

FRANCO PASTORI
*Professore ordinario di istituzioni di diritto romano
nell'Università di Urbino*

**LA GENESI DELLA *STIPULATIO* E LA MENZIONE DELLA
BONA FIDES NELLA *LEX DE GALLIA CISALPINA* CON
RIFERIMENTO ALL'*ACTIO EX STIPULATU* (*)**

(*) Il presente studio compare negli *Studi in onore di Emilio Betti*.

17. *Studi Urbinati*, 1957-1958.

SOMMARIO: 1. Autonomia storica e giuridica della *stipulatio* rispetto alla *sponsio*, con riguardo: a) alla tutela; b) alla funzione; c) alla forma. — 2. Genesi della *stipulatio*: le fonti. — 3. Dottrina e appunti critici. — 4. *Fides*, *bona fides* e *fidepromissio*. — 5. La *stipulatio* come negozio dello *ius gentium* e la *Lex de Gallia Cisalpina*. — 6. Recezione della *stipulatio* nello *ius civile* e sua sistemazione nel contratto *verbis* accanto alla *sponsio*.

1. Sebbene il tema sia stato trattato per lo più incidentalmente, tuttavia, non trova contrasti in dottrina la tesi della derivazione della *stipulatio* dalla *sponsio*, nel senso che tali negozi rappresenterebbero diverse fasi di evoluzione di uno stesso istituto: un ampliamento della *sponsio*, infatti, avrebbe determinato l'affermarsi della *stipulatio* ⁽¹⁾.

Tale opinione si fonda, ovviamente, sulle analogie che la *sponsio* e la *stipulatio* presentano nel diritto classico, invece, trascurando le rilevanti anomalie che inducono a considerare tali istituti autonomi da un punto di vista storico.

Certamente non può disconoscersi il parallelismo del regime classico della *sponsio* e della *stipulatio* nel profilo del contratto *verbis* e del negozio astratto, ma al di là di tale parallelismo, le differenze sono evidentissime e sono tradite dalla stessa trattazione gaiana ⁽²⁾ la quale, pure ricomprendendo gli istituti nel contratto verbale, separa la *sponsio* da tutte le forme di *stipulatio*, avvertendo espressamente che l'analogia della loro regolamentazione giuridica non deve fare pensare a un processo storico di derivazione, essendo la *sponsio* tipico negozio dello *ius civile*, mentre la *stipulatio* è negozio *iuris gentium*.

⁽¹⁾ Cfr., per tutti, BIONDI, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano (1953), pag. 283 sg.

⁽²⁾ Cfr. *Gai* 3, 92/93.

a) Si pensi anzitutto alle formalità religiose peculiari della *sponsio* al suo sorgere e estranee alla *stipulatio*, la quale non ha come premessa, al contrario della *sponsio*, la comunità religiosa tra i contraenti. La *sponsio* si foggì nel primitivo *ius civile*, in cui fu recepita tramite le consuetudini dello *ius sacrum*.

La primitiva impostazione religiosa della *sponsio* risulta dalla stessa terminologia *spondere*, analoga al greco σπενδειν, che significa libagione, offerta di libagione o rito sacro ⁽³⁾: etimologia richiamata da *Gai* 3, 93 ⁽⁴⁾ e da Festo ⁽⁵⁾.

Atto religioso appare la *sponsio* nelle sue applicazioni al diritto internazionale: mancando un comune diritto, la sanzione degli impegni tra popoli discende dalla norma religiosa, per la quale ciascun popolo si vincola verso le proprie divinità. Le promesse tra popoli sono sanzionate dal *foedus* e dalla *sponsio* internazionale, istituti i quali presentano un sostrato comune e rappresentano inizialmente un modo di impegnarsi verso lo *ius sacrum*. Al pari della *sponsio* dello *ius civile*, la quale perde il carattere religioso, essendosi in tale ordinamento sostituita la sanzione giuridica al vincolo assunto prima dallo *spondens* verso la divinità ⁽⁶⁾.

Anche la *sponsio* quale appare nello *ius civile* conserva in alcune sue applicazioni traccia del rituale religioso che alle origini, evidentemente, ne costituiva la sola sanzione, mantenendosi per inerzia storica e quale rafforzamento della tutela giuridica. Sopravvivenza del rituale religioso della *sponsio* nell'ambito dello *ius civile* si rinviene nella *sponsio* usata nella

⁽³⁾ Cfr. FORCELLINI, v. « *spondere* »; LEIFER, *BIDR*, 44 (1936-37), p. 163; KASER, *Das Atröm.* « *Ius* », p. 256 sgg. e MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la « sponsio »*, Parigi (1934), pag. 56 sgg.

⁽⁴⁾ « ... At illa verborum obligatio DARI SPONDEO? SPONDEO adeo propria civium romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse ».

⁽⁵⁾ « Verrius... sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod interpositis rebus divinis faciant » (329).

⁽⁶⁾ Cfr. MAGDELAIN, *op. cit.*, pag. 98 sgg.

promessa di matrimonio ⁽⁷⁾ e nella *voti sponsio* ⁽⁸⁾, applicazioni certamente antichissime dell'istituto.

Se si esaminano i caratteri della *sponsio* nell'ambito dello *ius sacrum*, è agevole notare il parallelismo con quelli che essa presenta nello *ius civile*, ciò che rivela la recezione dallo *ius sacrum* operata da tale ordinamento.

Anzitutto la *legis actio sacramento*, la più antica delle *legis actiones* descritte da Gaio e di evidente formazione consuetudinaria essendo fondata sull'autodifesa, appare un compromesso tra le norme dello *ius civile* e le norme dello *ius sacrum*: alla *legis actio*, ossia l'azione derivante dalle XII Tavole, si aggiunge il *sacramentum*, ossia una sanzione religiosa alla quale si accompagna una *sponsio*. E la *sponsio* è nella *legis actio sacramento* atto impegnativo che sta al di sopra del rapporto litigioso e che vincola le parti in modo analogo al giuramento, cui verosimilmente la *sponsio* è subentrata.

La stessa concezione dell'*actio in personam* può ricollegarsi all'idea dell'impegno personale, tanto accentuata nell'ambito dello *ius sacrum*, sia per quanto concerne il giuramento, sia per quanto concerne la *sponsio*. La violazione dell'impegno religioso pone capo all'*impietas* e, in epoca più antica, alla sacralità, ossia a situazioni che investono la persona dell'inadempiente e possono avere per conseguenza la morte. Anche qui può agevolmente riscontrarsi il parallelismo tra le conseguenze dell'ina-

⁽⁷⁾ Cfr. *Festo* 329, nonchè l'espressione « *Di bene vortant* », invocazione che appare sovente nella promessa di matrimonio (*Plaut. Aulul.* 255, 260, 271, 272; *Trin.* 571, 1155). Sempre nell'ambito di una sanzione religiosa deve considerarsi la *nota censoria*, la quale, oltre l'*actio ex sponsu*, tutelava la promessa di matrimonio e più che all'obbligazione civile, aveva riguardo all'impegno religioso contratto con gli sponsali.

