazione dell'*exceptio pecuniae pensatae* (v. *infra*, nt. 27). Meno rilevante appare in questa sede la discussione se queste eccezioni siano sorte per le sole ipotesi di *stipulationes* tra *argentarius* ed *emptor* in una vendita all'asta e solo in seguito estese alle *stipulationes* fra quest'ultimo e venditore al di fuori delle *auctiones* oppure se si sia verificata un'evoluzione nel senso esattamente contrario. Mancano infatti elementi che consentano di optare per l'una o l'altra linea ricostruttiva: v. M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 129; A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 136 ss.; ID., *In margine a Gai 4,126a.*, cit., p. 317.

²⁷ Così, tra gli altri, M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 120 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 141 ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 385 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., p. 481 ss.; A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a.*, cit., p. 316 ss.; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 10 ss.

²⁸ Nel passo di Ulpiano (D. 22.3.19) si tratta dell'onere ricadente sul convenuto di provare la circostanza addotta nell'eccezione e nel § 3 si afferma: *idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur*. L'opinione più plausibile è quella che di essa potesse disporre il cliente convenuto dal banchiere, che, contestando la reciprocità dei crediti, non avesse proceduto

direttamente il problema dell'antiorità dell'adempimento delle prestazioni fra banchiere ed acquirente in un'*auctio*, poiché, presupponendo la reciprocità dei rispettivi crediti, avrebbe potuto essere richiesta solo nel caso dell'esistenza di un conto fra loro. Ben più rilevanti sono invece certe notizie relative all'*exceptio redhibitionis* ed all'*exceptio mercis non traditae*.

Le prime sono contenute in un noto testo di Paolo (71 *ad ed.*) in D. 44.4.5.4, dove si afferma:

Si servus venit 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>²⁹ etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo is qui vendidit agit adversus dominum.

Il giurista qui, secondo una posizione ormai consolidata in dottrina³⁰, alludeva originariamente ad un servo venduto da un banchiere in un'*auctio argentaria*, con la conseguenza che le espressioni *ab eo cui hoc dominus permisit, is qui vendidit*, e forse anche *venditori* sono state sostituite dai compilatori

alla compensazione nell'*intentio* della formula dell'azione (*condictio*): così, fra gli altri, S. SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano*, Napoli, 1950², p. 41 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 373 ss.; ID., *Profili giuridici delle attività*, cit., p. 157. Diversamente O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, cit., p. 504, reputava che essa spettasse al banchiere per ottenere, a sua volta, la compensazione dal cliente che agiva in giudizio contro di lui.

²⁹ Inserimento suggerito dal Mommsen nella sua edizione del Digesto *ad h.l.*

³⁰ Cfr., tra gli altri, M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 126 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 97 ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 385; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., p. 481, nt. 71; A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a.*, cit., p. 316 ss.; ID., *Riesame del ruolo dei banchieri*, cit., p. 289; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 10 ss.; S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. GAROFALO, 1, Padova, 2007, p. 849 ss.

giustinianeî alle precedenti in cui il riferimento era ad un *argentarius* o *coactor argentarius*³¹.

I due argomenti a fondamento della tesi interpolazionista sono ricavabili sia dall'accostamento tra le due eccezioni, la seconda delle quali è riferita espressamente, secondo le Istituzioni di Gaio 4.126a, (cfr. § 5), ad un'azione intentata da un *argentarius*, nonché dalla totale scomparsa nel diritto giustiniano di banchieri che svolgono la funzione di intermediatori finanziari nelle vendite all'asta private.

La fattispecie trattata è la seguente. Uno schiavo è alienato da un banchiere in un'asta, ma, in seguito alla scoperta di un vizio occulto e non dichiarato, 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 sull'avvenuta restituzione (*exceptio opponitur redhibitionis*), anche quando il primo abbia già pagato il prezzo al venditore (*licet iam is qui vendidit domino pretium solverit*). Ed infatti – si dice nell'inciso fra parentesi – anche con l'eccezione *mercis non traditae* si può respingere pure (*et*) il banchiere che abbia già pagato il venditore (*etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit*). In tal caso nei confronti di quest'ultimo egli può comunque agire per la restituzione del prezzo (*et ideo is qui vendidit agit adversus dominum*)³².

³¹ La terza sostituzione non è ritenuta necessaria, ad es., da H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 385, nt. 29, in quanto con *venditor* il giurista intenderebbe riferirsi al banchiere che ha venduto la cosa in nome (e per conto) del *dominus auctionis*.

