

I

IL TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ PER ATTO TRA VIVI

SOMMARIO: 1. I modelli presenti nei diritti codificati europei. – 2. Il trasferimento causale. – 3. Il trasferimento astratto. – 4. L'effetto reale del contratto. – 5. La genesi del sistema del trasferimento astratto.

1. I MODELLI PRESENTI NEI DIRITTI CODIFICATI EUROPEI. – Negli attuali diritti codificati europei – lasciando dunque per ora da parte il Common Law inglese – si constata facilmente che la disciplina del trasferimento della proprietà non è uniforme, e si presenta strutturata secondo tre diversi modelli: quello del trasferimento causale, quello del trasferimento astratto e quello – che spesso si denomina, in modo abbastanza oscuro, “del principio consensualistico” – che si fonda sull'effetto reale del contratto.

Ai primi due dei modelli che ho menzionato è comune la regola, secondo la quale per trasferire la proprietà di una cosa è necessario un atto di trasferimento che appartiene esclusivamente alla materia dei diritti reali, e precisamente la tradizione della cosa per la generalità dei mobili, e l'iscrizione nei pubblici registri della mutazione della situazione giuridica per gli immobili e i mobili assoggettati allo stesso regime, come autoveicoli, navi e aeromobili.

Il primo modello – quello, dunque, del trasferimento causale – attribuisce l'effetto traslativo della proprietà all'atto di trasferimento solo se questo sia munito di causa, cioè avvenga sulla base di un accordo delle parti che stabilisce la ragione dell'atto traslativo, e precisamente una ragione che, agli occhi del diritto, sia idonea a giustificare il trasferimento della proprietà. Questo modo di trasferimento era già presente nell'ALR prussiano del 1794¹ e fu poi adottato nell'ABGB austriaco del 1811². Esso appartiene pure al diritto svizzero, anche se

¹ ALRI,9 § 1-2; I,10 § 1.

² ABGB § 423-425 e § 431.

non è espresso nello ZGB del 1912³, dove della giusta causa non si fa parola; ma, partendo dalla disposizione dell'art. 974² ZGB, il principio del trasferimento causale fu sancito nel 1929 da una famosa sentenza del tribunale federale, la "sentenza Grimm"⁴.

Il secondo modello, quello del trasferimento astratto – che si contrappone direttamente al primo – è proprio del BGB tedesco del 1900⁵: l'atto di trasferimento produce i suoi effetti indipendentemente dall'esistenza di una giusta causa.

Il terzo modello, quello dell'effetto reale del contratto, che fu introdotto dal CC francese del 1804 (CCfr art. 711; 1138; 1583), concreta sempre un trasferimento causale, ma – per così dire – portato alle sue conseguenze estreme, in quanto l'accordo causale vi risulta sufficiente a produrre l'effetto traslativo. Il modello francese è stato in particolare adottato, con diversa e – come vedremo – più corretta enunciazione, nei codici italiani del 1865 (art. 1125) e del 1942 (art. 922; 1376)⁶.

2. IL TRASFERIMENTO CAUSALE. – Il primo modello, del trasferimento causale, proviene dal diritto comune, dove esso rappresentava una deduzione dalle fonti romane.

Il diritto romano classico non conosceva solo il trasferimento causale, perché questo era proprio del trasferimento delle *res nec mancipi* effettuato mediante *traditio*, mentre il trasferimento della proprietà delle *res mancipi* si faceva con la *mancipatio*, che era un negozio astratto. Per vero, quando la *mancipatio* fu creata – lo fu in epoca assai antica, certamente molto prima che venisse promulgata la legge delle dodici tavole⁷ – anch'essa era un negozio causale: non si trattava, infatti, di un atto traslativo della proprietà, ma di un atto negoziale formale di compravendita a contanti con effetto reale, e nella forma dell'atto il suo carattere di compravendita era, con ogni precisione, evidente. Negozio astratto la *mancipatio* divenne quando, essendo stato creato nel III secolo a.C. dalla giurisprudenza

³ Si vedano gli art. 656¹ e art. 714¹.

⁴ Grimm gegen Konkursmasse Näf, 29 novembre 1929, in BGE 55 II, 302.

⁵ BGB § 929; § 873.