⁽⁸⁾ La *voti sponsio* genera un impegno religioso, come risulta da *Cic. leg.* 2, 16, 41: « *Voti sponsio qua obligamur deo. Poena vero violatae religionis* ». Cfr. anche *D.* 50, 12, 2 pr.; *Ser. Aen.* 5, 699; *Macrob.* 3, 2, 6; *Virg. Buc.* 5, 80 e *Turpilius (Non.)* 277. L'inadempimento dell'impegno religioso derivante dalla *voti sponsio* è designato con l'espressione *religio violata*, l'inadempiente diviene *impius* e l'*impietas* si presenta come sostituzione e attenuazione dell'antica sacralità.

dempimento dell'impegno religioso e le conseguenze cui pone capo l'inadempimento nell'ambito dello *ius civile*: l' *actio in personam*, infatti, nelle estreme conseguenze pone capo all'esecuzione sulla persona. E, del pari, la consegna dello *sponsio* nella *sponsio* internazionale nel caso della sua violazione, trova riscontro nella *noxae deditio* conseguente al delitto dello *ius civile*: in entrambi i casi la consegna dell'inadempiente o del colpevole ha la funzione di spezzare ogni legame con la comunità cui appartengono, la quale evita in tal modo di solidarizzare con loro.

L'impegno religioso derivante dalla *sponsio* reca in sè il vincolo della persona, come già appare dalla stessa terminologia *religio* che deriva da *religare*, la quale pone in risalto un legame magico-religioso: così *religio iusiurandi* denota il legame derivante dal giuramento e sono, inoltre, eloquenti le espressioni *vinculum religionis*, *religione obligare*, *obstringere*, *obnectere*, *exolvere* ⁽⁹⁾, nonchè il verso di Lucrezio ⁽¹⁰⁾ « *religionum nodis animum exolvere* ».

Appare verosimile ritenere che la giurisprudenza nel foggare la terminologia *obligatio* con riguardo al vincolo cui la *sponsio* metteva capo nell'ambito dello *ius civile* — rilevante è che l'*obligatio verbis*, ossia l'*obligatio* derivante dapprima dalla *sponsio*, sia della categoria *obligatio* la figura più risalente — abbia fatto riferimento alla terminologia e ai concetti propri dello *ius sacrum* ⁽¹¹⁾.

Nell'ambito dello *ius sacrum* la *sponsio* si compie con un cerimoniale religioso, ossia con la pronuncia di una formula solenne idonea a vincolare lo *spondens* alla divinità; nell'ambito dello *ius civile*, abolito il cerimoniale religioso, la *sponsio* si

⁽⁹⁾ Cfr. Cic. Verr. 4, 41; Cic. Leg. 2, 16, 41; Tacit. Ann. 3, 24; Lucr. 2, 614; Tibull. I, 2, 79.

⁽¹⁰⁾ Cfr. I, 1931.

⁽¹¹⁾ Sul tema cfr. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano (1959), pag. 61 sgg.; 158 sgg.

estrinseca nella pronuncia di parole solenni (*spondes? spondeo*) impegnative per il loro riconoscimento giuridico. Quanto alla sanzione, mentre la *sponsio* nello *ius sacrum* pone capo all'*impietas* e alla sacralità, nello *ius civile* la *sponsio* trova tutela nel processo organizzato della *civitas* il quale, al pari delle sanzioni religiose, ha quale oggetto la persona che ha assunto il vincolo.

È, dunque, assai probabile — e, ancor più, sembrerebbe rappresentare il solo elemento sicuro riferibile alla primitiva fase di evoluzione dell'istituto ⁽¹²⁾ — che la *sponsio*, dopo essere stata regolata da norme religiose, sia stata accolta per via consuetudinaria nei *mores* dello *ius civile* e abbia poi ottenuta sanzione legislativa ad opera delle XII Tavole, nelle quali le consuetudini si trasfusero. In altre parole si opera nella *sponsio* la sostituzione della sanzione delle norme religiose con la sanzione derivante dalle norme giuridiche: le XII Tavole recano traccia di tale sostituzione, ove esse accolgono la norma per cui «*quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*», ove mantengono talune regole dello *ius sacrum*, come quelle concernenti il giuramento e la sacralità ⁽¹³⁾. Del pari probante è nelle leggi la riserva secondo cui le stesse non possono sancire qualcosa in contrasto a ciò che è *sacrosanctum* ⁽¹⁴⁾.

b) Se le formalità religiose della *sponsio* primitiva la fanno apparire negozio autonomo rispetto alla *stipulatio*, le differenze tra tali istituti risultano ancor più di fronte alla considerazione della loro funzione.

Lo *stipulatio*, come bene risulta dai formulari riferiti da Gaio ⁽¹⁵⁾, adempie a una funzione promissoria — talvolta idonea a costituire garanzia — ponendo capo agli effetti obbligatori del contratto classico, di cui rappresenta una figura tipica.

⁽¹²⁾ Cfr. PASTORI, *op. cit.*, pag. 47 sgg.

⁽¹³⁾ Cfr. *Cic. off.* 3, 31 e *XII Tab.* VIII, 21.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Val. Prob.* 13; *Cic. Balbo* 14, 33; *Cic. Caec.* 33, 95.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Gai* 3, 92.

Considerazioni analoghe possono naturalmente farsi nel sistema classico anche per la *sponsio*, ma notevoli sono gli indizi i quali inducono a ritenere che la riduzione a contratto tipico sia il punto di arrivo di un'evoluzione di detto istituto, in origine preordinato a funzione più vasta.

Fra gli elementi sicuri della struttura primitiva della *sponsio* debbono porsi, come si è detto, le formalità religiose. Qualche Autore ⁽¹⁶⁾ ha creduto di identificare la *sponsio* col giuramento. Se simile identificazione deve escludersi ⁽¹⁷⁾, non si può invece contestare il parallelismo tra *sponsio* e giuramento, il quale già appare dalla comune sanzione religiosa.

Come il giuramento, anche la *sponsio* si fonda sui *verba* ⁽¹⁸⁾, ossia richiede la pronuncia di parole solenni, nelle quali tali istituti si immedesimano, posta l'efficacia non solo dichiarativa, ma costitutiva dei loro formulari in ordine agli effetti cui essi si indirizzano ⁽¹⁹⁾.