³² Sulla genuinità del contenuto sembra ormai concordare la dottrina, anche volendo imputare ad una glossa più tarda l'accostamento fra le due eccezioni: cfr., tra gli altri, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit., p. 126 ss.; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 141 ss. e H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 388 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., p. 481 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 228 ss.; Id. *Profili giuridici*, cit., p. 51 ss.; Id., *Per un riesame*, cit., p. 293; Id., *Banchieri e vendite all'asta*, cit., p. 8 ss.; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi ueber die argentarii im klassischen römischen Recht*, in ZSS, CVIII (1991), p. 313.

Il punto, sul quale intendiamo soffermarci, è la possibilità che entrambe le eccezioni potessero opporsi dall'acquirente al banchiere anche quando questi abbia già pagato al *dominus auctionis* il prezzo delle cose oggetto dell'asta. Ciò significa che l'adempimento dell'obbligazione dell'*argentarius* di corrispondere il prezzo al venditore risulta indipendente dall'adempimento di quella assunta dal compratore nei suoi confronti, non essendo condizionata né dalla permanenza della cosa presso il compratore stesso o dalla consegna della cosa a lui né dal previo pagamento del prezzo³³.

Pur esistendo un collegamento funzionale tra i due rapporti obbligatori (tra banchiere e venditore e tra banchiere ed acquirente), dato dalla conclusione della vendita mediante *actio*, non si postula però una necessaria contestualità della loro *solutio*, in quanto l'*argentarius* ed il *dominus auctionis* avrebbero potuto convenire la corresponsione del prezzo delle *res* da vendersi prima ancora ed a prescindere dalla loro consegna all'acquirente e dal versamento da parte dello stesso del prezzo di aggiudicazione. Nell'ipotesi della *redhibitio*, il servo in realtà era stato consegnato al compratore, ma era stato anche restituito al venditore anteriormente alla liquidazione del prezzo al banchiere, che doveva evidentemente essere stata dilazionata in un tempo successivo tale da permettere la scoperta dei *morba vitiae*; mentre, nel caso dell'*exceptio mercis non traditae*, il pagamento al venditore era avvenuto in assenza totale di una *traditio mercis* all'acquirente. Ed è proprio con riguardo a questa situazione che abbiamo ulteriori elementi da analizzare più da vicino.

³³ V., fra gli altri, W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus' im römischen Recht bis Justinian*, in *Festgabe für W. Flume zum 90. Geburtstag*, Berlin - Heidelberg - New York, 1998, p. 5; A. PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., p. 47 ss.; ID., *Riesame del ruolo dei banchieri*, cit., p. 289 ss.; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 10 ss.; S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, cit., p. 850.

5. *La exceptio mercis non traditae e l'anteriorità delle prestazioni dei contraenti di una vendita all'asta*

In riferimento a tale eccezione³⁴, un passo delle Istituzioni di Gaio (4.126a) offre uno spunto di grande rilievo, perché ci fa vedere, illustrando il meccanismo processuale di contrapposizione fra *exceptio* del convenuto e *replicatio* dell'attore, come un banchiere potesse predisporre unilateralmente e far accettare all'acquirente una specifica clausola circa le modalità di pagamento del prezzo, che avrebbe potuto incidere sull'ordine di adempimento delle obbligazioni di *tradere rem quae in auctionem venerit* e di *pretium solvere*. In esso si dice infatti:

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.

Spiega il giurista che, quando il banchiere agisce per conseguire il prezzo di una cosa venduta all'asta, gli si può opporre l'*exceptio mercis non traditae*, il cui effetto è quello di subordinare la condanna dell'acquirente, che non ha pagato, alla consegna della cosa comprata (*si argentarius pretium rei quae in auctionem venerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita est*). E questa eccezione è reputata *iusta*; tuttavia, nel caso in cui l'*argentarius* avesse in precedenza dichiarato *in auctione* (*Sed si in auctione praedictum est*) che la merce non sarebbe stata

³⁴ Così chiamata dal testo di Paolo (71 *ad ed.*) in D. 44.4.5.4, riprodotto al paragrafo precedente. Le parole con le quali era formulata nell'editto pretorio (*SI EA PECUNIA, QUA DE AGITUR, NON PRO EA RE PETITUR, QUAE VENIT NEQUE TRADITA EST*) vengono da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, cit., p. 504, ricavate da Giuliano (54 *dig.*) in D. 19.1.25, (il cui testo è riportato *infra*, § 6), supponendo che il riferimento al venditore sia un'interpolazione dell'originaria menzione di un banchiere.

consegnata, se prima l'acquirente non avesse pagato il prezzo (*ne ante emptori <res> traderetur, quam si pretium solverit*), da tale dichiarazione sorgeva una *replicatio* in suo favore, con la quale si sarebbe tolta efficacia all'eccezione (*replicatione tali argentarius adiuatur: AUT SI PRAEDICTUM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR, QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT*).