⁶ Il principio consensualistico compariva già in molte delle codificazioni italiane preunitarie e precisamente nei codici civili di Due Sicilie art. 1092; 1428; Parma art. 1111; 1389; Regno di Sardegna (Codice Albertino) art. 1229; 1589. Non è accaduto lo stesso in altri codici civili europei, pur dipendenti da quello francese: nei Paesi Bassi, il BW del 1838 è rimasto fedele alla dottrina del trasferimento causale (si confronti la sequenza delle norme in materia di obbligazioni di dare nel CC-fr art. 1136 ss. e nel WB[1838], art. 1271 ss.) ed ancora questo è l'indirizzo del WB del 1992 (3: 84 e 89). Lo stesso è per il Código Civil spagnolo (vedi in particolare l'art. 609 párr. 2).

⁷ La legge delle dodici tavole – secondo la cronologia di Tito Livio, che possiamo considerare sufficientemente precisa – fu redatta e promulgata negli anni 451-449 a. C. (vedi in proposito CAN-NATA, SG I, 89 ss.) e, in quel che di tale legge ci rimane, la *mancipatio* è sicuramente menzionata: tab.4,2b; tab.6,1.

il contratto consensuale obbligatorio di compravendita, la *mancipatio* continuò ad essere usata come semplice atto traslativo della proprietà; in questa sua nuova funzione, la *mancipatio* si eseguiva senza effettuare, nel contesto dell'atto, anche il pagamento del prezzo, che veniva ridotto, per soddisfare le esigenze di forma, alla prestazione di un'irrisoria somma di denaro simbolica (*nummo uno*): cosicché la *mancipatio* poté essere usata anche per trasferire la proprietà di *res Mancipi* per un titolo diverso dalla vendita, in particolare come donazione o trasferimento fiduciario (*fiduciae causa*). La conclusione di questa evoluzione fu che, nel diritto classico, la *mancipatio* venne ad assumere la funzione che negli ordinamenti moderni che non conoscono l'effetto reale del contratto viene affidata all'iscrizione nei pubblici registri: essa era infatti l'atto traslativo della proprietà per gli immobili siti in suolo italico e per una serie di altre cose ritenute particolarmente importanti nel mondo economico (gli schiavi e gli animali da giogo o da soma, destinati cioè a funzionare come veicoli), e la sua esigenza per questi trasferimenti dipendeva dai suoi caratteri formali, che assicuravano all'atto una sufficiente pubblicità, in quanto esso doveva essere effettuato in presenza di testimoni, e questa presenza era elemento costitutivo dell'atto traslativo.

Quanto alla *in iure cessio* – più recente della *mancipatio*, anche se ancora alquanto antica⁸ –, che era un atto astratto idoneo a trasferire la proprietà di *res Mancipi* e *res nec Mancipi* ed a costituire diritti reali su cosa altrui, anch'essa assicurava una sufficiente pubblicità, in quanto fu concepita nella forma di un processo fittizio. Ma l'*in iure cessio* non interessa la nostra storia degli atti traslativi di proprietà, perché da Gai.2,25 risulta chiaramente che in epoca classica per il trasferimento della proprietà l'*in iure cessio* in pratica non si usava, in quanto essa implicava che le parti si recassero a compierla davanti ad un magistrato con potere giurisdizionale, e quindi non v'era ragione di ricorrervi per un atto che poteva farsi più agevolmente con *mancipatio*, e quindi ancor meno se poteva farsi con la *traditio*. Comunque, per il trasferimento della proprietà, la *in iure cessio* era caduta in disuso assai prima della compilazione giustiniana, nella quale essa non viene più menzionata. Ne resta traccia solo in testi relativi alla costituzione dei diritti reali di godimento, dove spesso i compilatori hanno conservato il verbo *cedere*, ma sempre cancellando, se compariva nel testo originale che essi trascrivevano, l'indicazione '*in iure*', in modo che il verbo *cedere* potesse essere inteso come allusivo ad una cessione informale del diritto. Comunque, gli interpreti medievali del *Corpus Iuris* – che, non lo si dimentichi, non conoscevano le Istituzioni di Gaio – non potevano riconoscerci un'allusione all'antico atto formale. Siccome i compilatori giustiniani hanno anche cancellato tutte le menzioni della *mancipatio* nei testi che escerpivano, sostituendole quella della *traditio*, i giuristi dell'epoca intermedia recepirono, adottando come diritto positivo il *Corpus Iuris*, un diritto privato nel quale la proprietà si trasferiva unicamente con la *traditio*.