Se il giuramento era nell'antichità mezzo diffuso per contrarre impegni, non si deve dimenticare che l'ambito di applicazione della *sponsio* era inizialmente amplissimo e tale da consentirne l'accostamento allo schema del moderno contratto ⁽²⁰⁾.

L'applicazione della *sponsio* ai rapporti internazionali quale mezzo idoneo per concludere trattati e la sua analogia col

⁽¹⁶⁾ DANZ, *Der Sacrale Schutz im römischem Rechtsverkehr*, Jena (1857), pag. 142 sgg. e, da ultimo, MAGDELAIN, *op. cit.*, pag. 98 sgg.

⁽¹⁷⁾ Da un lato, deve considerarsi la forma dialogica della *sponsio*, mentre il giuramento è monologo con la divinità e, dall'altro, anche ammettendo come si assume da una parte della dottrina che la *sponsio* fosse anticamente accompagnata da un giuramento, questo ne rappresenterebbe solo l'elemento sanzionatorio e sarebbe, invece, esclusa l'identificazione dei due istituti: allo stesso modo che il *foedus*, pure comportando un giuramento, non può in questo identificarsi, come bene appare dalla narrazione liviana, in cui il giuramento risulta essere solo una delle complesse formalità richieste per il *foedus*.

⁽¹⁸⁾ Per la rilevanza costitutiva dei *verba* negli antichi istituti, cfr. PASTORI, *op. cit.*, pag. 55 sgg.

⁽¹⁹⁾ Per i vari tipi di giuramento e per i relativi formulari, cfr. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma (1886), pag. 30 sgg. e MAGDELAIN, *op. cit.*, pag. 163 sgg.

⁽²⁰⁾ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pag. 21 sgg.

foedus, il quale fondava la sanzione sulla forza vincolante del giuramento, offre un altro argomento allo scopo di affermare il parallelismo tra quest'ultimo e la *sponsio*.

Sponsio e giuramento vengono a porsi addirittura sullo stesso piano nella promessa delle *operae* fatta dal liberto al patrono: lo schiavo in procinto di essere manomesso promette con giuramento — per carenza di capacità giuridica non potrebbe lo schiavo impegnarsi di fronte allo *ius civile* — di prestare le *operae* al patrono e, divenuto libero, egli ripete tale promessa indifferentemente con altro giuramento oppure con una *sponsio* ⁽²¹⁾.

Per l'avvicinamento della *sponsio* al giuramento si pronunciano esplicitamente le fonti, come appare dalla frase di Isidoro «*sacramentum est pignus sponsionis*», dalle parole di Paolo Diacono «*consponsor coniurator*» e dall'inciso del S.C. *de Bacchanalibus* «*neve post hac inter sed coniurase neve convovise neve conspondise neve compromisise velet*».

Ma più che al giuramento promissorio — come si pronuncia la dottrina che vuole la *sponsio* derivata dal giuramento — la *sponsio* deve avvicinarsi al giuramento assertorio, ossia al tipo più antico di giuramento il quale risponde alla intrinseca natura dell'istituto, di cui le altre figure si presentano come estensioni della sua funzione tipica: l'asserzione solenne della verità di un determinato fatto, sanzionata dal richiamo alla vendetta divina ⁽²²⁾. L'espressione *iusiurandum*, idonea a ricomprendere tutte le figure di giuramento, non pare molto risalente: essa, pure ponendosi in relazione con lo *ius sacrum* e la relativa sanzione religiosa, non rileva la intrinseca sacralità, che è elemento peculiare del giuramento nella sua struttura tipica ⁽²³⁾. Inteso in tale tecnica accezione il giuramento deve ac-

⁽²¹⁾ Cfr. D. 38, I, 3 pr.; 5; 7 pr.; 15, I; 22 pr.; 23 pr.; 24, 37 pr. ecc.

⁽²²⁾ Cfr. Festo (L.) 422; Cic. *de off.* 3, 31, 111.

⁽²³⁾ Livio 22, 38, I distingue tra *iusiurandum* e *sacramentum*, riferibile il secondo all'antichissimo giuramento con cui i militari si assoggettavano al comandante.

costarsi al *sacramentum*, ossia la pronuncia solenne e costitutiva per la quale la persona è vincolata — mediante la *sacratio capitis* — alla verità dell'asserzione: il *sacramentum*, di conseguenza, si viene a porre come la figura più antica di giuramento.

Se si esamina ora la *sponsio* in antiche applicazioni, le quali riecheggiano la sua natura primitiva, si può notare che essa non presenta la struttura di negozio primissorio, ma reca in sè un contenuto di garanzia, ponendosi lo *sponsor* garante della sua asserzione dell'esistenza di una certa situazione, sottratta peraltro per quanto attiene il verificarsi alla sua sfera di autonomia.

Traccia di tale concezione può vedersi nel significato dell'espressione *praestare*, cui si riattacca la *sponsio* in peculiari casi. *Praestare* denota lo « star garante » e, così, *custodiam praestare* indica la garanzia offerta dal custode. Similmente le espressioni *praestare dolum*, *culpam*, *diligentiam*, *evictionem* designano lo « star garante » per un evento atteso e *debitorem se esse praestare*, *heredem se esse praestare*, *habere licere praestare*, *ius fundi deterius factum non esse*, *liberum praestare*, puntualizzano lo « star garante » per una asserzione e la relativa responsabilità per il caso che la stessa vada delusa.

Tale concezione è riferibile alla *sponsio*, come risulta dagli antichissimi formulari, usuali nella vendita di schiavi, per cui il venditore mediante *sponsio* ⁽²⁴⁾ asseriva « *servum sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, fugitivum non esse, noxae solutum esse* », circostanze queste ovviamente estranee alla sfera di autonomia dello *spondens*, per le quali egli si poneva solo come garante dell'asserzione: si tratta infatti di qualità obiettive del *servus* alle quali non può ricollegarsi un comportamento dello *spondens* per quanto assiene il loro verificarsi.

Considerazioni analoghe debbono farsi per la *sponsio* il cui

(24) Cfr. *Ulp. D.* 21, 2, 31.

oggetto sia una condizione giuridica ⁽²⁵⁾, oppure si riferisca genericamente a un fatto che « si farà » ⁽²⁶⁾ o che « non si farà » ⁽²⁷⁾, oppure alla promessa dell'*habere licere* ⁽²⁸⁾, alla promessa del fatto dell'erede ⁽²⁹⁾, di un terzo ⁽³⁰⁾ e, ancora, volta a assicurare che « *dolum malum abesse afuturumque esse* » ⁽³¹⁾. Sullo stesso piano debbono porsi anche la « *cautio ratam rem dominum habiturum* » ⁽³²⁾, la « *cautio damni infecti* » ⁽³³⁾, « l'*operis novi nuntiatio* » ⁽³⁴⁾ e il « *vadimonium* » ⁽³⁵⁾.