Anche del contenuto di questo passo la dottrina si è occupata in una pluralità di prospettive: principalmente per trovare una conferma della *stipulatio pretii* tra banchiere ed acquirente³⁵; ma anche al fine di provare l'ordine di adempimento delle prestazioni, fissato in sede di predeterminazione delle condizioni dell'*auctio*, con l'imposizione al compratore del pagamento anticipato³⁶, o al fine di evidenziare lo squilibrio tra la forza contrattuale delle parti in favore di quella dell'*argentarius*³⁷.

Nell'ottica che qui interessa, occorre precisare in via preliminare che l'*exceptio mercis non traditae*, secondo l'opinione preferibile, era verisimilmente applicabile a qualunque tipo di cosa venduta all'asta (e non solo a quelle ricomprese nella più ristretta nozione di *merx*)³⁸ ed era opponibile, come si è visto

³⁵ V., tra gli altri, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, cit., p. 120 ss.; H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, cit., p. 386 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., p. 227 ss.; N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 539.

³⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *rec. a Petrucci, 'Mensam exercere'. Studi sull'impresa finanziaria romana*, in *BIDR*, XCVI-XCVII (1993-1994), p. 836 ss.; W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus' im römischen Recht*, cit., p. 3 ss.; A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a*, cit., p. 316 ss.; S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, cit., p. 846 ss.

³⁷ V., in particolare, gli studi successivi di A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione*, cit., p. 158 ss. e, da ultimo, *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 34 ss. Sull'argomento mi sia permesso di rinviare anche al mio recente studio A. CASSARINO, *Ricerche sulle clausole predisposte da un contraente nel diritto romano fra tarda repubblica e principato. Il caso dei negotiatores terrestri e degli exercitores navis*, Torino, 2018, p. 36 ss.

³⁸ In favore di tale opinione è oggi orientata la maggioranza della dottrina (ad es., M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 122; H. ANKUM, *Quelques problèmes*, cit., p. 388; A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a*, cit., p. 316 ss.; Id., *Per una storia della protezione*, cit., p. 161 ss.), che da tempo ormai ha superato l'obiezione (sostenuta, tra gli altri, da G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*,

nel paragrafo precedente, all'*argentarius* anche allorché avesse già pagato il prezzo al *dominus auctionis*³⁹. Ciò premesso, il regime giuridico esposto da Gaio indica chiaramente che non si poteva esigere dal compratore il pagamento del prezzo di aggiudicazione finché non gli fosse stata consegnata la cosa acquistata. L'attenzione del giurista appare quindi concentrata sul raggiungimento da parte dell'acquirente del risultato di ricevere quanto comprato nell'*auctio*, prima di versare il prezzo, essendo del tutto indifferente se la mancata consegna fosse dovuta al *dominus auctionis* o al banchiere stesso. E tale risultato sembra porsi come una condizione per l'esercizio dell'azione contro l'acquirente insolvente *de pretio*⁴⁰.

cit., p. 144 ss.) per cui il termine *merx* in riferimento a tale eccezione avrebbe un significato più ristretto, con esclusione di schiavi e cose immobili, come si dedurrebbe da una rigorosa interpretazione di Ulpiano (74 *ad ed.*) in D. 50.16.66 (*'Mercis' appellatio ad res mobiles tantum pertinet*) e di Africano (3 *quaest.*) in D. 50.16.207, nella cui prima parte si riporta l'opinione del giurista Mela (*'mercis' appellatione homines non contineri Mela ait ...*). In realtà, oltre alle argomentazioni già addotte dalla più autorevole manualistica italiana, secondo la quale si era per tempo affermata una nozione più ampia di *merx* rispetto a quella indicata dai due giuristi (cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993⁴, p. 451 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006³, p. 460, nt. 145; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997¹¹, p. 907 ss.), ulteriori prove si possono trarre dai dati contenuti in altre fonti giuridiche (come Iul., 54 *dig.* in D. 19.1.25), letterarie (Cic., *Pro Caecina* 6.16, riprodotto *supra*, nt. 23) ed epigrafiche (ad es., le tavolette nn. 20, 45, 49, 62 e 74 di C.I.L. IV. 3340, relative all'archivio di Cecilio Giocondo, e *TPSulp.* 85-87, 88, 90-93, ed. G. CAMODECA, cit., p. 188 ss., tratte dall'archivio dei Sulpici, tutte inerenti a vendite all'asta di servi o di fondi).