I giuristi medievali trovavano nel *Corpus Iuris* il risultato delle riforme giustiniane e dell'opera dei compilatori, e dunque la *traditio* come modo universale di trasferimento della proprietà⁹.

⁸ La creazione della *in iure cessio* deve attribuirsi ancora alla giurisprudenza pontificale, ma è con ogni probabilità posteriore alle dodici tavole. Vedi CANNATA, SG I, 118 ss.

⁹ Vedi CANNATA, *Corso* I, 549 s.

C'era anche, nel Corpus Iuris, un testo generale al riguardo. Si tratta di una costituzione contenuta nel Codex:

C.2,3,20 (a. 293): *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

Si tratta di una costituzione dell'imperatore Diocleziano, che nel testo giustiniano viene a dire: "La proprietà delle cose si trasferisce mediante tradizione e usucapione e non con un nudo patto¹⁰." Ma probabilmente il testo è stato modificato dai compilatori di Giustiniano, che nel sopprimere la menzione della *mancipatio* – che il dettato diocleziano doveva contenere ancora – vi hanno sostituito quella dell'usucapione. Comunque, che sia giustiniana o no, tale allusione all'*usucapio* rappresenta qui chiaramente un errore dommatico, perché l'usucapione non è un modo di trasferimento della proprietà, bensì un suo modo d'acquisto a titolo originario.

Considerando la costituzione di Diocleziano in se stessa (si tratta di un rescritto), essa rivela il carattere di molti interventi di quell'imperatore che, nell'epoca epiclassica, interveniva spesso per ristabilire nella prassi delle province, specialmente orientali, dell'Impero le regole e le strutture tradizionali del diritto romano che usi o tendenze locali potevano compromettere. A prima vista il testo che abbiamo letto parrebbe diretto contro una concezione che ammetteva l'effetto reale del contratto: ma certo così non è, perché quel che vi si nega non è la possibilità di trasferire la proprietà mediante contratto, ma mediante un "nudo patto", e un *nudum pactum* è per definizione un accordo che non può essere considerato contratto: e, d'altra parte, di un effetto reale del contratto non abbiamo notizia per nessuna epoca del diritto romano¹¹. È probabile che quel che Diocleziano combatteva fosse una concezione, che si manifestava in qualche luogo della prassi, a realizzare il trasferimento della proprietà mediante accordi traslativi informali invece che con la *traditio* o altro atto traslativo.

Comunque, per quel che ora ci interessa, il testo che abbiamo letto poteva rappresentare per gli interpreti medievali del Corpus Iuris un enunciato generale che indicava la *traditio* come modo universale del trasferimento della proprietà¹². Della menzione dell'usucapione, per quanto mi risulta, essi non si curarono molto.

¹⁰ Per vero, nel testo latino tutto è al plurale: "Le proprietà delle cose si trasferiscono ...": ma in italiano una simile traduzione suonerebbe ancor peggio del testo latino.

¹¹ In passato (vedi in particolare BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero II: Orientamenti e tendenze del legislatore nella materia dei diritti reali*, in *Studi senesi* 54(1940), 306 ss.) sono stati addotti testi, come C.Th.11,3,2; C.Th.11,3,5; C.7,38,2 (a.387); Nov.Val.32,4; Nov.Val.35,18, per sostenere che nel diritto postclassico il trasferimento della proprietà, in caso di compravendita, di donazione ed in generale per qualunque contratto, venisse ricollegato direttamente al consenso delle parti. Ma il senso di tali testi è tutt'altro: nelle frasi che interessano si esprime infatti solo l'idea che una certa regola o soluzione deve applicarsi alle cose acquistate (o alienate, o trasferite) "a titolo di donazione, o di vendita o a qualunque altro titolo": l'allusione alla vendita, come alla donazione o al contratto in generale, non si riferisce dunque all'atto traslativo, bensì al titolo del trasferimento. Accettando l'idea del Biscardi, il GALLO, *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustiniano*, Milano 1960, ha costruito una complessa ipotesi secondo la quale dei precedenti nel senso di una specie di principio consensualistico avrebbero già operato nella prassi della compravendita durante l'epoca classica e magari anche prima. Ma vedi soprattutto la recensione che del libro del Gallo scrisse il TALAMANCA in AG 160(1961), 141 ss.

¹² Cfr. COING, EP I, 178; 303.