Evidenti sono, pertanto, le analogie della *sponsio* risalente col giuramento assertorio, analogie avvalorate dalla presenza della *sponsio* nella *legis actio sacramento*, cui inoltre si riattacca il più recente *agere per sponsionem* ⁽³⁶⁾. Forse non è azzardato ritenere che il monologo con la divinità in cui si estrinseca il giuramento sia stato preso a modello per il dialogo in cui consiste la *sponsio*. In definitiva, sia la *sponsio* che il giuramento assertorio partecipano di una tipica concezione dello *ius sacrum* da cui traggono la sanzione. Entrambi gli istituti si fondano sul valore costitutivo dei *verba*, i quali si estrinsecano nell'asserzione di un fatto per la cui veridicità lo *sponsor* e il giurante incorrono in un rischio personale.

Muove da qui il comune contenuto di garanzia della *sponsio* e del giuramento che si manifesta nell'idea dello « star garante ».

Ne deriva che nella prima fase di evoluzione, quando la

⁽²⁵⁾ Cfr. D. 47, 6, 3 pr.

⁽²⁶⁻²⁷⁾ Cfr. D. 45, I, 137 § 7 ; D. 18, 7, 6 pr.; D. 40, I, 9; D. 29, 5, 3 § 15.

⁽²⁸⁾ Cfr. D. 45, I, 3 pr.; D. 45 I, 38 pr.

⁽²⁹⁾ Cfr. D. 45, I, 49 § 2; 83 pr.; 85, 3; 133; 122, 2.

⁽³⁰⁾ Cfr. D. 45, I, 4 § 1; D. 46, 8, 3 pr.

⁽³¹⁾ Cfr. D. 45, I, 39 § 13; 83 pr.; 121 pr.

⁽³²⁾ Cfr. D. 46, 8.

⁽³³⁾ Cfr. D. 39, 2.

⁽³⁴⁾ Cfr. D. 39, I, 12.

⁽³⁵⁾ Cfr. *Gai* 4, 184-186 e D. 2, 5, 3.

⁽³⁶⁾ Il più antico processo romano, cfr. *XII Tab.* 3, *Cic. Mil.* 27, 74, *Arnob. adv. gent.* 4, 16, era impostato sul « *vindicias dicere* » e sul « *sacramento provocare* ».

sponsio è regolata dallo *ius sacrum* e si modella sul giuramento assertorio, uniformandosi alla concezione dello « star garante » per una situazione di fatto obiettiva, il vincolo dello *sponsor* non pone capo a un impegno per il futuro, ma ha il carattere dell'immediatezza.

L'immediatezza del vincolo del primitivo *sponsor* trova riscontro in un carattere analogo degli istituti dello *ius civile*, successivo al superamento del diritto religioso: gli istituti che interessano l'economia dello scambio, come la *mancipatio*, la *in iure cessio* e il *nexum* non creano, infatti, vincoli per il futuro, ma sono costitutivi di situazioni immediate.

L'applicazione della *sponsio*, inoltre, non è limitata all'ambito patrimoniale, ma è assai più vasta, come appare dall'uso della *sponsio* negli sponsali, dalla *sponsio* votiva, dalla *sponsio* internazionale e dalla *communis rei publicae sponsio*.

La risalente funzione della *sponsio* è, dunque, quella di vincolare la persona in ordine a un impegno immediato di qualunque contenuto, patrimoniale e non patrimoniale: tale concezione trova riscontro nella risalente accezione dell'*actio in personam*, ossia di azione contro la persona per un vincolo assunto, indipendentemente da un *oportere* patrimoniale. La struttura della *legis actio sacramento in personam* non reca la menzione dell'*oportere*, ma solo impone l'accertamento della verità dell'asserzione dell'attore in ordine a una situazione giuridica, di cui egli si afferma garante. Questo non esclude che la *legis actio sacramento* sia servita per la tutela del credito, ma ciò riguarda uno sviluppo giuridico: rilevante è invece la struttura di tale azione, in origine consona a una funzione più vasta. Probabilmente avvalorare gli impegni derivanti dalla *sponsio*: questo potrebbe essere il motivo per cui in epoca storica la *sponsio* ha finito per entrare a far parte dello stesso formulario della *legis actio*.

Nella primitiva fase di evoluzione non può, quindi, vedersi nella *sponsio* una figura contrattuale, posto che il suo am-

bito di applicazione è più vasto di quello del contratto, non limitandosi ai rapporti patrimoniali nè ai rapporti privati. Non può vedersi nella *sponsio* una fonte di *obligatio*, posto che lo *sponsor* non promette il proprio contegno, ma si pone come garante per la veridicità di un evento asserito. Non può la *sponsio* ricondursi ad alcun contratto tipico, posta la sua atipicità strutturale e funzionale. Si è detto che nella *sponsio* primitiva può vedersi lo schema del contratto moderno che si risolve in una proposta e in un'accettazione: ancor più può essa avvicinarsi alla moderna accezione generale del negozio giuridico.

Se la *stipulatio* che nel diritto classico è contratto tipico fonte di *obligatio* tende nelle trattazioni della giurisprudenza a porsi a fondamento di tutto il sistema contrattuale e nella pratica a tale contratto si ricorre per novare le obbligazioni derivanti da altri contratti tipici, è chiaro che essa riecheggia un regime risalente alla *sponsio*, avanti la sua ricomprensione nel sistema classico dei contratti.

c) Nel diritto classico *sponsio* e *stipulatio* sono avvicinate nel profilo del contratto *verbis*, ma in realtà tale concezione è tipica della *sponsio*, mentre si può dire entri in crisi proprio col sorgere della *stipulatio*.

La necessità di spiegare come sia sorta l'idea che dai *verba* potesse sorgere l'*obligatio*, riporta alla *sponsio*, la quale era *conceptio verborum* nel più genuino e tecnico dei significati. In generale l'efficacia costitutiva dei *verba* si afferma nei negozi più antichi ⁽³⁷⁾, dei quali sancisce il valore impegnativo: il diritto classico conosce senza dubbio una concezione di *obligatio verbis*, ma essa non è che il residuo storico di una concezione tecnicamente affermata nella primitiva fase di evoluzione della *sponsio*.

La concezione tecnica di *obligatio verbis* denota l'*obligatio* che trae origine dai *verba*, i quali hanno valore costitutivo in

⁽³⁷⁾ Cfr. PASTORI, *op. cit.*, pag. 55 sgg.

ordine al prodursi dell'effetto giuridico e sono per tale effetto elemento necessario e sufficiente. Di fronte a tale concezione non vi è posto per una considerazione causale, in quanto essa, al pari del consenso, è assorbita dai *verba*.