³⁹ Come si afferma esplicitamente nell'inciso di D. 44.4.5.4: ... (*... etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit*), il cui testo completo è riportato *supra*, § 4. In dottrina cfr., tra gli altri, H. ANKUM, *Quelques problèmes*, cit., p. 385; A. PETRUCCI, *Per una storia*, cit., p. 164 ss.; ID., *Riesame del ruolo*, cit., p. 289 ss.; ID., *Banchieri e vendite all'asta private*, cit., p. 8 ss. Diversamente N. DONADIO, «*Promissio auctionatoris*», cit., p. 532 ss., coerentemente con la propria tesi (esposta *supra*, nt. 24) e senza prendere in considerazione il testo di Paolo qui ricordato, ritiene che l'impegno del banchiere verso il *dominus auctionis* avesse ad oggetto la sola somma ricavata dall'asta e promessa dall'acquirente, negando così che gli dovesse alcunché, ove la gara non fosse andata a buon fine.

⁴⁰ In tale prospettiva si muovono, sia pure con diversi fini, W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus'*, cit., p. 3 ss., secondo il quale l'eccezione sarebbe servita a far valere la mancata consegna della cosa

L'introduzione dell'*exceptio mercis non traditae* rispondeva dunque ad un'esigenza equitativa, messa in luce dall'aggettivo *iusta* con cui Gaio la qualifica, e, nell'elaborarne il campo di operatività, sia il pretore che i giuristi si allontanano da una concezione dell'interdipendenza fra l'adempimento dell'obbligazione di consegna e quello dell'obbligazione di pagare il prezzo, che implichi una loro contestualità, manifestando una più spiccata sensibilità per le ragioni dell'acquirente rispetto alle pretese del banchiere.

Conseguentemente, se l'*argentarius* avesse voluto evitare gli effetti di questa eccezione, avrebbe dovuto ricorrere ad una *praedictio*, da inserire nelle condizioni previste nell'avviso d'asta e pubblicizzate, secondo il senso più probabile del termine *in auctione* utilizzato dal giurista; solo così, con la presenza di tale dichiarazione preventiva, accettata dall'aggiudicatario anche implicitamente, si sarebbe costretto l'acquirente ad adempiere al pagamento del prezzo prima di ricevere la cosa comprata e, ove non lo avesse fatto, mettendo a disposizione del banchiere una *replicatio* edittale, con la quale tutelare le proprie pretese.

È dunque lo stesso ordinamento romano che, attraverso i canali della *iurisdictio* pretoria e dell'*interpretatio* giurisprudenziale, dispone di meccanismi (*exceptio mercis non traditae*, *replicatio* AUT SI PRAEDICTUM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR, QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT) atti a regolare l'ordine dell'adempimento delle prestazioni dell'acquirente e dell'*argentarius* nascenti dalla vendita all'asta.

per la quale si esigeva il prezzo; S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, cit., p. 848, che spiega la concessione dell'eccezione nella «peculiarità del rapporto trilaterale tra banchiere, compratore e venditore». Sul raggiungimento del risultato da parte dell'acquirente insiste, in particolare, A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a*, cit., p. 327 ss.; ID., *Poteri e limiti per i negotiatores*, cit., p. 34 ss. Si vedano anche le mie osservazioni in CASSARINO, *Ricerche sulle clausole predisposte da un contraente*, cit., p. 38.

6. *Il regime applicabile all'emptio venditio conclusa al di fuori di un'auctio*

Trattando della compravendita consensuale, la dottrina largamente maggioritaria⁴¹ è dell'avviso che il compratore, convenuto in giudizio con l'*actio venditi* per il pagamento del prezzo, avrebbe potuto respingere la pretesa del venditore opponendogli la contestuale mancata consegna (o offerta di consegna) della cosa comprata e, parallelamente, il venditore, chiamato in giudizio con l'*actio empti* per la consegna di tale cosa, avrebbe potuto contrapporre alla richiesta dell'acquirente il suo mancato pagamento (o offerta di pagamento) del prezzo. A tal fine sarebbe servita l'*exceptio non adimpleti contractus*, mediante la quale ciascun contraente avrebbe potuto rifiutare l'adempimento fin quando la controparte non avesse adempiuto o non si fosse offerta di adempiere. Alla base del riconoscimento di questa eccezione vi sarebbero state esigenze equitative, per cui, pur essendo l'adempimento delle due obbligazioni indipendente, si considerava contrario alla *fides bona*, a fondamento della *emptio venditio*, che uno dei contraenti fosse condannato a favore dell'altro, quando quest'ultimo non avesse eseguito o non si fosse offerto di eseguire la propria prestazione.

