

CENTRO DI STUDI ROMANISTICI VINCENZO ARANGIO-RUIZ

OPVSCVLA

III

UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II



OPVSCVLA

a cura del Dott. Alessandro Adamo

Si riproduce di seguito il testo, tratto dalla registrazione, di una conferenza tenuta da Alessandro Corbino il nove febbraio 1995, su iniziativa del Centro, a laureandi ed a studenti particolarmente segnalatisi alle esercitazioni di Istituzioni di diritto romano (II cattedra).

La richiesta di trattare dell'argomento si legava al fatto che il Professore Corbino aveva da poco licenziato per la stampa un 'corso' particolarmente innovativo della dottrina sul tema (Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni, Giappichelli ed., Torino 1944). Sulla base di una recensione da me approntata per Labeo (uscirà nell'annata 1995), avevo autonomamente prospettato ai discenti adesioni e rilievi alle originali ricostruzioni. Era utile fare ascoltare loro la parola viva dell'autore, cui del resto adesioni e rilievi (pochi per la verità) avevo previamente comunicato in quello scambio dialettico cordiale che anima la nostra disciplina. Ma l'amico Corbino è andato anche oltre quanto aveva professato nelle 'lezioni' affidate allo scritto. Sintomo che le ricerche in merito sono ancora in itinere, gravide di sviluppi ulteriori. E' sempre così, del resto, per uno studioso 'di razza'. E le cose dette appaiono interessanti. Anzi, mi sembra che egli abbia fatto in modo da "aggiunger la vela alla barca che va ben del remo" (proprio queste parole del nostro Iacobo Sannazzaro, Opere volgari a cura di A. Mauro per la collana Scrittori d'Italia, Laterza ed., Bari 1961, p. 310, mi sono venute in mente ascoltandolo).

Di qui la opportunità di pubblicare, per quanto in veste dimessa, la nuova 'lezione'.

Sono state omesse le parole, iniziali e finali dell'incontro, di me che presentavo ai giovani lo studioso siculo-calabrese e di lui che si dichiarava contento di essere tra noi a Napoli, ché potrebbero apparire, ma non lo erano, di circostanza.

Ringrazio la Signorina Barbara Sposato da Piedimonte Matese: la studentessa che ha avuto cura della registrazione e della trascrizione.

Napoli, 9 marzo 1995

Vincenzo Giuffrè

NEGOZIO E FORMA IN ETÀ DECEMVIRALE

UNA LEZIONE DI
ALESSANDRO CORBINO

Mancipatio, in iure cessio, traditio sarebbero stati, nella valutazione che ne fa la dottrina romanistica, "negozi astratti".

L'espressione negozio giuridico è un'espressione che noi adoperiamo per descrivere una realtà romana, la quale non aveva questa categoria di relazione. Tuttavia non è, credo, improprio utilizzarla: noi facciamo gli storici, come tali rivolgiamo alle fonti domande che nascono dal nostro presente, e per capirci è bene utilizzare categorie che siano quelle consuete. Quindi non è affatto privo di giustificazione parlare di negozio con riferimento ad una realtà che non conosceva questa nozione, quando poi di fatto operava con categorie di relazione che possono in qualche modo corrispondere. L'assenza di una concettualizzazione non è di per sé un fatto che impedisce di rivolgere alle fonti una domanda in questo senso.

L'opinione generale è, ripeto, nel senso che quei tre strumenti di trasferimento delle *res* vadano classificati come negozi e in modo particolare come negozi astratti. A mio parere non solo si tratta di tre strumenti che non possono essere considerati strumenti astratti di trasferimento, ma non possono essere nemmeno considerati negozi (nel senso che la nostra categoria "negozio" forse non si adatta a descrivere la loro natura). Essi sono delle 'forme'. Il negozio è altrove. E' materiato di volontà diretta a certi fini.

Tratteremo solo della *mancipatio* e della *traditio*, accantonando la "*in iure cessio*", perché delle tre è quella su cui disponiamo minori informazioni; né intendo andare più dietro, nelle nostre riflessioni, delle Dodici Tavole, perché esse sono il primo riferimento temporale sufficientemente affidabile.

