

Carlo Augusto Cannata - Stefania Roncati

Materiali per lo studio dei diritti reali



Giappichelli

PARTE PRIMA *
Carlo Augusto Cannata

* Questa parte è stata curata da Stefania Roncati.

CAPITOLO I

I DIRITTI SULLE COSE: INTRODUZIONE GENERALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’atto giuridico. – 2.1. Il negozio giuridico. – 2.2. L’invalidità dell’atto. – 3. Le cose. – 4. Diritti reali e obbligazioni.

1. Premessa

Gaio, nel primo libro¹ del suo manuale istituzionale², trattava il diritto delle persone. All’inizio del secondo libro passa a trattare *de rebus*: delle cose, cioè del diritto che riguarda le cose. Quel che segue immediatamente la frase in cui Gaio faceva questo annuncio (Gai.2,1: ... *modo videamus de rebus* ...) potrebbe dare l’impressione che oggetto della trattazione *de rebus* fosse semplicemente l’individuazione degli oggetti che vengono giuridicamente definiti come “cose” (*res*) e le

¹ Le Istituzioni di Gaio occupano quattro *libri*: con questa parola (*liber* al singolare) gli antichi indicavano un concetto corrispondente al nostro di “volume” (in latino *volumen*), ma l’oggetto materiale del riferimento era diverso, perché un *liber* (o *volumen*) era un rotolo di papiro (che è il nome della pianta pressando le fibre del cui stelo veniva fatta la carta) di forma rettangolare, sul quale il testo veniva scritto in righe orizzontali parallele ai lati minori. Su ciascuno di tali lati minori era fissata una bacchetta: queste due bacchette servivano ad agevolare le operazioni opportune per leggere e riporre il *liber*: questo veniva infatti arrotolato per riporlo e svolto per leggerlo; il termine *volumen* (= rotolo) faceva appunto riferimento ad un oggetto che si arrotola. L’oggetto con forma analoga al nostro libro (con pagine rilegate in costa) esisteva già ai tempi di Gaio (II secolo d.C.) ma, specie per le pubblicazioni giuridiche, si diffuse a partire da un secolo più tardi: fu denominato *codex* e i fogli erano di pergamena (*membranae*). Tornando al *liber*, va detto che la terminologia che abbiamo visto si riferisce unicamente alla struttura fisica – editoriale – dell’opera e non alla struttura letteraria del suo contenuto, per cui la nostra nozione di “capitolo” non vi ha corrispondenza; per indicare questo concetto Gaio usava il termine *commentarius*, che può eventualmente in pratica coincidere con quello del *liber*, ma in Gaio, per esempio, non è così: le *institutiones*, come si è detto, occupano quattro libri, ma i *commentarii* sono tre. Il primo libro (*de personis*, dopo una breve premessa sulle fonti del diritto, la quale si chiude con Gai.1,8) contiene anche il *commentarius primus*, ma il *commentarius secundus* (*de rebus*) occupa il secondo e terzo libro, mentre il *commentarius tertius* (*de actionibus*) corrisponde precisamente al quarto libro. Fu a partire dall’epoca del *codex* che il termine *liber* venne usato con un significato equivalente al nostro “capitolo” e quindi perdendo il suo senso materiale, come è per i 12 libri del *Codex Iustinianus* e per i 16 del *Codex Theodosianus*.

² Gai.1,8: ... *Et prius videamus de personis* (“... E prima occupiamoci delle persone”). Gai.2,1: <*Superiore commentario de iure personarum*> *exposuimus* ...: l’integrazione (sicura) è del Goeschen.

loro classificazioni. Per chiarezza riporto interamente il primo paragrafo del secondo libro:

Gai.2,1: *Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus; quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*

Traduco: “Nel commentario precedente abbiamo parlato del diritto delle persone; veniamo adesso a trattare delle cose: le quali o sono nel nostro patrimonio, o si trovano fuori dal nostro patrimonio”.

Però, se è vero che in questa proposizione le “cose” sono considerate in se stesse e fatte oggetto di una *divisio* operata impiegando come criterio diairetico una certa loro situazione giuridica (quello della loro appartenenza o meno ad un patrimonio privato) e per di più che la *divisio* che abbiamo letto non è che la prima di una serie di diairesi analoghe che continua fin quasi al § 40 del secondo libro stesso, le *res*, in Gai.2,1, sono pur sempre indicate come oggetto della trattazione di un commentario assai lungo delle *Institutiones*, che occupa, come già abbiamo notato, gli interi libri II e III dell’opera, dove, di seguito alle menzionate classificazioni delle cose, si tratta tutta la materia dei diritti reali, delle successioni e delle obbligazioni. Appare dunque chiaro che Gaio, dicendo di iniziare così la trattazione *de rebus* (o, secondo Gai.1,8, la trattazione del *ius quod ad res pertinet*, ossia del “diritto che riguarda le cose”), intendeva esprimere l’idea che la trattazione che egli presenta nel secondo e terzo libro riguardava l’insieme dei diritti patrimoniali, contrapposti al diritto delle persone (trattato nel primo libro) ed al diritto del processo privato (che tratterà nel quarto libro).