A riprova viene indicata una serie di testi⁴², tra i quali i più significativi, dal punto di vista del venditore, appaiono:

a) D. 19.1.13.8 (*Ulp. 32 ad ed.*) in cui si dice:

⁴¹ Si vedano, fra gli altri, sia pure con diverse sfumature ed accentuazioni, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963³, p. 218 ss.; H.-P. BENHÖR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, p. 20 ss.; A. BURDESE, *Vendita (diritto romano)*, in *NNDI*, 20, Torino, 1975, p. 599; M. TALAMANCA, *Vendita in generale (diritto romano)*, cit., p. 374 ss.; A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, CI-CII (1998-1999), p. 574 ss.

⁴² Oltre a quelli citati nel testo, vengono di solito richiamati D. 12.1.31.1 (*Paul. 17 ex Plaut.*), D. 18.5.7.1 (*Paul. 5 quaest.*), D. 21.1.31.7-8 (*Ulp. 1 ad ed. aed. cur.*), D. 21.1.57 pr. (*Paul. 5 quaest.*), D. 26.7.56 (*Scaev. 4 dig.*). Su di essi si rinvia alla dottrina menzionata nella nota precedente.

offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.

Come si vede, in esso si enuncia chiaramente che, quando il compratore agisce *ex empto* per la consegna della cosa comprata (*cum ex empto agitur*), deve offrire l'integrale pagamento del prezzo (*offerri pretium ab emptore debet*), cosicché, nel caso in cui ne offra solo una parte, non potrà ancora esperire l'azione (*et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio*): infatti, il venditore può trattenere la *res* venduta quasi a titolo di pegno (*venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit*);

b) D. 18.4.22 (Scaev. 2 resp.), che afferma:

hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi, cur non teneantur.

Qui il venditore di un'eredità ha ricevuto il prezzo solo in parte (*hereditatis venditae pretium pro parte accepit*) e al giurista si pone la questione se possa trattenere *pignoris nomine* le cose ereditarie (*quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur*), non avendo il compratore pagato il resto del prezzo (*reliquum emptore non solvente*). Il suo responso è in senso affermativo (*respondi nihil proponi, cur non teneantur*).

Mentre, dal punto di vista dell'acquirente, particolare importanza viene data alla prima parte di D. 19.1.25 (*Iul. 54 dig.*), dove si riporta:

Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit 'SI EA PECUNIA, QUA DE AGITUR, NON PRO EA RE PETITUR, QUAE VENIT NEQUE TRADITA EST'...

Un tale ha comprato una vendemmia ancora pendente (*qui pendentem vindemiam emit*), ma il venditore gli ha proibito di raccogliere l'uva (*si uvam legere prohibeatur a venditore*). Di conseguenza, se il compratore è stato chiamato in giudizio per il pagamento del prezzo (*adversus eum petentem pretium*), potrà opporre all'attore un'eccezione (*exceptione uti poterit*), identificata con l'*exceptio mercis non traditae* e formulata con le parole 'SE QUEL DENARO, PER IL QUALE SI AGISCE, NON È RICHIESTO PER UNA COSA CHE È STATA VENDUTA, MA NON CONSEGNATA' (*SI EA PECUNIA, QUA DE AGITUR, NON PRO EA RE PETITUR, QUA VE-NIT NEQUE TRADITA EST*).

Si tratta di un testo molto discusso non solo nell'ambito del discorso che stiamo svolgendo, ma anche con riferimento alle *exceptiones argentariae*, in quanto parte della dottrina ritiene che il termine *eum* sia un'interpolazione dei compilatori giustinianeî in luogo di quello originario, *argentarium*, cui avrebbe fatto riferimento Giuliano. Se è indubbio che il giurista prende qui in considerazione un'eccezione opponibile ad una *stipulatio pretii*⁴³, diverse sono le deduzioni che si possono trarre, a seconda che si abbracci la prima o la seconda tesi. Infatti, chi nega l'alterazione del testo ne desume la prova che l'acquirente insoddisfatto avrebbe potuto utilizzare l'eccezione anche nei casi in cui il venditore avesse agito per l'adempimento *ex vendito*, essendo racchiusa nella clausola formulare *ex fide bona*⁴⁴; chi, al contrario, crede nell'interpolazione vede nelle parole di Giuliano una conferma di quanto dicono le Istituzioni di Gaio (4.126a) e riconduce la testimonianza alle vendite mediante *auktiones argentariae* e non alla semplice *emptio venditio* consensuale⁴⁵.