Quando parliamo di negozio facciamo riferimento allo strumento dell'autonomia privata che consente ai soggetti interessati di concludere affari e relazioni economiche alle quali l'ordinamento poi connette gli effetti appropriati, effetti che si legano alla causa che qualifica l'attività dei soggetti, cioè allo scopo economico che i soggetti tendono a realizzare. I soggetti hanno una visione empirica delle cose. Posso essere interessato ad un giornale per leggerlo o posso essere interessato allo stesso per farne altro uso personale. Se sono interessato per farne l'uso che voglio questo può accadere in quanto io acquisisca della *res* una completa disponibilità; se sono interessa-

1/2 an.
1321
ec.

to a leggerlo posso farlo anche se me ne si consenta solo l'uso. Insomma, se la causa per cui io voglio il giornale è quella di leggerlo, non è necessario che io ne diventi proprietario, può essere sufficiente che mi venga dato in comodato, in locazione; se invece voglio anche distruggerlo devo diventarne proprietario. Lo scopo che il soggetto mette nelle relazioni economiche che realizza costituisce lo strumento attraverso cui l'ordinamento definisce gli effetti del suo operato. Se vado a comprare significa che vado a scambiare dietro prezzo una cosa che voglio acquisire nella mia completa disponibilità. Questo è l'effetto giuridico che consegue alla causa, *emptio venditio*, che mi spinge ad operare. Se prendo in locazione o in comodato acquisterò solo il possesso e non la proprietà. Negozio, quindi, è strumento dell'attività, dell'operare economico, i cui effetti giuridici sono predisposti dall'ordinamento in relazione alla causa che coloro che pongono in essere l'atto di autonomia intendono realizzare.

Questa causa non è sempre necessario che i soggetti la esplicitino; talora l'ordinamento predispone effetti al negozio indipendentemente dalla causa che ha spinto i soggetti a compierlo: in questo caso si parla di negozi astratti. Vale a dire che l'effetto si realizza non perché manchi la causa, ma perché è indifferente la causa che spinge i soggetti a compiere il negozio ai fini della produzione degli effetti. L'ordinamento connette gli effetti alle forme, all'attività realizzata indipendentemente dalle cause che hanno indotto i soggetti a volerle.

L'astrazione, si dice, può essere sostanziale o processuale, nel senso che quando si ha l'astrazione sostanziale l'effetto si realizza comunque e non è più discutibile; quando l'astrazione è processuale, v'è una sorta di presunzione dell'esistenza della causa, che può essere rimossa processualmente quando alla richiesta di far valere gli effetti la controparte può opporre l'inesistenza o il vizio della causa.

Secondo la dottrina romanistica *mancipatio* e *traditio* corrisponderebbero, per l'appunto, al negozio sostanzialmente astratto: cioè, quando le parti compivano una *mancipatio* o una *traditio*, l'effetto che da questo atto conseguiva era il trasferimento del *dominium* indipendentemente dalle cause che avessero indotto le parti a volere il negozio e senza la possibilità di discutere tale effetto sul piano reale, perché colui che aveva ricevuto una *res mancipi* mediante *mancipatio*, come colui che aveva ricevuto una *res nec mancipi* me-

dante *traditio* ne diveniva proprietario indiscutibilmente.

Vediamo le ragioni che portano a mettere in dubbio questa conclusione.

La *mancipatio* ha svariate applicazioni, ma l'applicazione più antica e fondamentale è quella che Gaio descrive nei paragrafi 119 e 120 del I libro delle sue *Institutiones*. In essi Gaio ci dice come si faceva la *mancipatio* ed a quali oggetti si applicava questo atto: atto che noi chiamiamo di trasferimento, ma che ha una struttura formale che è semplicemente di acquisto. Il *mancipio accipiens* pronunciava delle parole che consistevano nell'affermazione di appartenenza di una cosa o di una persona a lui: "Questa cosa, quest'uomo mi appartiene e mi si è acquistato col compimento di questi gesti che sto realizzando". In questo modo, precisa poi Gaio, si fa la *mancipatio* sia delle *personae* libere o servili, sia degli animali che sono *mancipi*.