Il carattere causale della *traditio* risultava in particolare dal testo seguente:

D.41,1,31 pr. (Paul. 31 ad ed.): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua*¹³ *iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

che va tradotto: “La tradizione di per sé sola non può mai trasferire la proprietà: lo può unicamente ove sia preceduta da una vendita o da altra giusta causa, in virtù della quale essa venga effettuata”. Sulla base dunque di questo testo, e di altri orientati nello stesso modo, come in particolare I.2,1,41, i giuristi dell’epoca intermedia costruirono una dottrina dell’acquisto derivativo della proprietà, che fu enunciata compiutamente in Germania a partire dal XVI secolo¹⁴, ma che, nella sostanza, domina tutto il pensiero di quella giurisprudenza, a partire dai Glossatori. Secondo questa concezione, l’acquisto della proprietà va ricondotto a due cause: una *causa proxima*, che corrisponde al *modus*, cioè all’atto esteriore che realizza l’acquisto, la *traditio*; una *causa remota*, che corrisponde al *titulus* per cui l’acquisto avviene, e cioè la *iusta causa*. L’ALR e l’ABGB codificarono, dunque, questa dottrina.

3. IL TRASFERIMENTO ASTRATTO. – Il secondo modello, quello del trasferimento astratto che è sancito dal BGB tedesco, proviene dalla dottrina pandettistica, ed in particolare da una pagina dell’*Obligationenrecht* di C.F. von Savigny¹⁵, nella quale il fondatore della scuola storica tedesca criticava la dottrina del *titulus* e del *modus* e proponeva una sua diversa interpretazione delle fonti romane.

Per vero, la dottrina del *titulus* e del *modus* nella sua concezione presso la dottrina intermedia si scostava dalla concezione romana in un punto importante: perché secondo i giuristi romani la *iusta causa traditionis* era l’accordo che giustifica il trasferimento, mentre il *titulus* dei giuristi medioevali era la causa che giustifica l’attribuzione definitiva. La portata pratica della differenza si apprezza ove si pensi ad una *traditio* eseguita in adempimento di un’obbligazione di *dare* in senso tecnico, cioè di trasferire la proprietà di una cosa. Per un giurista romano, qui la *iu-*

¹³ A questo punto del testo è certo andata perduta la parola ‘*alia*’ (per errore del copista, a causa del suo inizio uguale ad *aliqua*). Cfr. Gai.2,20: *Item si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

¹⁴ In realtà, almeno presso i giuristi dell’*Usus modernus*, si trattava di una dottrina generale dell’acquisto dei diritti. Vedi COING, EP I, 178 ss. Noi l’esamineremo solo in relazione all’acquisto della proprietà (ove essa si presenta per altro in modo più puro, senza eccezioni), materia che ne costituisce comunque il punto di partenza.

¹⁵ SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts* II, Berlin 1853, 256 ss.

sta causa era rappresentata dall'accordo sulla *solutio*, cioè dalla destinazione, che le parti fanno, della prestazione alla estinzione di una certa obbligazione¹⁶. Invece, per un giurista medievale il *titulus* era rappresentato dal fatto giuridico (sia esso un accordo o non lo sia, come nel caso del legato obbligatorio), che costituisce la fonte dell'obbligazione di *dare* o anzi, come si tesse sempre più ad intendere, dall'obbligazione di *dare* stessa. Il Savigny, nel luogo del suo *Obligationenrecht* che abbiamo citato, non si occupa per nulla della discrepanza fra la concezione del diritto comune e quella romana, ma dimostra facilmente l'assurdità della costruzione del diritto comune con l'esempio dell'elemosina fatta ad un mendicante dove, senza alcuna obbligazione precedente, la proprietà passa. Ma, su questa base critica, il Savigny costruiva il ragionamento seguente, che traduco:

“Il senso autentico della *iusta causa* è piuttosto il seguente. Può farsi una *traditio* per scopi assai diversi. Si può dare una cosa in locazione, in deposito o in pegno, e in questi casi la proprietà non viene certo trasferita. Ma si può anche consegnarla a seguito di una vendita, di una permuta, o nei casi già citati di donazione o di mutuo, e in questi casi si ha trasferimento della proprietà. Ora, in che consiste la vera differenza fra queste due serie di casi? Unicamente nel fatto che nei casi della seconda serie il proprietario anteriore vuole trasferire la proprietà, mentre nei primi egli non lo vuole. Se ne conclude che la *traditio* trasferisce la proprietà sulla base della volontà concorde delle due parti contraenti, ma non senza questa volontà”.