⁴³ Infatti, in quel libro dei suoi *digesta* Giuliano si sarebbe ancora occupato di stipulazioni: v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, rist. Roma, 2000, p. 458.

⁴⁴ Così, fra gli altri, M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 123, nt. 1; Id. *Vendita (dir. rom.)*, cit., p. 375, nt. 733; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 143 ss.; H.-P. BENHÖR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten*, cit., p. 54 ss.; A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., p. 571 ss.

⁴⁵ H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères*, cit., p. 388; W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus'*,

La *communis opinio*, riferita ad inizio del paragrafo e supportata, tra gli altri, dai testi appena analizzati, è stata recentemente contestata, in modo più o meno incisivo, in riferimento a singoli punti. C'è chi⁴⁶ ha avuto come obiettivo principale quello di dimostrare l'interpolazione giustiniana dei testi della giurisprudenza classica, a noi pervenuti, nel senso di una piena affermazione dell'interdipendenza funzionale tra le obbligazioni del compratore e del venditore, generalizzando i pareri formulati per casi del tutto specifici (compravendita del pupillo *sine tutoris auctoritate*, compravendita conclusa dal *servus* e successione al compratore di una pluralità di eredi); e chi⁴⁷ vede nei *responsa* dei *prudentes*, più che un'attenzione per la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale al momento dell'esecuzione delle rispettive obbligazioni, una preoccupazione di tutelare le ragioni del solo venditore, cui si permetteva un diritto di ritenzione della cosa venduta *loco pignoris*, qualora fosse stato chiamato in giudizio con l'*actio empti*, senza l'avvenuto pagamento (o l'offerta di pagamento) del prezzo pattuito da parte dell'acquirente.

Qui però non intendiamo soffermarci sulla fondatezza di tali voci critiche; ci interessa piuttosto esaminare come le stesse abbiano inquadrato, nel più ampio tema del sinallagma funzionale nell'adempimento delle obbligazioni del venditore e del compratore, la situazione particolare della vendita conclusa *per argentarium* e della connessa *stipulatio pretii* con il compratore. Ebbene, esse sostanzialmente ritengono che le differenti tempistiche di adempimento, evidenziate da Gai *Inst.* 4.126a, D. 19.1.25 e D. 44.4.5.4, dipendano dal coinvolgimento di tre soggetti: il *dominus auctionis*, che, in quanto venditore, era obbligato alla *traditio* della *res* compra-

cit., p. 6; S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 850 ss.; A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4.126a*, cit., p. 319, ritiene che, comunque si voglia intendere il tenore originario del testo, l'eccezione fosse sicuramente opponibile, già dal I secolo a.C., al banchiere *pretium petens*.

⁴⁶ W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus' im römischen Recht*, cit., *passim*.

⁴⁷ S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, cit., p. 800 ss. e, in particolare, p. 858 ss.

ta nell'*auctio*; il compratore, che aveva promesso con stipulazione il pagamento del prezzo non al venditore, ma al banchiere, e quest'ultimo che si era impegnato a corrisponderlo al *dominus auctionis*. Conseguentemente, negando che se ne possa trarre la prova dell'esistenza generalizzata dell'eccezione di inadempimento a favore dell'acquirente di una *emptio venditio* semplice, vedono nell'*exceptio mercis non traditae* l'unico strumento (data l'impossibilità di utilizzare l'*exceptio doli*) mediante il quale l'acquirente stesso avrebbe potuto far valere la mancata consegna della cosa⁴⁸.

7. Conclusioni

Torniamo ora agli interrogativi da cui siamo partiti, per dar loro delle risposte.