Il diritto classico, per la verità, sembra affermare tali principi in ordine alla *stipulatio*: così Pomponio ⁽³⁸⁾ definisce la *stipulatio* come «*verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit*»; Gaio ⁽³⁹⁾ afferma che «*verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione*»; Paolo ⁽⁴⁰⁾, contrapponendo alla *stipulatio* la locazione-conduzione, si esprime «*quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur*».

Ma, in realtà, al di là delle riferite affermazioni di principio, la concezione di *obligatio verbis* è scolorita e superata dal regime positivo.

Il superamento classico della genuina concezione di *obligatio verbis* avviene in seguito alla considerazione del consenso e della causa nella *stipulatio*.

Indicativa della tendenza classica è l'opinione di Sesto Pedio riferita da Ulpiano ⁽⁴¹⁾ per la quale la *stipulatio* «*verbis fit*», ma tuttavia «*nisi habeat consensum nulla est*». Venuleio afferma ⁽⁴²⁾ che la *stipulatio* richiede il consenso dei contraenti e così si pronunciano Paolo ⁽⁴³⁾ e Papiniano ⁽⁴⁴⁾. A tali concezioni classiche si riattaccano la nota costituzione di Leone ⁽⁴⁵⁾, la quale abolisce la *sollemnitatis verborum* della *stipulatio* e la riforma giustiniana ⁽⁴⁶⁾ che sposta definitivamente il fulcro della *stipulatio* dai *verba* al consenso. E analogamente si nota nel di-

⁽³⁸⁾ Cfr. D. 45, I, 1 § 1.

⁽³⁹⁾ Cfr. 3, 92.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. 45, I, 35 § 2.

⁽⁴¹⁾ Cfr. D. 2, 14, I § 3.

⁽⁴²⁾ Cfr. D. 45, I, 137 § 1.

⁽⁴³⁾ Cfr. D. 45, I, 83 § 1.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. D. 2, 15, 5.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *Codex* 8, 37 (38), 10.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Inst.* 3, 15, I.

ritto classico un processo di emersione nella *stipulatio* della causa, intesa, come rapporto sostanziale cui si indirizza la volontà delle parti nella conclusione del negozio, processo che si compie attraverso successivi sviluppi di pensiero della giurisprudenza ed è parallelo a quello per cui il consenso assume sempre maggiore rilievo rispetto ai *verba* ⁽⁴⁷⁾.

La concezione genuina di *obligatio verbis* è riscontrabile, invece, nella *sponsio* preclassica, quale appare dalle XII Tavole; qui è ancora operante una tipica concezione dello *ius sacrum* per cui i *verba* hanno efficacia vincolante e costitutiva del rapporto. I *verba*, lungi dall'essere qui il mezzo per manifestare il consenso e, dunque, la forma negoziale, sono lo stesso negozio. Non vi è la possibilità di distinguere i *verba* dal consenso, poichè la volontà si immedesima nella parola e appunto da simile concezione hanno origine le norme delle XII Tavole nelle quali è scolpito il valore, non solo impegnativo, ma costitutivo della parola: « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* » ⁽⁴⁸⁾; « *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* » ⁽⁴⁹⁾. Si deve poi considerare che la *sponsio*, nelle XII Tavole, è tutelata dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nella quale l'*oportere* del convenuto veniva affermato di fronte alla constatazione delle parole rituali richieste dalla *sponsio*, indipendentemente da ogni valutazione del consenso e del rapporto causale ⁽⁵⁰⁾.

Ci si potrebbe chiedere come si sia passati dalla tecnica risalente concezione di *obligatio verbis*, per la quale l'*obligatio* sorge come effetto della *conceptio verborum*, alla concezione classica per la quale i *verba* si vengono a porre in relazione al consenso e alla determinazione causale.

Pensare che la giurisprudenza si sia posta nell'orientamento

⁽⁴⁷⁾ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pag. 277 sg.; 340 sgg.

⁽⁴⁸⁾ VI, I.

⁽⁴⁹⁾ V, 3.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., per tutti, BETTI, *Diritto romano. Parte generale*, pag. 454 sgg.

di valutare il consenso come disgiunto dalla parola, ritenendo questa solo il mezzo idoneo per manifestarlo, in seguito a affinamento delle concezioni giuridiche, pare argomento estremamente generico. Si tratta, invece, di vedere in che modo si sia posto concretamente quel problema e per quale pratica necessità la giurisprudenza abbia cercato di risolverlo.

Di fronte allo *ius civile* in epoca risalente dovette apparire senza dubbio irrilevante la distinzione della parola dalla volontà: al significato magico e costitutivo della parola che dallo *ius sacrum* si trasfuse nello *ius civile*, si aggiunge qui ad avvalorare tale concezione un criterio di autoresponsabilità privata: in un ambiente economico in cui il rapporto contrattuale è limitato, si svolge tra cittadini e tra pochi, anzi, ossia tra i *patres familias*, non dovette neppure concepirsi che chi pronunciava la parola *spondeo* potesse, in realtà, non far coincidere la parola alla volontà.

Un problema del genere dovette, invece, necessariamente porsi sul terreno dello *ius gentium* e proprio a proposito della più antica forma di *stipulatio*, ossia la *fidepromissio*: avvenendo questa tra persone che parlavano lingue diverse ⁽⁵¹⁾, dovette assumere rilevanza pratica il problema di considerare l'eventualità che le parti non si intendessero, ossia non apprezzassero esattamente il valore delle reciproche dichiarazioni, ossia della rispondenza dei *verba* al consenso e alla determinazione causale.

Ma proprio qui ha inizio il superamento della genuina concezione di *obligatio verbis* e da qui si sviluppa la concezione classica di *obligatio verbis* per cui la *conceptio verborum* non è più costitutiva dell'*obligatio*, ma quale forma negoziale è richiesta per la manifestazione del consenso. Al di là dunque delle affermazioni di principio nel diritto classico non rimane che il residuo della genuina concezione di *obligatio verbis*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *Gai* 3, 92-93 e *Ulp. D.* 45, 1, 1, § 6.

2. Posta, dunque, l'autonomia storica della *sponsio* rispetto alla *stipulatio* — autonomia che si manifesta nella struttura, nella forma negoziale e nella funzione — ci si deve ora chiedere come sia sorta la *stipulatio*.

Le fonti, tarde rispetto al sorgere dell'istituto, non fanno luce sull'argomento. Di scarso aiuto è Gellio (4, 4): « *Qui uxorem ducturus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur eam in matrimonium iri; qui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsoniumque dicebatur sponsalia. Tum qui spondebat quae promissa erat, sponsa appellabatur: qui sponderat ducturum sponsus, sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, cui stipulatur, ex sponsu agebat* ».