Secondo il Savigny, dunque, la *traditio* non opera l'effetto traslativo sulla base della *iusta causa*, ma sulla base dell'accordo fra tradente ed accipiente sul trasferimento della proprietà: consegna della cosa e accordo costituiscono un contratto di tipo particolare, un “dinglicher Vertrag”.

La nozione di dinglicher Vertrag, rimasta classica nella dottrina tedesca, è esposta dal SAVIGNY in *Obligationenrecht* II cit., 257 n. *m*, dove egli precisa che la *traditio* stessa è dunque un contratto (Vertrag), “ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher”: un vero contratto, ma non con efficacia obbligatoria, bensì con efficacia reale.

4. L'EFFETTO REALE DEL CONTRATTO. – Se dunque il modello del trasferimento astratto rappresenta, sul piano normativo, un'innovazione del BGB tedesco, il terzo modello, quello francese dell'effetto reale del contratto, rappresenta pure una novità introdotta con la codificazione moderna, questa volta dal Code civil.

¹⁶ Vedi CANNATA, *Corso* I, 308 ss.; anche *Corso* II, 1, 288 ss., sull'accordo solutorio e l'imputazione del pagamento.

Dei precedenti esistevano solo in dottrina, in particolare presso la dottrina giuridico-naturalistica, come proposte di carattere filosofico o *de iure condendo*¹⁷. Se si leggono i lavori preparatori del Code civil¹⁸, si ha la netta impressione che i codificatori non volessero dire il perché della loro scelta normativa. Le ragioni che ne danno sono sostanzialmente due, assolutamente insignificanti: che la concezione del contratto come atto ad effetto reale sarebbe conforme alla tradizione del diritto francese, ma questo non risulta affatto; che con l'effetto reale, in materia di compravendita, si verrebbe ad eliminare la discrepanza tra la regola generale che *casus sentit dominus* con quella del *periculum emptoris*, e questa consisterebbe in una riforma abbastanza inutile, e comunque non economica se per eliminare una praticamente innocua eccezione (che, per altro, neppure lo è) si deve riformare tutto un settore importante del diritto privato.

In effetti, la regola romana del *periculum emptoris* trovava proprio la sua ragione in una considerazione economica, che porta a riconoscere come analoga la situazione del compratore di una cosa – determinata nella specie, o a partire dal momento in cui essa venga così determinata – con quella del proprietario. Si tenga presente che la regola era concepita così: che il rischio per il perimento per forza maggiore della cosa venduta – e cioè il perimento non imputabile ad alcuna delle due parti del contratto – risulta a carico del compratore anche se la cosa non gli sia stata ancora consegnata, quando il perimento abbia luogo dopo che la vendita sia perfetta. Ora, la nozione di “compravendita perfetta” – e i giuristi dicevano in proposito piuttosto *'emptio perfecta'*, cioè “compera perfetta”, con l'occhio alla situazione del compratore – si differenzia da quella di “compravendita conclusa”; infatti, una vendita validamente conclusa non si considera perfetta non solo se il contratto sia sottoposto a condizione sospensiva e questa non si sia ancora verificata, ma anche se l'oggetto della vendita fosse definito nel genere e l'individuazione delle specie vendute non abbia ancora avuto luogo¹⁹. Come si comprende, quel che si ritiene corrispondere alla perfezione della vendita è il fatto che ne risulti individuata una *res emptā*, vale a dire una specifica “cosa comprata”: finché l'oggetto della vendita non sia materialmente individuato in modo specifico essa non esiste ancora come *corpus*, come cosa materiale, ma è solo un'entità concettuale; finché la condizione, alla quale il contratto è sottoposto, non si sia verificata, la cosa, anche se specificamente individuata, non è ancora “comprata”. Quando invece si sappia che una certa cosa è *res emptā*, essa, in forza del meccanismo obbligatorio della compravendita, è definitivamente destinata al compratore sul piano del diritto, sicché in sostanza, secondo una valutazione economica della situazione, egli può considerarla come elemento del suo patrimonio; già gli spettano, infatti, i vantaggi del proprietario, in particolare i frutti della cosa stessa, ed è quindi coerente che gliene spettino anche i rischi²⁰.

¹⁷ Vedi soprattutto GROTIUS, *De iure belli ac pacis* (1625¹; 1646⁴), II,6,1; II,8,25; GROTIUS, *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheit* (1631), II,V,2.