Nelle vendite concluse all'asta con l'intervento di un banchiere è evidente dalle osservazioni svolte che l'ordinamento romano del principato, attraverso i consueti canali della *iurisdictio* pretoria e dell'*interpretatio prudentium*, avesse previsto un ordine ben preciso di adempimento nella relazione compratore-*argentarius* (e categorie assimilate): finché al primo non fosse stata *tradita* la cosa acquistata, il secondo non avrebbe potuto agire giudizialmente per esigere il prezzo promesso; in caso contrario, gli si sarebbe potuta opporre l'*exceptio mercis non traditae*. Nelle fonti non si dice se alla consegna fosse tenuto il *dominus auctionis* oppure il banchiere al quale questi avesse eventualmente trasmesso in precedenza le cose da vendere, a dimostrazione che ciò risultava del tutto indifferente.

Alla mancata *traditio* era equiparata anche la *redhibitio* al venditore del *mancipium* o *iumentum* acquistato all'asta, per la presenza di un vizio occulto o per la mancanza di qualità promesse, con conseguente risoluzione del contratto. Anche in tal

⁴⁸ Così W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus'*, cit., p. 4 ss., seguito in tale prospettiva da S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 846 ss.

caso il compratore era legittimato ad opporre un'apposita eccezione (*exceptio redhibitionis*) all'*argentarius agens de pretio*.

Inoltre, l'obbligazione di pagare il corrispettivo in denaro assunta dall'operatore professionale verso il *dominus auctionis* appare sganciata da quella della consegna della *res* all'acquirente e da quella del pagamento della somma di aggiudicazione da parte sua: il venditore, infatti, poteva essere stato soddisfatto prima ancora che il compratore ricevesse la cosa e pagasse il prezzo al banchiere.

Come è palese, siamo in presenza di una disciplina del tutto specifica in ordine all'interdipendenza dell'adempimento delle obbligazioni delle parti coinvolte in una vendita realizzata mediante *auctio argentaria*, dove prioritaria è la prestazione di *tradere rem* all'acquirente rispetto a quella di *solvere pretium* al banchiere, mentre è svincolato da entrambe l'adempimento di quest'ultimo di soddisfare con l'importo pattuito il *dominus auctionis*.

Se passiamo ora al secondo interrogativo, va certamente rimarcata, proprio alla luce di quanto appena detto, la differenza di regime con le vendite ordinarie estranee al meccanismo dell'*auctio argentaria*, soprattutto laddove per esse si accolgono in toto l'opinione dominante (esposta nel paragrafo precedente) in materia di sinallagma funzionale tra l'adempimento delle obbligazioni dei contraenti dipendente dalla clausola *ex fide bona*. Una tale constatazione ci induce a respingere la congettura, ancorché avanzata da un'autorevole dottrina, che il compratore sul piano processuale, mediante una *duplicatio doli*, avrebbe potuto opporsi al banchiere, il quale, agendo *ex stipulatu* ed avvalendosi di una *replicatio* fondata sulla *praedictio NE ALITER EMPTORI RES TRADERETUR QUAM SI PRETIUM EMPTOR SOLVERIT*, non avesse contemporaneamente offerto la consegna della cosa comprata⁴⁹.

⁴⁹ Questa congettura, avanzata da M. TALAMANCA, *rec. a Petrucci, 'Mensam exercere'*, cit., p. 836 ss. e Id., *Vendita (diritto romano)*, cit., p. 374 ss., è stata ritenuta dapprima plausibile anche dallo stesso A. PETRUCCI, *In margine a Gai 4,126a*, cit., p. 329, il quale, però in seguito (v. Id., *Per una storia della protezione*, cit., p. 164), ne ha dubitato, osservando correttamente che l'onere imposto all'attore di offrire la propria prestazione, nel momento in cui agisce,

Ma la diversità di regimi è palese anche qualora si accogliesse l'ipotesi che i giuristi classici, attraverso l'*exceptio non adimpleti contractus*, si preoccupassero principalmente del diritto del venditore a ricevere il prezzo o la sua offerta, per poter essere citato in giudizio per la mancata *traditio*. Infatti, nel regolare le *auctiones argentariae* non traspare alcuna preoccupazione in tal senso ed il pagamento del prezzo può prescindere dalla consegna della cosa comprata ed è una faccenda riguardante i soli *dominus auctionis* e banchiere. L'attenzione si focalizza invece sul risultato esattamente opposto: il compratore aggiudicatario deve aver ottenuto già la consegna della cosa per poter essere convenuto *de pretio* dal banchiere.

Una certa consonanza fra i due regimi si potrebbe ammettere unicamente nel caso in cui si seguisse la tesi per cui la giurisprudenza classica, tranne che in particolari casi, non avrebbe imposto una necessaria interdipendenza tra l'adempimento delle obbligazioni del venditore e dell'acquirente nell'*emptio venditio* semplice.