Il testo rivela che l'atto tipico con cui si compivano gli sponsali era la *sponsio* e il rapporto trovava la sua tutela in una *actio ex sponsu*. In tale applicazione la *sponsio* appare delimitata dalla *stipulatio*, senza dubbio più recente: la confusione tra *sponsio* e *stipulatio* che si riscontra, peraltro, nel testo deve addebitarsi alla tendenza del diritto classico di allineare i due istituti nel profilo del contratto *verbis*. Ciò che si deduce da *Gai* 3, 92 in cui la *sponsio* è ricordata insieme agli altri negozi da cui l'*obligatio* sorge *ex interrogatione et responsione* ed è indice della compenetrazione della *sponsio* nella *stipulatio* dovuto all'inquadramento sistematico del diritto classico: *Gai* 3, 93 avverte però che la *sponsio*, a differenza della *stipulatio*, è propria *civium romanorum*, sottolineando così l'autonomia di questi istituti nell'aspetto della loro genesi.

Interessante è la testimonianza di Isidoro di Siviglia ⁽⁵²⁾ secondo cui la parola « *stipulatio* » deriverebbe da « *stipula* », che significa « ramoscello »: « ... *dicta autem stipulatio a stipula: veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas* ».

(52) *Etym.* 5, 24, 30.

agnoscebant, sive quod stipulum iuxta Paulum iuridicum firmum appellaverunt ».

Il testo ci riporta a un'antica prassi per la quale i contraenti sanzionavano la stipulazione tenendo in mano un ramoscello: questo, al momento in cui il negozio veniva concluso, era spezzato e ciascun contraente ne conservava un frammento, che costituiva la prova dell'avvenuta stipulazione.

Paolo, ricordato da Isidoro di Siviglia, intende *stipulum* come *firmum*, nel senso che mediante la *stipulatio* venivano rivestiti di sanzione rapporti di per sè sprovvisti di efficacia: « *Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmatas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum appellaverunt* » ⁽⁵³⁾.

Secondo un'opinione di Varrone, infine, *stipulatio* deriverebbe da *stips*, che vuol dire somma di denaro o moneta, essendo appunto il denaro il primitivo oggetto della *stipulatio*: « *Hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librae pondo erant... non arca ponebant sed in aliqua cella stipabant... et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari* » ⁽⁵⁴⁾.

3. I testi riferiti, più che delle origini della *stipulatio* per quanto attiene l'aspetto storico-giuridico dell'istituto, ci informano dei possibili addentellati storici della parola *stipulatio*, per gli autori di detti testi tutt'altro che chiari e univoci. Ciascuna testimonianza offre qualche spunto per la ricostruzione storica della *stipulatio*, o almeno della sua terminologia, ma nessuna di esse offre tali elementi da consentire una razionale e definitiva soluzione del problema della genesi di quell'istituto.

⁽⁵³⁾ R. S. 5, 7, 1.

⁽⁵⁴⁾ *De l. l.* 5, 182.

Per questo non sono convincenti per spiegare la genesi della *stipulatio*, sia l'opinione dello Huvelin ⁽⁵⁵⁾ che si rifà al passo di Varrone, sia l'opinione del Düll ⁽⁵⁶⁾ che si rifà a Isidoro di Siviglia.

Secondo Huvelin la parola *stips* indica una piccola moneta e la *stipulatio* deriverebbe da un'antica prassi per la quale le piccole monete, anzichè essere riposte nella cassaforte (*arca*), venivano collocate altrove alla rinfusa (*in aliqua cella*). Tale operazione veniva designata con le espressioni *stipulari* e *restipulari*, le quali, usate prima in un significato materiale, avrebbero poi acquistato un significato giuridico.

Il Düll ritiene, invece, che la *stipulatio* derivi dall'antica consuetudine ricordata da Isidoro di Siviglia per la quale i promittenti, per attribuire valore alle loro promesse, le accompagnavano alla frattura di un ramoscello, denominato appunto *stipula*.

Senza dubbio la *conceptio verborum* nella quale si estrinseca la *stipulatio* conferisce sanzione alle promesse, ma quando Paolo afferma che la *stipulatio* è sorta *obligationum firmandarum gratia*, mostra di fare solo un generico apprezzamento in ordine alla più importante fonte di *obligatio*, che nel diritto classico rappresenta lo schema del contratto e il comune denominatore del sistema contrattuale. Essendo noto, d'altra parte, che la più antica fonte di *obligatio* è la *sponsio*, si dovrebbe intendere come ad essa riferentesi l'espressione *stipulatio*, cosa questa ben comprensibile nel diritto classico in cui *sponsio* e *stipulatio* sono avvicinate e compenstrate nella concezione della *obligatio verbis*: ma proprio per questo il passo di Paolo scema di interesse in ordine al problema della genesi della *stipulatio*.

Non è escluso, invece, che la *stipulatio*, per quanto attiene la mera terminologia, trovi il suo antecedente nelle parole *stips* e *stipendium* e — con riguardo alla promessa di somme di de-

⁽⁵⁵⁾ *Stipulatio, Stips et Sacramentum*, in *Studi Fadda*, vol. VI, pag. 77 sgg.

⁽⁵⁶⁾ *Zur rom. Stipulatio*, in *ZSS*, 68 (1951), pag. 191 s..

naro, probabile primitivo oggetto dell'istituto — abbia qualche riferimento con l'atto materiale di *stipulari* e *restipulari*, come afferma Verrone. È, del pari, verosimile che la *stipulatio* possa ricollegarsi all'antica consuetudine, descritta da Isidoro di Siviglia per la quale i promittenti, all'atto della promessa, spezzavano un ramoscello, di cui conservano i frammenti, che avrebbero rappresentata la prova del negozio.

Ma il problema della genesi della *stipulatio* è di vedere, sia pure muovendo da tali addentellati storici, in che modo si sia affermata la *stipulatio* intesa come *conceptio verborum*, quale ci è descritta da Gaio. Per questo deve escludersi che sia i testi riferiti, sia le opinioni dottrinarie enunciate con il loro ausilio, siano idonei a offrire una plausibile spiegazione storico-giuridica della genesi della *stipulatio*.