Parlare – in italiano – di “diritti patrimoniali” risulta sufficientemente giustificato volendo esprimere l’idea di Gaio, proprio sulla base della diairesi delle cose che abbiamo testé letto in Gai.2,1: egli vi dice bensì che le cose possono essere dentro o fuori del nostro patrimonio, ma con ciò è chiaro che poi il suo discorso avrà riferimento alle *res in patrimonio nostro*, perché le cose che stanno *extra nostrum patrimonium* sono quelle sulle quali non può esservi proprietà (privata), e pertanto, anche se a queste nel discorso istituzionale si farà comunque riferimento, lo si farà in particolare per escluderle dal discorso stesso. Il termine *patrimonium*, per Gaio, appare chiaramente riferirsi all’entità che nell’insieme rappresenta la ricchezza economica di un soggetto (proprietà e diritti reali su cosa altrui, obbligazioni e cioè crediti e debiti, con i loro modi di acquisto e trasferimento o perdita ed infine il complesso fenomeno della successione).

Anche nel linguaggio giuridico moderno si parla di “diritti patrimoniali” in questo senso, quando si parta da un’analogia definizione del patrimonio. Solo che l’espressione diventa oggi inappropriata quando – come spesso avviene, per buone ragioni che non si devono sempre svalutare – si definisca il patrimonio come “l’insieme dei rapporti giuridici, attivi e passivi, che fanno capo ad un soggetto”. Una definizione del genere non isola i rapporti giuridici di contenuto economico da quelli di carattere personale, e neppure – magari – i rapporti che si pongono sul piano del diritto privato da quelli che appartengono al diritto pubblico.

Nella presente introduzione è necessario che completiamo le nostre possibilità di ragionare giuridicamente con l'acquisizione di una serie di nozioni che non è opportuno riservare alle successive trattazioni specifiche delle diverse materie del diritto privato, perché esse le riguardano tutte (e riguardano anche, magari, il diritto delle persone e il diritto processuale).

2. L'atto giuridico

Per atto giuridico s'intende un comportamento umano consapevole e volontario che produce effetti giuridici.

Prima di procedere, sono necessarie alcune precisazioni con carattere generale, che si devono tenere sempre presenti per comprendere il modo di pensare e di esprimersi dei giuristi romani.

I giuristi romani costruirono il loro diritto pensando sui fatti. Non solo qualunque concetto giuridico, per quanto puramente razionale possa apparire, è sempre funzionale alla soluzione di problemi pratici, ma è sempre stato da loro costruito nelle concrete analisi casistiche. Il massimo dell'astrazione che essi si permettevano era quello di costruire casi ipotetici da risolvere, ma questi casi ipotetici provenivano sempre da varianti di un caso realmente accaduto, per pensare come quel caso, con certe varianti nei fatti, dovesse mantenere la soluzione di partenza o ne esigesse una diversa.

Per questo loro stesso tendere alla concretezza i *prudentes* non erano propensi alle definizioni. Certo ne hanno costruite alcune, ma lo hanno fatto solo quando ricorrere a tale struttura della logica si ritenesse indispensabile. Abbiamo anche, nel Digesto, un testo del giurista Giavoleno, che mette in guardia sottolineando un rischio proprio del definire giuridico, dicendo: "Nel diritto civile ogni definizione è rischiosa, perché è facile che venga poi usata a sproposito"³:

D.50,17,202 (Iav. 11 *epistularum*): *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum⁴ est enim, ut non subverti posset.*

Il difetto della definizione, che Giavoleno considerava, risiedeva proprio nel passaggio dal concreto all'astratto che la definizione per sua stessa natura opera, per cui l'entità definita viene a smarrire certi caratteri dell'oggetto definito, che per il giurista possono risultare invece essenziali. Un bell'esempio di questo fenomeno è testimoniato dalla definizione dell'obbligazione che si trova nelle Istituzioni di Giustiniano (I.3,13 pr., che proviene certo dalla tradizione scolastica bizantina⁵) e da un testo del giurista Paolo, che ha lo stesso scopo. Ora, per dare un'idea tecnica del rapporto obbligatorio,

³ Letteralmente: "che non possa essere rovesciata".

⁴ La Fiorentina ha *parum*: la correzione è dello Haloander (Gregor Meltzer).

⁵ Vedi il mio contributo *Le definizioni romane dell'obbligatio*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, I, Milano 1978, 131 ss.

Paolo (2 *institutionum*, D.44,7,3) non definiva l'*obligatio* ma descriveva la *substantia obligationum* (la sostanza delle obbligazioni) e – dicevo – non la definiva, ma la descriveva. Che la sua non fosse una definizione è evidente: anzitutto egli non si riferiva all'obbligazione in sé, ma a tutti i casi in cui concretamente si deve riconoscere un'obbligazione (il termine *obligatio* nel testo di Paolo è al plurale, e non è impiegato nel senso di "obbligazione" ma di "atto obbligatorio") e quindi la sua visuale non abbandonava il concreto per l'astratto; e soprattutto, quel ch'egli di questa *substantia obligationum* dice non è scritto in forma di definizione, perché uno dei canoni fondamentali che in logica reggono la definizione è che questa non deve avere forma negativa, mentre nella definizione paolina la prima cosa che si dice è che cosa la sostanza delle "obbligazioni" non è. Ora, in conclusione, quel che Paolo sottolinea come essenziale alla nozione di obbligazione è il carattere relativo del vincolo obbligatorio, e proprio questo carattere non appare dalla definizione delle Istituzioni giustiniane. Riporto i due testi a confronto:

I.3,13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Paul. D.44,7,3: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Traduco i due testi.