E' da sottolineare subito il fatto che la *mancipatio* è qui descritta come un atto che ha la struttura formale di atto di acquisto: colui che compie l'atto dichiara che la cosa gli appartiene e può fare tale dichiarazione non solo con riguardo alle *res mancipi*, ma anche a *personae* libere che possono essere ugualmente oggetto di questo atto di acquisto. Nella dichiarazione di acquisto che compie il *mancipio accipiens* non v'è accenno alla ragione per cui egli acquista. Può darsi che faccia riferimento a ciò che una volta era stata la causa dell'atto, come molti ritengono, cioè al pagamento di un prezzo che è corrispettivo dell'acquisto che si realizza; ma è sicuro, per generale riconoscimento, che forse ciò si verificava al tempo delle Dodici Tavole, non certo all'età di Gaio. Per cui è certo che questa dichiarazione era ormai sganciata, semmai non lo fu una volta, dalla causa di *emptio venditio*. La dichiarazione ha dunque mero valore di forma: serve cioè a rendere possibile l'acquisto non solo di cose che si comprano, ma anche di cose che si acquistano per altre ragioni. Diamo per scontato che questo processo, seppure è esistito, si sia compiuto, e che la *mancipatio* dunque sia un atto nel quale l'acquirente dichiara che la cosa gli appartiene senza specificare la ragione per cui l'acquisto viene realizzato (senza, cioè, che vi sia dichiarazione della causa d'acquisto). Si dice: colui che acquista, acquista senza riferimento alla causa; l'atto è un atto astratto; la causa non incide sugli effetti dell'atto. Chi acquista, lo fa sia se la cosa la sta comprando, sia se gliela stanno donando. L'acquisto del *dominium* si realizza indipendentemente dalla 'causa'.

A mettere in dubbio questa prima conclusione, però, v'è un testo delle Istituzioni di Giustiniano, nel quale si dice che, se si acquista per causa di donazione, di dote o per altra causa, avviene senz'altro il trasferimento; se invece l'acquisto avviene per *emptio venditio*, la cosa non si acquista altrimenti al compratore che se egli abbia pagato il prezzo o abbia comunque dato garanzia, il che era stato stabilito anche nella legge delle Dodici Tavole. Nel testo di Giustiniano si parla di *traditio* perché in quel tempo la *mancipatio* era venuta meno in conseguenza dell'abolizione della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*; ma nessuno dubita del fatto che il ricordo delle Dodici Tavole faccia riferimento in generale al trasferimento e debba in qualche modo ricollegarsi alla *mancipatio*. A stare al testo di Giustiniano accadeva che, sotto le Dodici Tavole, se qualcuno acquistava una *res* perché gliela avevano venduta, diventava proprietario solo se aveva già pagato il prezzo o dato garanzie; se invece l'aveva acquistata per una causa diversa, non era così. Se il testo di Giustiniano fosse attendibile, tutto quanto detto prima non funzionerebbe: della *mancipatio* non sarebbe dunque possibile dire che si trattava di un atto astratto. Il testo di Giustiniano è uno dei più discussi. Comunemente lo si spiega dicendo che esso contiene un equivoco: l'equivoco starebbe nel fatto di aver ritenuto che il pagamento del prezzo fosse condizione del trasferimento della proprietà. I giustinianeisti si erano confusi, perché avevano di fronte testi nei quali si sottolineava che al tempo delle Dodici Tavole il pagamento del prezzo era condizione per il sorgere dell'*obligatio auctoritatis* del *mancipio dans*, cioè l'obbligazione che impegnava il *mancipio dans* nei confronti dell'*accipiens* nel caso in cui la *mancipatio* fosse stata fatta *a non domino* e quindi non si fosse avuto trasferimento del *dominium* (e fosse perciò necessario rispondere nei confronti dell'acquirente che, non avendo acquistato niente, perché, in realtà, aveva acquistato *a non domino*, evitava la cosa, doveva prendersela con chi gliela aveva consegnata). Nelle Dodici Tavole, quindi, sarebbe stato condizionato al pagamento del prezzo non il trasferimento del *dominium*, ma il sorgere dell'*obligatio auctoritatis*. Si tratta di un'opinione che nasce dall'esigenza di rendere compatibile il testo con un convincimento diffuso, ma il testo nella sua semplice linearità dice una cosa completamente diversa. Tuttavia, ammettiamo che ci sia questo errore. Ma allora, il sorgere della responsabilità del *mancipio dans ex auctoritate* a che cosa si lega, se non al compimento dell'atto? E' dunque in questo atto che si compie la