4. Prendendo le mosse da quanto espone Gaio in 3, 92-93, deve ritenersi per certo che la *stipulatio* — dal giurista contrapposta alla *sponsio* « *propria civium romanorum* » — sia sorta nella prassi dello *ius gentium*: ossia che l'istituto si sia affermato attraverso la consuetudine e sia stato poi riconosciuto dal pretore peregrino. Accessibile ai soli cittadini romani la *sponsio*, in conseguenza della sua struttura religiosa, la quale richiedeva una comunità religiosa tra i contraenti, si impose l'esigenza della tutela di un rapporto analogo che intervenisse tra romani e peregrini. La *sponsio* e la *stipulatio*, in altre parole, si imposero per risolvere problemi analoghi in due diversi ordinamenti: di qui muove il parallelismo tra i due negozi che pone capo alla loro ricomprensione nella sistematica del contratto *verbis*.

Al di là di queste affermazioni generiche è possibile, però, enunciare una ipotesi concreta sulla genesi della *stipulatio*.

Come la *sponsio* dello *ius civile* trova la sua primitiva tutela nella religione, ossia ad opera delle norme dello *ius sacrum*, così è pensabile che nell'ambito dello *ius gentium* la *stipulatio* abbia trovata la sua primitiva sanzione nella *fides*.

Concezione senza dubbio sorta nella prassi dello *ius gentium* e poi recepita dallo *ius civile* è quella di *bona fides*, intesa come l'abito della persona corretta ⁽⁵⁷⁾: concezione che fornisce al giudice il criterio per la soluzione della controversia nei cosiddetti *bonae fidei iudicia*, che tutelano rapporti sorti sul terreno dello *ius gentium*, quali i contratti consensuali ⁽⁵⁸⁾.

La concezione tecnica di *bona fides*, quale appare nello *ius civile* in seguito all'elaborazione giurisprudenziale, è stata ovviamente preceduta da una concezione più empirica nell'ambito della prassi dello *ius gentium*: il punto di partenza è, verosimilmente, il concetto di *fides*, il quale trova riscontro più che nella *bona fides*, nell'idea del semplice affidamento, di cui le fonti parlano a proposito del commento della rubrica edittale «*de rebus creditis*» e che costituisce appunto il contenuto del «*credere*».

In D. 12, 1, 1 § 1 Ulpiano parla della formazione della rubrica edittale «*de rebus creditis*» la quale ricomprende il mutuo, il comodato e il pegno: elemento che accomuna tali contratti è il trasferimento di cose generiche o specifiche ad alcuno sulla sua fedeltà si fa affidamento per ottenere la restituzione in un tempo successivo. Così nel mutuo il mutuante affida una determinata quantità di fungibili al mutuatario perchè questi gli restituisca al tempo stabilito il *tantundem eiusdem generis*; nel comodato e nel pegno il commodante e il debitore affidano al commodatario e al creditore pignoratizio una cosa infungibile e inconsumabile per ottenerne la restituzione dopo che il commodatario ne abbia fatto l'uso convenuto e il creditore pignoratizio sia stato soddisfatto del credito.

È evidente come qui non ricorra un concetto tecnico di *bona fides*, concetto complesso e comprensivo di tutte le qualifiche del *bonus pater familias*, ma un semplice concetto di affidamento, di fiducia nell'altrui comportamento (*alinenam fidem sequi*), che

⁽⁵⁷⁾ Cfr. BETTI, *op. cit.*, pag. 570 sgg.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pag. 229 sgg.

sono a fondamento del rapporto contrattuale e inducono il privato a stringere il rapporto.

Se ora si esamina la figura più risalente di *stipulatio*, ossia la *fidepromissio*, è agevole considerare che tale negozio rivela dalla stessa terminologia di avere a suo fondamento la *fides*. Non la *bona fides* intesa in senso tecnico: tanto è vero che la *stipulatio* — come il mutuo, il comodato e il pegno, ossia i negozi ricompresi nella rubrica editale *de rebus creditis* — trovò la sua tutela in un'azione, l' *actio ex stipulatu*, la quale, come la *condictio* posta a tutela del mutuo e le azioni in *factum* del comodato e del pegno, dava origine a un *iudicium stricti iuris* ⁽⁵⁹⁾. La *fidepromissio* si richiama alla semplice *fides*, nel senso che essa trova la sua sanzione nella fedeltà del contegno del promittente.

Naturalmente, dopo l'intervento del diritto e la tutela della *fidepromissio* ad opera del processo, l'elemento della *fides* viene svalutato, allo stesso modo che, dopo la sanzione da parte dello *ius civile*, si svaluta l'elemento religioso della *sponsio*, il quale precedentemente era stato il fulcro e la sanzione del negozio.

Prima della sua recezione nell'ordinamento dello *ius civile*, la *fidepromissio*, nell'ambito della prassi dello *ius gentium*, aveva nella *fides* l'elemento sanzionario: l'impegno dello stipulante si accompagnava a una idea di affidamento e, probabilmente, come ci narra Isidoro di Siviglia, era accompagnato dalla frattura della *stipula*, che serviva da elemento probatorio del negozio.

Il parallelismo con la *sponsio* dello *ius civile* e, più ancora, con la risalenta *sponsio* dello *ius sacrum* è evidente: la *sponsio* si fonda sulla *religio* ossia presuppone la comunità religiosa tra i contraenti, la *fidepromissio* si fonda sulla *fides* che rappresenta un legame umano prossimo alla *religio*, idoneo a vincolare soggetti di diverse credenze religiose. La *sponsio* rappresenta il

(59) Cfr. D. 12, 1: « *De rebus creditis, si certum petetur et de condictione* ».

riconoscimento della parola ed è, anzi, la pronuncia di una determinata formula che ne sancisce il valore impegnativo, costituendo la prova del negozio: l'impossibilità di sancire il valore di determinate formule tra soggetti non legati da una comunità di linguaggio, porta a sostituire nella *stipulatio*, al valore impegnativo della parola, il valore impegnativo e probatorio di una prassi attuantesi con un contegno a tutti accessibile, quale quello della frattura della *stipula*.

La *stipulatio* ottenne riconoscimento giuridico nell'ambito della giurisdizione del pretore peregrino, il quale fu evidentemente indotto a tale provvedimento per l'analogia che la *stipulatio* presentava con la *sponsio* dello *ius civile*. Analogia evidente soprattutto nella funzione pratica cui tali istituti adempivano, poichè sia nell'ambito dello *ius civile* sia al di fuori di esso, si trattava di risolvere lo stesso problema pratico.

Quando il Pretore peregrino accordò tutela alla *stipulatio* mediante azione, la prassi per la quale i promittenti si impegnavano spezzando la *stipula* decadde, poichè ormai il riconoscimento giuridico rappresentava l'elemento sanzionatorio del negozio e la promessa divenne impegnativa per il solo fatto della pronuncia di determinate parole.

A questo punto il parallelismo funzionale e strutturale della *stipulatio* con la *sponsio* apparve alla giurisprudenza evidente, per cui la *stipulatio* fu avvicinata alla *sponsio* nella sistematica del contratto *verbis*.