La definizione giustiniana: "L'obbligazione è un vincolo giuridico per il quale siamo costretti dalla necessità di pagare qualcosa, secondo il diritto del nostro Stato".

La descrizione di Paolo: "La sostanza degli atti obbligatori non consiste in questo: che renda nostra una qualche cosa corporale o ci attribuisca una servitù, ma nell'astringere un altro a dare o fare o prestare a noi qualcosa⁶".

È opportuno ancora, per concludere questo *excursus* sull'atteggiamento dei *prudentes* nel loro lavoro scientifico, dire qualche parola sul linguaggio giuridico. I giuristi romani scrivevano usando il linguaggio comune. Naturalmente il loro vocabolario comprende una serie cospicua di termini tecnici, ma si tratta sempre di termini provenienti da vocaboli del linguaggio comune che l'uso ha resi tecnici, normalmente senza che essi perdessero il loro impiego comune. I pochi termini che sono diventati esclusivamente – o comunque propriamente – tecnico-giuridici sono termini antichi, il cui uso atecnico si è perso, restando solo il loro impiego giuridico. Un esempio di questo fenomeno è quello del termine *condicere*, che Gaio spiegava nelle sue Istituzioni (Gai.4,18). Va anche aggiunto, però, che i *prudentes* non erano particolarmente attaccati alla terminologia tecnica, nel senso che, quando esista un termine tecnico, la cosa alla quale esso si riferisce non debba mai essere menzionata se non con l'impiego di quel termine.

Come la definizione di atto (giuridico), che sopra ho data, non è – dunque – romana, non lo sono neppure le distinzioni che farò tosto seguire. Ma ciò non signifi-

⁶ "Vel aliquid praestandum" significa precisamente "o a rispondere a noi di qualcosa".

ca affatto che esse non corrispondano a concetti che i giuristi romani non avevano, perché anzi tutta la teoria dell'atto giuridico è stata elaborata dalla dottrina successiva sulla base delle fonti romane.

Incominciamo con la contrapposizione che si fa sempre, in questi discorsi, tra atto (giuridico) e fatto (giuridico). In realtà, non si tratta di una vera contrapposizione, perché il fatto giuridico viene in genere definito come qualunque accadimento al quale sono (o comunque possono essere) ricollegati effetti giuridici, per cui l'atto (definito, secondo quanto si diceva sopra, come un atto umano consapevole e volontario) viene ricompreso, come *genus*, nella nozione di fatto. I termini romani corrispondenti sono *actus* e *factum*, ma solo il primo ha una precisa connotazione come termine giuridico⁷.

Gli atti giuridici possono essere leciti o illeciti. Gli atti illeciti sono quelli che il diritto considera tali e pertanto vieta ed anche, normalmente, punisce.

La sanzione di un atto illecito è ordinariamente prevista (comminata) dalla legge (o da altra fonte autoritativa) e viene applicata (inflitta) da un organo giurisdizionale mediante un processo pubblico o privato. La nozione di *lex minus quam perfecta* è chiarita da Ulp.2: *Minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit* (Legge minus quam perfecta [= men che perfetta] è quella che vieta che si faccia qualcosa, e se lo si è fatto non lo rescinde [= non lo sanziona con la nullità] ma commina una pena a colui che ha operato contro la legge). Nel precedente § 1 (di cui ci sono giunte poche parole alla fine) era definita la *lex imperfecta* (legge imperfetta), che è quella che proibisce qualcosa, ma non prevede alcuna sanzione per la sua violazione, e vi si faceva l'esempio della *lex Cincia de donis et muneribus*, che proibiva, con qualche eccezione, le donazioni superiori ad un certo ammontare, senza prevedere sanzione alcuna (per cui fu il pretore a costruire il relativo sistema sanzionatorio). Tutto ciò presuppone che nei *Tituli ex corpore Ulpiani* prima di questi paragrafi (che sono da noi numerati 1 e 2 solo perché il manoscritto che abbiamo non ci è giunto che a partire di qui) si definisse la *lex perfecta* (legge perfetta), come quella che prevedesse la sanzione della nullità per gli atti che la violassero.

Gli atti giuridici leciti possono essere formali o non formali (cioè, come si dice di solito, a forma libera). Sono formali gli atti che non sono validi se non vengono compiuti in adempimento di certi requisiti di forma. Altre distinzioni si fanno degli atti, come quelle fra atti recettizi e non recettizi, atti *inter vivos* e atti *mortis causa*⁸,

⁷ Vedi per esempio Ulp. Lab. D.50,16,19.