¹⁸ Si veda in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* XIII, 1827 (reprint Osnabruck 1968), 230 s.; 320; 420; XIV, 1827 (reprint c. s.), 109 ss., dove in part. 112 s.

¹⁹ Si vedano in particolare: Paul. D.18,6,8 pr.; Pap. Vat. 16; Gai. Sab. Cass. D.18,1,35,5.

²⁰ Cfr. l'inizio di C.4,47,1 (a.223).

In realtà, la vera ragione della riforma francese appare – a mio parere con chiarezza – da un diverso ordine di considerazioni.

Come si sa – e non è certo il caso che ricordi qui testi notissimi o richiami le linee sistematiche del Code Civil – la proprietà svolge nella codificazione francese un ruolo basilare; in particolare essa è concepita come la sfera della libertà dell'individuo, e le due norme che ne aprono la trattazione (art. 544 e 545 CCfr.) rivestono il carattere di norme sui diritti dell'uomo e del cittadino, cioè sostanzialmente carattere di norme costituzionali. In particolare, l'art. 545 CCfr. proviene direttamente dagli enunciati dell'art. 17 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1791 e dell'art. 19 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1793.

Riporto i due testi.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Constitution du 3-14 sept. 1791
(art. 17) *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ...*

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Acte constitutionnel du 24 juin 1793
(art. 19) *Nul ne peut être privé de la moindre portion de sa propriété sans son consentement, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ...*

Nel Code Civil la norma ha assunto il tenore seguente (art. 545): *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.*

Ora, un soggetto contrattualmente obbligato ad alienare una cosa, ove il contratto abbia effetti puramente obbligatori si troverebbe proprio nella situazione di colui che è “*contraint de céder sa propriété*” per causa puramente privata: e questa situazione si evita appunto attribuendo al contratto l'effetto reale. Che il legislatore francese abbia ragionato così, appare evidente dal modo in cui viene dommaticamente concepito l'effetto reale nel luogo in cui esso viene enunciato nella forma più generale, e cioè in tema di “*obligation de donner*” all'art. 1136 CCfr., norma per altro precisamente confermata dall'art. 711, che in materia di acquisto e trasferimento della proprietà pone “*l'effet des obligations*” fra i modi relativi, e dall'art. 1538 che replica il meccanismo dell'art. 1138 in ordine alla vendita. In tutte queste norme, l'effetto reale non viene direttamente collegato al consenso delle parti, ma al sorgere dell'obbligazione di “*livrer la chose*”, cui è impedito l'effetto di obbligare al trasferimento della proprietà attribuendole direttamente l'effetto di trasferirla. Il testo più chiaro è:

CCfr art. 1138: *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer: auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Come traduzione riporto il testo di quella ufficiale, messa in vigore nel Regno d'Italia napoleonico dal 1° aprile 1806²¹:

art. 1138: L'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti.

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non ne sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora della consegna; nel qual caso la cosa rimane a rischio di quest'ultimo.

Il Code Civil non professa dunque ancora un principio consensualistico per l'effetto reale del contratto: questo sarà direttamente collegato al consenso (delle parti) solo dall'art. 1125 CCit[1865] (cfr. CCit[1942] art. 1376).

Riporto il testo del codice abrogato:

CCit[1865] art. 1125: *Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione.*

5. LA GENESI DEL SISTEMA DEL TRASFERIMENTO ASTRATTO. – Quanto si è detto finora fornisce una spiegazione dei tre modelli, ai quali si conforma la disciplina attuale del trasferimento della proprietà fra vivi nei diritti codificati europei o, come direbbe un giurista inglese, nel Civil Law europeo. Ma, per essere veramente compiuta, tale spiegazione abbisogna ancora di una precisazione relativa alle origini del trasferimento astratto perché, quanto alla genesi dei modelli menzionati, abbiamo reperito ragioni sufficienti soltanto per il trasferimento causale e per il meccanismo dell'effetto reale del contratto.

Si tratta di questo:

Se è vero che la soluzione codicistica tedesca del trasferimento astratto proviene direttamente dalle citate pagine del Savigny, l'idea del trasferimento astratto, e precisamente della *traditio* astratta, era già presente prima. Il Savigny, in proposito, non cita nessuno, ma appare certo che egli seguiva un filone precedente, ed in particolare direi che si rifaceva al Donello, il cui pensiero rappre-

²¹ Le notizie su questa traduzione sono fornite da P. CAPPELLINI come *Note storiche introdottrive* (p. XI ss.) all'edizione anastatica del *Codice di Napoleone il grande pel Regno d'Italia* (1806), Padova 1989.

sentava la compiuta espressione di una dottrina, nata da un caratteristico fraintendimento delle fonti romane.