5. Anche dopo la recezione dello *ius civile* e la sua ricomprensione nella sistematica del contratto *verbis*, la *stipulatio* mantiene alcune tracce della sua genesi al di fuori dello *ius civile* e della sua primitiva autonomia rispetto alla *sponsio*.

Conviene considerare, a tale proposito, il formulario della *stipulatio*, il quale rivela come la promessa può essere fatta con notevole libertà di linguaggio e non solo in lingua latina: è sufficiente che il negozio avvenga mediante *interrogatio e responsio*

congruenti ⁽⁶⁰⁾. Questo rivela la struttura originaria della *stipulatio*: essa si svolgeva tra soggetti che parlavano lingue diverse e non legate da un comune ordinamento, al di fuori da quello formato dalle consuetudini del traffico internazionale. La *stipulatio* nell'ambito di tali consuetudini non aveva il suo fulcro nel rilievo formale della promessa, ma l'impegno che ne era alla base trovava la sanzione nella *fides* e nella cerimonia della frattura della *stipula*. Il valore impegnativo della pronuncia di determinate parole e la concezione di contratto *verbis* poterono apparire solo in seguito all'inquadramento della *stipulatio* nel sistema dello *ius civile*.

Si deve considerare, inoltre, il rilievo assunto dalla *fidepromissio* tra le numerose figure di stipulazione: la *fidepromissio*, pur potendo essere usata quale semplice negozio promissorio, adempie nel diritto classico la funzione di negozio di garanzia accanto alla *sponsio*. Ciò discende dalla risalente sanzione della *fidepromissio* ad opera della *fides*, la quale, analogamente al vincolo religioso cui si uniformava la *sponsio*, reca in sè una empirica concezione di garanzia, che si esprime nell'idea dell'affidamento.

In ordine alle origini della *stipulatio* merita la massima considerazione l'esame della *lex de Gallia Cisalpina*, nota comunemente col nome di *Lex Rubria*. Tale legge, risalente all'anno 705-712 di Roma, si riferisce alla giurisdizione del Pretore peregrino nella *Gallia Cisalpina* e, a proposito dell'*operis novi munitatio*, parla della *stipulatio*, alla quale viene riconnessa

(60) Cfr. D. 45, 1, 1 § 6 *Ulpianus libro XLVIII ad Sabinum 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 verum interpretem.*

un'azione rivolta a « *quidquid dare facere oportere ex fide bona* » ⁽⁶¹⁾.

Tale circostanza non può non destare meraviglia ove si consideri che nello *ius civile* la *stipulatio* è tutelata dall'*actio ex stipulatu*, azione cui consegue uno *strictum iudicium* e dunque antitetica alle azioni che generano *iudicia bonae fidei* ⁽⁶²⁾.

Il riferimento della *bona fides* all'azione posta a tutela della *stipulatio* può giustificarsi solo se si consideri la figura più antica di *stipulatio*, ossia la *fidepromissio*, la quale sorge appunto come *promissio* fondata sulla *fides*. È assai probabile che il pretore peregrino, accordando tutela giurisdizionale alla *fidepromissio*, abbia fatta menzione nella formula della *fides* la quale, nella prassi dello *ius gentium*, era il primitivo elemento sanzionatorio dell'istituto.

Naturalmente la sistemazione della *stipulatio* tra gli istituti dello *ius civile* importò il suo avvicinamento alla *sponsio* e il modellamento dell'*actio ex stipulatu* sulla tutela della *sponsio*, la quale si fondava su di un'azione di stretto diritto che si riattaccava alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: si operò così il distacco della *stipulatio* dal terreno della *fides* sul quale era sorta, essendosi appunto sulla *fides* modellata la sua figura più antica, ossia la *fidepromissio*.

6. Concludendo, si deve credere che la terminologia della *stipulatio* derivi dall'antica consuetudine, descritta da Isidoro di

⁽⁶¹⁾ *Lex de Gallia Cisalpina* (a 705-712), XX « ...*Iudex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositum habet, L. Seio reipromississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere operteret ex fide bona dumtaxat HS eius index Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto duovirei quattuorvirei praefectusve ex lege Rubria, seive id pleheive scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato, sei non paret, absolutito...* ».

⁽⁶²⁾ BETTI, *op. cit.*, pag. 576 sgg.

Siviglia, per cui la promessa era accompagnata dalla frattura della *stipula*. E non può escludersi che l'espressione *stipulatio* trovi un addentellato terminologico in parole come *stips* o *stipendium*, riguardanti il compimento di operazioni attinenti la sistemazione delle monete (*stipulari* e *restipulari*), secondo la testimonianza di Varrone.

Il problema della genesi della *stipulatio* è però di vedere come sia sorto l'istituto dal punto di vista del suo contenuto negoziale con riguardo alla sanzione dapprima sociale e poi giuridica. Si debbono prendere le mosse, a tale proposito, dalle consuetudini del traffico internazionale per cui le promesse si fondavano sulla *fides* e avevano quale elemento probatorio il compimento di alcuni atti materiali, quale la frattura della *stipula* equivalente, ad esempio, alla stretta di mano, tanto frequente nelle consuetudini commerciali, che rappresenta nella convinzione delle parti il momento sanzionatorio del negozio, al di là della sua tutela giuridica.

Movendo da tale prassi e con riguardo alla *sponsio* dello *ius civile*, la *stipulatio* fu tutelata dal pretore peregrino il quale, accogliendo l'istituto così come si era formato nella consuetudine, fondò l'azione concessa a sua tutela sulla *fides*, che rappresentava, prima della tutela giuridica, il fulcro dell'istituto: situazione questa documentata dalla *Lex de Gallia Cisalpina*.

La tutela giuridica della *stipulatio* spostò il fulcro del negozio dalla *fides* alle parole con le quali le parti addivenivano alla promessa, parole di per sè impegnative, indipendentemente dalla lingua nella quale venivano pronunciate. Rimane, tuttavia, quale proiezione della *fides* — che importava la reciproca fiducia delle parti nel rispetto nei propri impegni — la valutazione operata dalla giurisprudenza classica della volontà e della determinazione causale, che per la validità del negozio debbono collimare con le parole solenni pronunciate.

Il parallelismo con la *sponsio* determinò il collocamento

della *stipulatio* accanto alla prima e il livellamento di tali negozi nel profilo del contratto *verbis*. Tale situazione è puntualizzata da *Gai* 3, 92, anche se lo stesso Gaio nel successivo paragrafo rivendica alla *stipulatio* la natura di negozio *iuris gentium*, autonomo rispetto alla *sponsio* la quale sola, tra tutte le figure di stipulazione, è *propria civium romanorum*.