causa: non rileverà il fine del trasferimento del dominio, ma il fine del sorgere o meno dell'*obligatio auctoritatis*. Ed allora la causa rileva! Rileva al fine del sorgere dell'*obligatio*. E cos'è l'*obligatio auctoritatis* se non la conseguenza del fatto che si è fatta una compravendita e non invece una costituzione di dote? Insomma, la causa non è un elemento irrilevante nell'assetto di interessi che le parti realizzano perché questa causa, se non incide sull'effetto proprio dell'atto, incide su un effetto dell'atto che non è di secondaria rilevanza.

Anche accettando l'opinione comune e ritenendo che il testo sia frutto della conclusione dei compilatori, in ogni caso si ha, dunque, che nell'età delle Dodici Tavole la causa negoziale, anche quando si faceva una *mancipatio*, assumeva rilevanza perché in relazione ad essa sorgeva o non uno degli effetti del comportamento dell'altra parte.

La *mancipatio* si faceva anche per trasferire le *personae* libere oltre alle cose; e quando si acquista una persona libera, un *filius* che il *pater familias* eventualmente trasferisce ad altro *pater*, questo acquisto non porta la persona libera nella stessa condizione giuridica in cui si trovava presso il *pater familias* originario. Se io *pater familias* intendo rendere *persona in mancipio* dell'acquirente un mio figlio *in potestate*, come si realizza questo risultato? Attraverso la *mancipatio*. Con le stesse parole si mancipano schiavi. Se faccio riferimento ad uno schiavo, acquisto la *potestas dominica* (il *dominium*); se mi riferisco ad un *filius familias*, acquisto un altro diritto (costui diviene *filius in mancipio*). Un negozio non può far sorgere due distinti diritti con riferimento all'oggetto del negozio, perché se dal negozio scaturiscono due effetti diversi già lo schema di un negozio non funziona più. Il negozio è l'atto di autonomia privata dal quale scaturiscono gli effetti appropriati allo scopo da realizzare, ma gli effetti devono essere sempre gli stessi per essere identificanti il negozio.

Quando viene consentito l'acquisto di un *filius familias* nel potere di un'acquirente, questo può avvenire per diverse ragioni. Posso mettere mio figlio a disposizione di qualcuno come forza-lavoro; posso farlo perché ha commesso un delitto e voglio sottrarmi alla responsabilità che ne deriva. Ad un certo punto l'atto viene utilizzato per rendere possibile l'emancipazione, sicché il trasferimento avviene solo fittiziamente. Quindi ci può essere la *mancipatio* di un figlio fatta *ex noxali causa* e quella fatta *ut manumitteretur* (per-

effetto =
diritto
destin.

effetti
appropriati

ma sempre
gli stessi

identificano
del negozio

ché sia liberato). Quindi la causa può essere varia. Incide o no sugli effetti?

Sappiamo che la dichiarazione che si compie nei casi analizzati è sempre identica. Se applichiamo lo schema del negozio astratto, dovremmo dire che l'effetto è insensibile alla causa. Nei due casi, i poteri che acquisto sono diversi. Ciò vuol dire che la causa assume rilevanza. E noi sappiamo da Gaio che coloro che si trovano in *mancipio* presso un acquirente, se sono stati dati *ut manumitterentur*, possono andare a farsi liberare dal censore; se sono stati dati *ex noxali causa* non possono far nulla.

Insomma, la causa diventa un elemento rilevante per gli effetti che si producono. Dallo stesso atto scaturisce una varietà di effetti. Ciascuno di essi è determinato dalla causa per cui l'effetto è stato voluto dai soggetti. A proposito della *mancipatio* parlare di negozio astratto significa utilizzare uno schema che non descrive la realtà delle cose.