⁸ Nota del Curatore. I negozi recettizi sono quelli in cui la produzione degli effetti si verifica quando sono portati a conoscenza dell'altra parte (si pensi, ad esempio, tra gli altri, alla disdetta di un contratto di locazione, al licenziamento del prestatore di lavoro subordinato o anche alla manifestazione di esercitare la prelazione); mentre gli effetti dei negozi non recettizi si producono in seguito alla semplice manifestazione di volontà (vedi l'accettazione o la rinuncia all'eredità). I negozi *inter vivos*, invece, sono destinati ad avere effetto durante la vita dei soggetti, mentre quelli *mortis causa* sono rivolti a regolamentare la vicenda successoria, o a disporre per il tempo successivo alla morte del soggetto (unico esempio è il testamento).

atti ad effetto reale e ad effetto obbligatorio. Qui di seguito dedicheremo spazio alla nozione di negozio giuridico.

2.1. *Il negozio giuridico*

L'idea di intitolare, in un libro di diritto romano com'è questo, un paragrafo al negozio giuridico può essere, con una serie di ragioni, criticata.

Enumero subito queste ragioni, premettendo che in se stesse sono certamente fondate. Anzitutto, la nozione di negozio giuridico non è romana. Nelle fonti romane non si legge neppure un'espressione corrispondente a tale sintagma; si trova bensì il termine *negotium*, anche in accezione in qualche modo analoga a quella che vedremo essere la nozione di negozio giuridico: ma il significato proprio del termine '*negotium*' nelle fonti romane è quello di "affare" e comunque questo termine non sta al centro di un'elaborazione dottrinale comparabile con quella che il *Rechtsgeschäft* ha avuto nella dottrina tedesca e, di riflesso, nelle altre dottrine moderne, in particolare quella italiana. Ho fatto ricorso al termine tedesco perché la nozione di negozio giuridico è stata una creazione della dottrina pandettistica tedesca del XIX secolo, ma nella dottrina tedesca ha continuato ad avere un'importanza centrale anche in seguito, perché è stata recepita nel BGB – il codice civile tedesco del 1900 attualmente ancora in vigore – e per riflesso nelle altre dottrine nazionali europee che della dottrina pandettistica hanno seguito gli indirizzi⁹. I pandettisti tedeschi hanno costruito la dottrina del negozio giuridico pren-

⁹ Quanto al BGB. Il primo libro del codice civile tedesco è intitolato "Parte generale" (*Allgemeiner Teil*), e in questa, dopo le due prime sezioni dedicate alle norme generali in materia di persone (*Abschnitt 1: Personen*) e alle cose ed animali (*Abschnitt 2: Sachen und Tiere*) si trova quella che tratta, sempre in generale, dei "negozi giuridici" (*Abschnitt 3: Rechtsgeschäfte*) che, con i suoi 81 (dal 104 al 185) paragrafi (il termine "paragrafo" è impiegato nei testi legislativi tedeschi come il nostro "articolo"), rappresenta, insieme alla sezione sulle persone (§§ 1-89), la più ampia (largamente) delle sette sezioni della parte generale (che in totale comprende 240 §§). Noterò anche che il libro tedesco forse più importante in materia è relativamente recente: si tratta del volume intitolato appunto *Das Rechtsgeschäft* (W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft*⁴, Berlin-Heidelberg-New York 1992), scritto da uno dei maggiori giuristi tedeschi contemporanei, Werner Flume, che morì ultracentenario nel 2009. Ma non è indifferente notare che questo autore – il quale oltre che civilista (o in genere cultore del diritto tedesco attuale) fu anche romanista di altissimo livello – al libro, che alla tematica romanistica dell'atto giuridico dedicò (riprendendo anche sue precedenti tematiche) gli ultimi anni della sua vita, non pose un titolo che allude al *Rechtsgeschäft*, bensì al *Rechtsakt* (W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990; vedi in proposito la mia nota: *Atto giuridico e negozio giuridico*, in *SDHI* 57 [1991], 335 ss., che – è per me un grato e commovente ricordo – all'autore piacque molto, come mi scrisse in una lunga lettera che ancora conservo). Nella dottrina italiana il contributo più noto alla teoria del negozio giuridico resta quello del Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943). La nozione di *Rechtsgeschäft* fu accolta anche in Austria, e venne pure menzionata nell'ABGB in occasione delle *Teilnovellen* del 1914-16 (vedi il § 859 e l'intitolazione che precede il § 917); sul punto qualche notizia in più in *Materiali* II, 33 (nel contesto di p. 32 ss.).

dendo spunti da svariati testi, relativi ai problemi più disparati e quasi tutti contenenti concrete soluzioni casistiche (per fare esempi solo indicativi: testi sul consenso contrattuale, come quelli in materia di errore, testi che trattano problemi connessi con la condizione e il termine, che sono per la più parte in materia di *stipulatio*, i testi che menzionano la *causa* in materia contrattuale, quelli ancora in cui si pongono problemi di capacità di agire delle persone, o di commerciabilità o incommerciabilità di certe cose e via dicendo), ed hanno sintetizzato tutto ciò attorno all'idea, che per loro era essenziale, di costruire, come istituto fondamentale del diritto privato, un'entità dommatica che permettesse di concepire l'atto di volontà privato come fenomeno giuridicamente idoneo a porre in essere situazioni giuridiche vincolanti.