Ho già accennato al fatto che, per la giurisprudenza classica, la *traditio* eseguita per adempiere un'obbligazione di *dare*, cioè di trasferire la proprietà, era effettuata *pro soluto*: trovava, cioè, la sua causa nell'accordo sul pagamento, vale a dire l'accordo con il quale le parti destinano la consegna di una cosa ad estinzione di una certa obbligazione di *dare* del tradente nei confronti dell'accipiente. Questa costruzione è la sola corretta. Pensiamo ad un debitore, tale perché si è assunto con *stipulatio* l'obbligazione di trasferire la proprietà di un vaso d'argento. Egli è gravato da un'obbligazione di risultato²², perché il dovere del debitore è di rendere proprietario (*facere dominum*) il suo creditore; gli atti che egli compia per realizzare il risultato non vengono in considerazione di per se stessi; può solo dirsi che il debitore è tenuto a realizzare la fattispecie traslativa²³: gli elementi di fatto di cui questa fattispecie consta sono considerati come futuri, autonomi rispetto alla *stipulatio* stessa; con la conclusione della *stipulatio*, in altre parole, non si è dato inizio alla fattispecie traslativa, perché questa è prevista, nella sua integrità, come da realizzarsi. Il che è come dire che la *stipulatio* non può fornire la *iusta causa* alla *traditio* del vaso, perché la *iusta causa* fa pure parte della fattispecie traslativa.

Tutto ciò, i glossatori cominciarono a non capirlo: per loro una stipulazione di *dare* era la causa della *traditio* che l'adempiva: anzi, nella concezione estrema che il Savigny direttamente criticava e nella quale si era persa anche l'idea che la giusta causa della *traditio* corrisponde sempre ad un accordo delle parti, causa della *traditio* solutoria era l'obbligazione stessa di *dare*.

Conseguenza di questa concezione erronea era il fatto che la *condictio indebiti* non si spiegava più. Se la *traditio* solutoria ha causa nell'obbligazione di *dare*, mancando l'obbligazione tale *traditio* manca di causa e quindi – la *traditio* essendo un negozio causale – la proprietà di quanto pagato non passa all'*accipiens*: per il recupero della cosa il *dans* dispone della *rei vindictio* e non dell'azione personale per la restituzione. Questa considerazione compare nella glossa accursiana, riferita alle parole *iusta causa* del passo di Paolo (D.41,1,31 pr.), nel quale abbiamo letto sopra (nel § 2) l'affermazione del carattere causale della *traditio*:

Gliusta causa, ad D.41,1,31 pr.: '*iusta causa*', vera vel putativa. alioquin, id est si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de condictione indebiti

²² ... effectum per traditionem domini transferendi continent: Pap.D.22,1,4 pr. Sulla distinzione fra le obbligazioni di risultato e le obbligazioni di condotta (o di mezzi), vedi brevemente CANNATA, *Corso* II,1, 193 ss. La distinzione è romana, e fu ripresa nel diritto attuale in particolare dal DEMOGUE, *Traité des obligations en général* I, V, Paris 1925, 538 ss. (nel § 1237).

²³ Ulp.D.45,1,75,10: Haec stipulatio 'fundum Tusculanum dari?' ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

repugnaret: qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa ...

Cioè: “giusta causa, reale o putativa. Altrimenti, e cioè se si sostenesse che la proprietà non passa sulla base di una causa putativa, l’intero titolo sulla ripetizione dell’indebita (D.12,6) sarebbe in contraddizione insanabile con quanto si afferma qui: poiché quel titolo (del Digesto) trova applicazione appunto nei casi in cui la proprietà della cosa viene trasferita in forza di una causa putativa ...”