Infine, venendo al terzo interrogativo, la risposta è affermativa. Ai contraenti era data facoltà di pattuire in via convenzionale l'ordine di adempimento delle proprie obbligazioni tanto nelle vendite semplici quanto in quelle realizzate attraverso un'*auctio argentaria*.

Nelle prime basta richiamare il noto passo contenuto in D. 18.1.78.2 (*Lab. 4 post. a Iav. epit.*), in cui nella compravendita di un fondo viene introdotta la clausola (*ea lege*) che lo stesso sarà consegnato solo dopo il pagamento integrale del prezzo (*ut soluta pecunia traderetur ei <emptori> possessio*), producendo i propri effetti anche nei confronti degli eredi del compratore, i quali non avrebbero quindi potuto corrisponderlo *pro parte*⁵⁰. Nelle vendite concluse a seguito di un'*auctio ar-*

vale per le *actiones empti* e *venditi* nascenti dalla compravendita consensuale, ma non si può estendere alla *stipulatio pretii* tra acquirente ed *argentarius*, soprattutto se si tiene conto che quest'ultimo avrebbe potuto non essere in grado di offrirla, in quanto la *res* comprata da consegnare non si trovava necessariamente presso di lui.

⁵⁰ Il testo del passo è il seguente: *qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. si unus*

gentaria la necessità di adempiere in via prioritaria l'obbligazione di *rem tradere* all'acquirente poteva essere superata dalla specifica *praedictio* sopra ricordata, predisposta in occasione dell'asta, con la quale il banchiere imponeva al compratore l'anteriorità dell'adempimento della sua prestazione di pagare il prezzo. Parallelamente, era rimessa alla piena libertà del *dominus auctionis* e del banchiere di stabilire tempistiche ed eventuali priorità della corresponsione del prezzo da parte di quest'ultimo nel modo da loro ritenuto più conveniente.

omnem pecuniam solverit, partem familiae herciscundae iudicio servabit: nec, si partem solvat, ex empto cum venditoreaget, quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit. Su di esso di rinvia, per tutti, a S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 816 ss.

ALESSANDRO CASSARINO, *Exceptiones argentariae* ed ordine di adempimento delle prestazioni nelle vendite all'asta private nel diritto del Principato

Questo contributo muove dal problema se il ruolo dell'*argentarius* nelle aste private possa influenzare l'ordine mediante il quale le parti contraenti debbano procedere nell'adempimento delle loro obbligazioni.

In questo contesto l'utilizzo delle *exceptiones argentariae* può portare a delle importanti risposte.

Parole chiave: *argentarius, exceptiones argentariae, dominus auctionis, stipulatio pretii.*

ALESSANDRO CASSARINO, *Exceptiones argentariae* and the order of performance of obligations in private auctions in Roman law of Early Empire

This paper deals with the question if the role of a *argentarius* in private auctions may influence the order by which the contracting parties must perform their obligations.

In this context the use of *exceptiones argentariae* may give us important answers.

Key words: *argentarius, exceptiones argentariae, dominus auctionis, stipulatio pretii.*

INDICE DEL FASCICOLO 2 2018

Miscellanea

<i>Silvia Grassi</i> , Il Consiglio Superiore della Magistratura tra informazione e comunicazione.....	203
<i>Andrés Ollero</i> , Legalidad y constitucionalidad.....	229
<i>Alessandro Cassarino</i> , <i>Exceptiones argentariae</i> ed ordine di adempimento delle prestazioni nelle vendite all'asta private nel diritto del Principato.....	257
<i>Isabella Cortesi</i> , Note sul recepimento vaticano di normative sovrnazionali in materia finanziaria.....	287
<i>Ciro Punzo</i> , Il Cristianesimo: risposta pienamente adeguata alla tematica <i>gender</i>	355
<i>Simone Petrilli</i> , Le relazioni tra la Curia romana ed i Comuni nello Stato della Chiesa del XVIII secolo. Il caso della Comunità di Terracina.....	367

Fatti e giudizi

<i>Giuseppe Dalla Torre</i> , Nuova intesa sull'assistenza religiosa ai militari in Italia	413
---	-----

Recensioni	419
-------------------------	-----

ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell’*Archivio Giuridico* è stata, sin dall’inizio, quella di essere visto in Italia e all’estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, ‘estratto’ degli articoli in formato elettronico pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli ‘estratti’, a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@mucchieditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell’Archivio Giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.