In questa prospettiva i giuristi romani non si erano certamente mai posti. Ma non si devono sottovalutare alcuni aspetti del lavoro dei pandettisti.

Anzitutto il fatto oggettivo che i pandettisti lavoravano sulle fonti romane, e precisamente sul *Corpus Iuris* giustiniano (si valsero anche, in pratica, delle Istituzioni di Gaio); per loro la compilazione giustiniana era diritto vigente: il vigore del diritto romano in Germania cessò con la promulgazione del BGB il primo gennaio del 1900, ma vi è di più. A partire dall'inizio del XIX secolo – possiamo prendere come data quella della pubblicazione del *Vom Beruf*¹⁰ –, con la formazione della scuola storica del diritto promossa da Carl Friederich von Savigny, lo studio del diritto romano si era rinnovato, nel senso dell'esortazione del Savigny stesso "*Zurück zu den Quellen!*", e cioè di un ritorno allo studio diretto delle fonti, prescindendo da tutta l'elaborazione che la tradizione del diritto comune e poi la scuola del diritto naturale vi avevano costruito attorno e sopra. Il lavoro della scuola storica, e della pandettistica che ne fu – a partire in particolare dal Puchta e poi dal Windscheid – la continuazione, consistette praticamente in un'interpretazione del *Corpus Iuris* fatta con metodo sistematico (dommatico) per giungere ad una corretta costruzione del diritto positivo come "diritto romano attuale", ma non nel senso ristretto all'attualità contemporanea, bensì allusivo ad un'attualità perenne, proveniente dal fatto che dalle fonti romane si traeva un sistema di concetti giuridici (mediante *Begriffsbildung*) e di regole (mediante *Regelbildung*) definitivamente valido come struttura di base di ogni diritto positivo. Questa posizione della scuola storica e della pandettistica fu poi molto criticata (dall'interno e dall'esterno¹¹), ma essa fu condotta a livello assai alto e resta a costituire il punto di partenza della dommatica giuridica fino ai nostri giorni.

Dall'insieme delle ragioni qui sopra esposte, la nozione di negozio giuridico, che della pandettistica rappresenta un prodotto fra i più significativi, non deve esse-

¹⁰ F.C. V. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

¹¹ Ricordo qui una critica interna ed una esterna. La prima è quella di Rudolf von Jhering (1818-1892), che criticò (ed anche irrisò) il carattere troppo astratto (lontano dai valori pratici e dalla considerazione degli interessi in gioco nella realtà alla quale il diritto si deve applicare) delle costruzioni concettuali dei giuristi che operarono già a partire dal Savigny, ma specialmente dopo di lui. L'altra critica (quella esterna) è quella che formulò il mio maestro Giovanni Pugliese (1914-1995), che rimproverava ai pandettisti il fatto di considerare come attuali le fonti romane, perdendone così il senso storico, con il che può facilmente esserne falsata anche l'interpretazione.

re trascurata in un libro attuale di diritto romano: essa rappresenta bensì una sintesi dommatica che i giuristi romani non hanno mai fatto, ma gli elementi dei quali è composta provengono dalle fonti romane.

Una definizione del negozio giuridico può essere la seguente. Il negozio giuridico consiste in una dichiarazione di volontà di uno o più soggetti privati, diretta ad uno scopo, alla quale il diritto (l'ordinamento giuridico) riconosce effetti conformi alla volontà manifestata.

Questa definizione viene qui di seguito analizzata individuando analiticamente gli elementi dei quali il negozio giuridico risulta composto, che si distinguono in elementi essenziali e accidentali.

Elementi essenziali si dicono quelli che non possono mai mancare: soggetti capaci, oggetto idoneo, manifestazione della volontà (del soggetto o dei soggetti), causa. Gli elementi accidentali possono essere presenti o no nel concreto negozio che venga concluso: condizione, termine e modo. Esaminiamoli brevemente; si tenga presente che l'esemplificazione che farò sarà tutta romanistica.

I soggetti. Il negozio giuridico può essere unilaterale o bilaterale, secondo che esso sia compiuto da un solo soggetto o da due soggetti (se il negozio venga compiuto da più soggetti si avrà un negozio plurilaterale, ma il caso è assai raro: nel diritto romano il solo esempio è quello del contratto consensuale di società, quando si associno più di due persone). L'esempio più importante di negozio unilaterale è il testamento (*testamentum*) e gli specifici negozi testamentari (legati, *manumissio* ed altri). I negozi bilaterali più frequenti sono la *stipulatio* e i contratti consensuali (*contractus*: compravendita, locazione, mandato, comodato, deposito, pegno, la società – che, come già detto, può essere plurilaterale –, i contratti innominati). Ciascun soggetto del negozio deve essere capace: ciò significa, in linea di massima, che egli deve essere munito di capacità di agire ovvero, se ne manca, essere assistito dal suo tutore¹².