Leggendo nelle fonti successive, si vede chiaramente che l’ammissione della *traditio* basata su di una causa putativa portò – come inevitabilmente doveva portare – alla *traditio* astratta. In un passo del commentario di Baldo degli Ubaldi (1327-1400) si trova la spiegazione dommatica di questa metamorfosi concettuale:

BALDUS, super C.4,50,6: *Dominium autem potest transferri ex contractu putativo. nam proprie loquendo non transfertur ex contractu: sed ex consensu propter contractum: ita quod causa immediata id est consensus in translatione domini est sufficiens ad dominium transferendum.*

“La proprietà – afferma il commentatore perugino – può trasferirsi sulla base di un contratto putativo; infatti, a dir le cose come sono in realtà, il trasferimento non avviene sulla base del contratto, bensì del consenso manifestato dalle parti in vista del contratto: e ciò perché la causa immediata, e cioè il consenso sul trasferimento della proprietà, è sufficiente per trasferire la proprietà”.

Il *consensus propter contractum* di Baldo prende il posto dell’accordo solutorio romano: ma esso non è più visto come accordo sull’estinzione dell’obbligazione, bensì come accordo sul trasferimento della proprietà.

Questo modo di vedere può essere stato influenzato da un passo del Digesto:

res cott. D.41,1,9,3²⁴: *Hae quoque res, quaequae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

La traduzione: “Anche le cose che divengono nostre in seguito a *traditio* le acquistiamo in forza del *ius gentium*²⁵: nulla, in effetti, è tanto conforme all’equità naturale quan-

²⁴ Cfr. I.2,1,40.

²⁵ Come si sa, per i giuristi romani il *ius gentium* (diritto delle genti) era costituito dall’insieme degli istituti giuridici che si dovevano considerare presenti in tutti gli ordinamenti, e quindi erano applicabili tanto ai Romani quanto agli stranieri, in quanto erano fondati nella *naturalis ratio* (la ragione naturale): Gai.1,1.

to tener ferma la volontà del proprietario che voglia trasferire ad un altro una sua cosa.” Ma qui l’autore sottolineava solo che la *traditio* effettuata per trasferire la proprietà implica la volontà delle parti di trasferirla, e non considerava invece il problema della causa²⁶.

La prospettiva di Baldo fu ripresa, e portata ad una precisa definizione del trasferimento astratto, dal più grande dei sistematici del XVI secolo, Hugues Doneau, nei suoi *Commentarii iuris civilis* (1589/90):

DONELLUS, *Comm.* IV, 16 § 9: *Haec ipsa ratio nos admonet, quod dicitur, iustam causam praecedere debere, ex qua traditio dominii sequatur, sic accipiendum esse: ut nihil intersit, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiam si vera causa non subesset: si tradiderit, nihilominus transtulisse. Semper enim manet voluntas, quam ratam haberi oportet. Et, si causam ad probationem tantum exigitur: quo alio modo probetur voluntas, ad rem nihil pertinet.*

La critica del Donello aveva inizio nel precedente paragrafo 8, ed a quel che ivi si diceva (che qui possiamo tralasciare) egli si riferisce con le parole iniziali ‘*haec ipsa ratio*’, “questo stesso ragionamento”: il quale, scrive Donello, “ci avverte che la proposizione secondo la quale una giusta causa deve sussistere, perché la *traditio* trasferisca la proprietà” – cioè la regola di D.41,1,31 pr. – “deve essere intesa nel modo seguente: che non ha alcuna importanza se la causa esiste in effetti o solo nella convinzione di chi fa la *traditio*. Infatti, se l’esistenza della causa è richiesta solo perché si possa stabilire che il tradente ha la volontà di trasferire, si deve concludere che, in qualunque altro modo risulti che uno ha voluto trasferire la propria cosa, anche se una causa reale non sussista, quegli l’avrà comunque trasferita. Sussiste infatti la volontà (di trasferire), che si deve rispettare²⁷. E, se la causa la si esige solo ai fini della prova della volontà (di trasferire), non importa se tale volontà sia invece provata in qualunque altro modo²⁸”. Come si vede, è già la prospettiva del Savigny. Solo va notato che il Donello concentrava la sua attenzione sulla volontà del *tradens*, di colui che consegna (e dispone): certo egli implicitamente pensava che per il trasferimento deve concor-

²⁶ Che per altro riemerge nel § 4, immediatamente successivo, dello stesso testo delle *res cottidianae*, dove l’autore (un rielaboratore epiclassico delle Istituzioni di Gaio) si pone un caso a spiegazione del principio enunciato nel § 3; vedi anche KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in L.VACCA (Ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* II, Milano 1991, 444 s.

²⁷ Chiara allusione a res cott. D.41,1,9,3, che abbiamo letto poco sopra.

²⁸ Nel seguito del passo, il Donello fa ancora allusione alla problematica del pagamento dell’indebito.