Vediamo ora la situazione per la *traditio*: nella sua exteriorità il gesto è sempre lo stesso, significa consegna della cosa. Significa che l'*accipiens* si sostituisce al *tradens* nel *corpore possidere*: cioè, rispetto all'elemento materiale della *possessio*, la relazione che si instaura tra soggetto e cosa, al posto dell'uno c'è l'altro. Si può dire che nella *traditio* l'effetto non ha connessione con la causa che ha indotto le parti a compiere l'atto? Ebbene, vendo una cosa e la consegno: colui a cui la consegno acquista il *dominium*; se la do in precario costui rimane solo possessore. Anche nella *traditio* la causa assume rilevanza. Altro esempio. *Numeratio pecuniae*: quale è l'effetto? Conto denaro: se lo conto perché sto adempiendo ad un debito questa *numeratio* è una *traditio solvendi causa*, se lo conto senza che vi sia un debito preesistente allora è *credendi causa*. Da dove viene questa diversità: non dall'atto materiale, bensì dall'intenzione del soggetto, dalla causa che ha indotto i soggetti ad operare.

In conclusione: *mancipatio* e *traditio* sono forme, non negozi. La categoria che più si approssima a descriverle è quella dell'atto pubblico. Esse costituiscono le forme dell'agire, dell'operare. Come l'atto pubblico o la forma scritta, rendono più certi gli effetti, in alcune circostanze, in relazione agli atti che si compiono.

Perché *mancipatio* e *traditio* sono essenziali affinché si verifichi l'effetto? C'è un principio tutto romano: che l'effetto *in rem* non si può realizzare *nudo consensu*, per semplice accordo dei soggetti, ma

deve essere reso visibile. Il fatto che una cosa, che è stata di uno, diventi di un altro deve essere un fatto che non può dipendere solo dalla volontà di coloro che desiderano questo risultato, ma deve dipendere da questa volontà resa visibile in una forma la quale renda possibile constatare che la cosa ha cambiato il soggetto di riferimento. Se è una cosa importante, si usa la *mancipatio*, se si tratta di una cosa meno importante ciò si fa con l'esteriorità materiale della *traditio*.

Allora dobbiamo concludere che il *negotium*, l'affare che i soggetti concludono, non si identifica con la forma che lo realizza, è qualcosa che sta a monte, spesso temporalmente ma comunque sempre logicamente.

Ci sono negozi che inducono il soggetto a volere l'atto, e se non sono capaci di produrre l'effetto *in rem*, perché per esso ci vuole la *mancipatio* e la *traditio*, fanno sorgere una obbligazione. O no? La risposta consueta è che non se ne deve proprio parlare, perché i negozi *consensu* producono obbligazioni solo in epoca avanzata (in virtù dell'attività del pretore peregrino).

Ma uno dei casi per cui fu introdotta la *pignoris capio*, dice Gaio, è quello in cui qualcuno avesse comprato un animale da sacrificio e non l'avesse ancora pagato. Costui era tenuto a pagare: era obbligato. Si dice, ci troviamo di fronte a situazioni di *ius sacrum*, e quindi valeva una disciplina particolare. Perciò si può fare la *pignoris capio*. Quello che è sicuro, però, è che quando si compra (o si pone in essere una locazione in casi analoghi) si ha diritto alla controprestazione e, se la controprestazione manca, il soggetto può operare la *pignoris capio*.

Di fronte a tutto questo possiamo continuare a dire che gli indizi di cui disponiamo sono irrilevanti? Che il negozio si immedesima con le forme? Che *mancipatio* e *traditio* sono negozi? Possiamo dire ancora che le Dodici Tavole non riconoscono effetti obbligatori derivanti dal consenso? A me sembra che questo dubbio debba essere posto, che questa difficoltà che la dottrina ha fin qui eluso vada affrontata e vada immaginato che già nelle Dodici Tavole il negozio fosse qualcosa di diverso dalla forma con cui le parti realizzavano poi gli effetti appropriati.

*In duecento esemplari
fuori commercio*

*Stampato nella Litografia Editrice De Frede - Via Mezzocannone 69
Napoli, 30 giugno 1995*