In linea di massima, per il compimento del negozio la capacità di agire è sufficiente; però, siccome è chiaro che la capacità giuridica è necessaria perché il soggetto diventi titolare degli effetti che il negozio stesso produrrà, se il soggetto del negozio non è munito della corrispondente capacità giuridica egli potrà compiere solo negozi i cui effetti devono essere attribuiti ad altri. È, in generale, il caso dei negozi compiuti dagli schiavi: gli effetti del negozio compiuto da uno schiavo si formeranno in capo a chi sia il suo *dominus* al momento del negozio; analogo è il caso del negozio compiuto da un *filius familias*, i cui effetti si produrranno in capo al suo *pater*¹³. Sulla capacità di un soggetto a compiere un negozio può influire anche il difetto di capacità giuridica, quando un soggetto (munito in generale tanto della capacità giuridica quanto della capacità di agi-

¹² Il problema si pone anche nel caso del negozio compiuto dallo schiavo incapace.

¹³ In entrambi i casi l'acquisto del *dominus* o del *pater* è limitato agli effetti vantaggiosi del negozio. L'acquisto all'avente potestà anche dei debiti (o in genere delle situazioni svantaggiose) era possibile mediante l'impiego di strumenti tecnici.

re) subisca un limite speciale alla sua generale capacità giuridica, che gli impedisca di diventare titolare del diritto previsto come effetto del negozio stesso. Ad esempio, se sia vietato ad un soggetto che sia magistrato di acquistare la proprietà di certi beni (per esempio i beni immobili appartenenti a titolo privato all'ente pubblico nell'ambito del quale egli esercita il suo potere magistratuale); o un soldato che militi in provincia e perciò non possa sposare una cittadina della stessa provincia; o in generale nel divieto (sanzionato con nullità) delle donazioni tra coniugi: tutti questi casi renderanno il soggetto incapace di compiere i negozi relativi (compravendita, matrimonio, donazione), ma non per difetto di capacità di agire, bensì per difetto della specifica capacità giuridica.

Se un soggetto compia un negozio a nome di altri si avrà quella che in genere si indica come rappresentanza (il tema è assai variegato nel diritto romano: un caso semplice di rappresentanza legale generale era quello del *curator furiosi*, cioè il curatore della persona insana di mente). In generale si può comunque precisare che nel caso del negozio compiuto da un rappresentante il soggetto del negozio è il rappresentante, e in relazione a lui si valuterà la capacità di agire, mentre la capacità giuridica (per decidere dell'attribuibilità degli effetti) verrà misurata con riferimento al rappresentato.

L'oggetto. Per oggetto del negozio s'intende la cosa (*res* nel senso più ampio) alla quale il negozio, nella volontà delle parti, si riferisce.

Si è detto che questa *res* deve essere intesa in senso ampio: nella generalità dei casi si tratta di una cosa materiale: un edificio, un animale, una quantità di olio o vino o frumento, un manufatto come una sedia o un carro e via dicendo; ma può trattarsi anche di un diritto, come nella costituzione o nella vendita di un usufrutto o di una servitù, nella vendita di un credito; potrà anche negoziarsi la facoltà di usare una cosa senza costituire su di essa un diritto di uso o di usufrutto come nel caso che la si dia in comodato. L'oggetto, comunque, dovrà essere 'idoneo': ciò significa, in buona sostanza, che il negozio che si compie deve essere giuridicamente possibile riguardo a quella cosa: non si potrà promettere con *stipulatio* il trasferimento della proprietà di una cosa sottratta alla proprietà privata (come una *res sacra* o *religiosa*). Ma vi sono casi in cui un certo negozio non risulta possibile rispetto a certi oggetti perché il negozio che si compie non è il negozio adatto ad ottenere l'effetto voluto: la *traditio* è bensì un negozio traslativo della proprietà, ma solo delle *res nec Mancipi* e non delle *res Mancipi*, per le quali il negozio traslativo è la *Mancipatio*: per esempio, la proprietà di un bue addestrato al lavoro non può trasferirsi con *traditio*, ma solo con *Mancipatio*.

La manifestazione della volontà. La manifestazione di volontà rappresenta propriamente l'atto negoziale. Trattandosi di una dichiarazione, essa presuppone l'esistenza effettiva della volontà che si esprime: l'assenza di volontà reale ovvero la discordanza tra la volontà reale e la volontà dichiarata (errore, simulazione) costituiscono vizio: vizio della volontà o vizio della sua dichiarazione. Il problema è molto complesso, ma per ora possiamo dire che la conseguenza, in entrambi i casi, può giungere facilmente fino alla nullità del negozio, con conseguenze che talora però possono non limitarsi alla semplice constatazione che il negozio va considera-

to inesistente, perché il vizio della volontà può essere attribuibile a dolo o colpa del dichiarante o comunque essere posto dal diritto a suo carico.

Un tema connesso con quello della dichiarazione di volontà è quello della forma del negozio. Si distinguono, in generale, i negozi formali da quelli, come si suol dire, a forma libera. Questa distinzione, come si vede, è posta in modo squilibrato, e la si usa solo nell'intento di chiarire che non esistono negozi senza forma, perché, se la volontà deve essere dichiarata, una forma essa la dovrà pur sempre avere. Ma con ciò si dimentica che, giuridicamente, per forma negoziale s'intende un modo preciso di compiere la dichiarazione negoziale previsto in modo vincolante (cioè, a pena di nullità) dal diritto. Seguendo alla fin fine la distinzione che sto criticando, direi che non è il caso di porre il problema impostandolo con una distinzione: esistono semmai negozi formali, che vengono isolati perché il diritto prescrive dei requisiti formali per il loro compimento. Nel diritto romano i negozi formali hanno pressoché tutti origine antica: l'*adrogatio* e la *mancipatio* sono assai antiche mentre la *sponsio*, che si evolse presto nella *stipulatio*, precedette non certo di molto la legge delle dodici tavole (metà del V secolo a.C.). Come tutti i negozi antichi (salvo il testamento), la loro forma era orale. All'epoca antica risale pure la *in iure cessio*, la quale però consisteva in un impiego fittizio di una forma non negoziale, ma processuale (dell'antico processo *per legis actiones*, che era un processo basato su atti formali rigorosi) e che venne impiegata per una svariata gamma di scopi assai diversi (atto traslativo di proprietà, atto di costituzione di un diritto reale di servitù e di usufrutto, manomissione, strumento per dare validità ad un testamento scritto, elemento della procedura dell'*emancipatio*). Anche nell'epoca antica esistevano però negozi non formali, come la *traditio*; invece, nell'epoca classica la giurisprudenza costruì praticamente soltanto negozi informali, come in particolare i contratti consensuali; negozi formali ne costruì pure, ma il solo caso è quello dei *nomina transcripticia* (*expensilatio*). È vero che alla stessa epoca si diffusero le singrafi e i chirografi, ma questi istituti erano riservati agli stranieri (*peregrini*) e quindi non erano considerati istituti del *ius civile*.

Siccome la forma dell'*expensilatio* e quella di singrafi e chirografi era una forma scritta, questo ci induce a parlare dell'impiego della forma scritta nel diritto romano. Va detto in generale che il ricorso alla forma scritta fu assai limitato nel diritto romano per tutto il tempo che precedette l'epoca postclassica. Fra i negozi assai antichi, uno solo ebbe forma scritta fin dalla sua creazione, e cioè il testamento. Ciò non significa, naturalmente, che Roma non abbia conosciuto, fin dalla sua più remota antichità, l'uso di documenti negoziali scritti. L'uso di documentare per iscritto negozi compiuti oralmente ci è testimoniato non solo ampiamente dalle fonti giurisprudenziali, ma anche dai negozi della pratica che ci sono pervenuti in gran numero in originale (papiri). Però questi scritti, di per se stessi, non avevano in genere se non lo scopo di fornire agli interessati una prova dell'avvenuto negozio in funzione di un eventuale futuro processo: lo scritto, di per sé, non aveva valore costitutivo. Altrimenti era nel caso si trattasse di un testamento¹⁴: il manoscritto del testamento (anche se non scritto di pugno del testatore)

¹⁴ Ad esempio, il noto testamento di Antonio Silvano, un cavaliere della prima ala dei Traci di Mauritania, che risale al 142 d.C. (in FIRA III, 129 ss., n. 47).

era il negozio in se stesso. Tutto questo discorso non vale più per l'epoca postclassica e giustiniana, e già prima sarebbe inappropriato per descrivere la prassi delle provincie orientali dell'impero, dove il documento di forma costitutiva scritta ebbe larga diffusione.

La causa. Sintetizzando un poco le discussioni che la dottrina giuridica moderna ha conosciuto, possiamo dire che per causa del negozio s'intende lo scopo – sul piano economico-sociale – che le parti hanno in vista per il loro negozio, quando lo concludono. Diviene chiaro così che questa nozione di “causa” come “scopo” del negozio si riferisce ai suoi effetti (previsti e voluti dalle parti), ed anche che questi effetti – che sono, beninteso, effetti giuridici – non vanno intesi nel loro senso puramente giuridico, ma insieme anche valutati nella dimensione pratica dei cambiamenti che le parti (o la parte, se il negozio sia unilaterale) intendono si producano nella loro situazione personale o economica. In termini molto pratici, facendo un esempio a scopo puramente indicativo, con la donazione di un appartamento le parti non intendono solo che la proprietà della cosa donata passi dal donante al donatario, ma anche che il donatario, con intero aggravio economico del donante, si arricchisca nell'entità di quel bene in modo del tutto gratuito. Questo giustifica bene il fatto che, per indicare lo scopo del negozio giuridico, si sia adottato il termine *causa*, che nelle fonti romane, come già abbiamo accennato, è impiegato per indicare “l'affare” che le parti di un atto giuridico gestiscono, o comunque, in genere, l'affare in gioco nel discorso che si va facendo¹⁵. L'affare è, in effetti, l'aspetto economico (pratico) del negozio. Quando Gaio¹⁶ enunciava gli effetti della *traditio* scriveva: *Itaque si vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa, sive donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit res, si modo ego eius dominus sim.* Con il che egli indicava con *causa* appunto la funzione economica (vendita, donazione etc.) del negozio di cui parlava (la *traditio*), per sottolinearne l'importanza sul piano giuridico (sul quale si deve produrre l'effetto della *traditio*, cioè il trasferimento della proprietà, che in assenza della causa non si potrebbe produrre). Può anche dirsi che la *causa* negoziale è il negozio stesso, osservato come operazione economica, in quanto è l'affare (economico) vestito della struttura giuridica del negozio. Queste corrispondenze o connessioni fra le parole emergono talora nelle equivalenze fra lingue diverse: si pensi alla fattispecie che noi denominiamo “gestione d'affari (altrui)” e i giuristi romani indicavano come *negotiorum gestio*.

¹⁵ Insieme si deve anche ricordare che la forma ablativa del termine *causa* ha in latino anche un impiego come preposizione (normalmente posposta alla voce genitiva che la specifica) con il significato di “a scopo (di)”: così, nel linguaggio giuridico, un'espressione come ‘*traditio donationis causa (facta)*’ significa “*traditio* (effettuata) a scopo di donazione” o, più precisamente nel dire giuridico, “*traditio* (fatta) per (o con) causa di donazione”.

¹⁶ Gai.2,20. Ne do subito la traduzione: “Così, se io ti abbia fatto la *traditio* di una veste, ovvero di oro o argento, sia per causa di vendita, sia per causa di donazione sia per qualsivoglia altra causa, la cosa diventa immediatamente tua, purché io ne sia proprietario”.

Osservati sotto il profilo della causa, i negozi vengono distinti in negozi causali e negozi astratti. Si tratta di una distinzione molto rilevante, e che va intesa in modo preciso¹⁷.

Si dice “causale” un negozio se la produzione dei suoi effetti dipende dalla presenza di una causa che il diritto riconosce come idonea a produrli. I giuristi romani parlavano in proposito di *iusta causa* (giusta causa), che significa letteralmente “causa riconosciuta dal *ius civile*”, e quando in proposito – assai spesso, per altro – parlavano semplicemente di *causa*, il termine isolato deve considerarsi un’abbreviazione del sintagma completo.

Si dice “astratto” un negozio se la produzione dei suoi effetti prescinde dalla presenza effettiva di una causa idonea, cioè se per giudicare dell’efficacia del negozio un’indagine sulla sua causa non ha ragion d’essere.

Alcune precisazioni sono qui necessarie. Ed anzitutto che la causa di un negozio dipende da un accordo fra le parti che lo concludono. Ad esempio, poniamo che il negozio in questione sia una *traditio*: un soggetto A effettua a favore di un soggetto B la consegna di un proprio vassoio d’argento. Tale atto può essere compiuto con scopi diversi e consideriamone due: A ha venduto a B il vassoio e ora glielo consegna per adempiere la propria obbligazione di venditore di consegnare al compratore la cosa che gli ha venduta; oppure A intende, effettuando la *traditio* stessa, donare a B il vassoio e B ricevendolo accetta la donazione. Tanto la compravendita quanto la donazione sono giuste cause della *traditio* (*iustae causae traditionis*) e quindi per effetto della *traditio* la proprietà del vassoio passerà in entrambi i casi da A a B. Ora, come si vede, il fatto che la tradizione abbia avuto luogo *ex causa venditionis* ovvero *ex causa donationis* (cioè a causa di vendita o a causa di donazione, vale a dire con riferimento ad un affare di compravendita o ad un affare di donazione) dipende esclusivamente dall’accordo delle parti sulla natura dell’affare che esse concludevano.

In base all’esempio or ora fatto, può anche cominciarsi a comprendere che cosa intendessero i giuristi quando parlavano di (un atto, in particolare, nel nostro caso, una *traditio*) *sine causa* (così si esprimevano i giuristi romani), cioè “senza causa”. Continuando dunque nella linea del nostro esempio: se, quando il vassoio veniva consegnato,

¹⁷ La sua rilevanza è identica in diritto romano e nei diritti attuali. Quanto alla definizione delle due nozioni contrapposte, non possono sussistere dubbi, anche se avviene talora di trovare scritte in certe opere giuridiche delle stranezze. Ne cito una, ad esempio. Si dice talora che dalla struttura (cioè dal modo concreto di compierli) dei negozi astratti la causa del negozio non risulta appalesata, mentre essa lo risulta nella struttura dei negozi causali. Ora, invece (esemplifico riferendomi al diritto romano) la *mancipatio* (che era negozio formale e quindi con una forma interamente prescritta dall’ordinamento giuridico) aveva una forma che si riferiva in modo esplicito ad un affare di compravendita, e questa funzione specifica era propria di tale negozio alla sua origine; ma esso fu poi impiegato come modo astratto del trasferimento della proprietà delle *res Mancipi*, senza mutarne la forma. Altro esempio: la *stipulatio* (negozio formale) e la *traditio* (negozio a forma libera) hanno entrambi una forma (la prima vincolata ad un modello molto elastico ma con una struttura di base fissa; la seconda comprendente un certo comportamento, che può ben prescindere da dichiarazioni causali) che non rivela o può comunque non rivelare la causa negoziale: eppure la *stipulatio* è negozio astratto e la *traditio* negozio causale.