

CAPITOLO I  
CIRCOLAZIONE DELLA RICCHEZZA  
MOBILIARE E TITOLI DI CREDITO

SOMMARIO: 1. La circolazione giuridica: nomenclatura, caratteri, problemi. – 2. Le ragioni della proprietà e le ragioni dell'acquisto nelle esperienze romana e germanica: cenni. – 3. Gli acquisti *a non domino* nelle circolazioni mobiliare, immobiliare e dei crediti. – 4. Segue. – 5. Il titolo di credito come locuzione riassuntiva della disciplina condivisa da una molteplicità di documenti circolanti nell'insegnamento di Cesare Vivante. – 6. Segue: dal titolo di credito come concetto riassuntivo di una disciplina al titolo di credito come fattispecie.

### 1. *La circolazione giuridica: nomenclatura, caratteri, problemi*

Nel Libro Quarto «Delle Obligazioni» del codice civile in vigore, il Titolo Quinto (art. 1992 e ss.) è rubricato: «Dei titoli di credito».

Ad una prima lettura, risultano evidenti due fatti: 1) nel linguaggio legislativo si utilizza la dizione “titolo di credito”; 2) dei titoli di credito il codice del '42 si occupa *dopo* le promesse unilaterali e *prima* della gestione d'affari, della ripetizione dell'indebito e dei fatti illeciti (con la disciplina dei quali si chiude il libro delle obbligazioni). Il che sembra giustificare l'affermazione che il codice annoveri i titoli di credito tra i *fatti costitutivi dell'obbligazione*, e, più esattamente, tra quegli *altri* atti e fatti – ulteriori rispetto al contratto e ai fatti illeciti – dei quali parla l'art. 1173.

Ordine degli articoli del codice e dizione (“titoli di credito”) integrata in quest'ordine hanno ragioni storiche: il titolo di credito è figura concettuale elaborata, dalla dottrina giuridica, per astrazione dalla esperienza normativa delle cambiali (e degli assegni), largamente pensate come fatti costitutivi di obbligazioni. Essa è stata ripresa dal codice civile; ma appare non utile conoscitivamente, e sistematicamente non corretta; inutile, perché è certo che non tutti i titoli sono costitutivi di obbligazioni – e c'è chi dice che nessuno e mai lo è (G. Ferri).

Non corretta perché i titoli di credito (come rende evidente l'archetipo della classe: la cambiale) *sono documenti e non atti né fatti* (come atto o come fatto lasciandosi piuttosto pensare la confezione del documento, la documentazione). La consapevolezza di ciò raccomanda di abbandonare l'approccio del codice per altro conoscitivamente più fruttuoso.

Un diverso approccio è possibile pensando i titoli di credito nella *teoria della circolazione giuridica* e, poi, della circolazione mobiliare.

Strumento conoscitivo fondamentale della teoria della circolazione giuridica è la nozione di *attribuzione* che si può definire come *vicenda di simmetrici incremento di un patrimonio e decremento di un altro patrimonio*, ove per *patrimonio* si intende il *complesso delle situazioni soggettive di vantaggio e svantaggio (attive e passive) imputabili a una figura soggettiva (es. persona fisica, società, ente pubblico, ecc.)*. Con la locuzione "circolazione giuridica" qui si intende ogni vicenda che implichi almeno un'attribuzione.

Ogni qualvolta un patrimonio si incrementa di una situazione attiva e simmetricamente un altro patrimonio registra la perdita di una situazione attiva o l'acquisto di una situazione passiva si usa parlare di attribuzione. Per esempio, l'alienazione provoca un incremento delle situazioni attive del patrimonio dell'acquirente e un decremento delle situazioni attive del patrimonio dell'alienante. Similmente, una promessa impegnativa genera l'acquisto di una situazione attiva (credito) al patrimonio del promissario e il simmetrico acquisto di una situazione passiva (debito) al patrimonio del promittente: sommando "algebricamente" le situazioni soggettive le due vicende collimano.

Potrà essere utile tener fin d'ora conto che l'attribuzione è una variante della *disposizione*: di una situazione soggettiva si può disporre sia abdicando ad essa a favore di un altro soggetto (attribuzione), sia destinandola ad uno scopo, al ricorrere di certi presupposti (per esempio: destinazione di beni, inclusi i titoli di credito, "a far fronte ai bisogni della famiglia" – art. 167 c.c.). Per semplicità espositiva il discorso progredirà sull'attribuzione; ma è bene appuntare mentalmente che *l'attribuzione è pensabile con la destinazione* come un sotto-insieme della *disposizione* (Bekker; Spada)

Si possono, pertanto, distinguere:

– *attribuzioni reali*, quando una situazione attiva si perde ad un patrimonio e si acquista ad un altro;

– *attribuzioni obbligatorie*, quando all'acquisto di una situazione attiva in un patrimonio corrisponde l'acquisto di una (nuova) situazione soggettiva passiva in un altro, sempreché le due vicende siano tra loro simmetriche.

Si osservi che il sostantivo “attribuzione” evoca sia l'*effetto* di simmetrici incremento e decremento dei patrimoni sia il *fatto* che lo provoca. Si usa, cioè, la stessa parola per la conseguenza come per l'antecedente.

La relazione tra i due significati è, però, ambivalente: talora l'effetto (simmetrici incremento e decremento di due patrimoni) si verifica se ed in quanto voluto da chi profitta dell'incremento e da chi patisce il decremento; tal'altra, si produce anche senza o contro la volontà di chi patisce il decremento.

Nel primo caso, il fatto si atteggia come comportamento (di solito: dichiarativo) di chi si impoverisce e di chi si arricchisce, comportamento dotato socio-culturalmente (cioè stando a quanto pensa un osservatore mediamente consapevole della realtà sociale nella quale vive) di un significato che collima con l'effetto; e questo ultimo è denominato, nel linguaggio giuridico, “acquisto derivativo”, come pure, nello stesso linguaggio, la parola “atto” rimpiazza “fatto”.

Nel secondo caso, manca un comportamento dotato di significato di chi si impoverisce e l'effetto è denominato “acquisto originario”.

Si può ora constatare che nell'ordinamento giuridico vigente in Italia e negli altri diritti latini le attribuzioni fra vivi, che consistono in acquisti derivativi, sono governate da due principi fondamentali:

- a) il principio *aformalistico*; e
- b) il principio *causalistico*.

L'*aformalismo* consiste nella scelta di affrancare le attribuzioni dalla esigenza di rispettare determinate ritualità. Nei regimi ispirati all'*aformalismo* i condizionamenti rituali sono ridotti al minimo ri -

spetto alle forme rituali che hanno caratterizzato la circolazione giuridica nei diritti primitivi ed in quello romano, in particolare (si pensi alle solennità coesenziali alla “mancipatio”, alla “in iure cessio”, alla “traditio” e alla “stipulatio”).

L’aformalismo dei vigenti ordinamenti latini si esprime nella sufficienza del consenso (grosso modo: comportamenti significativi di simmetrici arricchimento e impoverimento degli agenti osservati) a realizzare la circolazione. In epoca medievale si parlava di “nudum pactum”, per indicare una attribuzione spogliata da vincoli di forma, da parole o gesti precostituiti. L’attribuzione si realizza senza più necessità di comportamenti reali (e rituali). Il consenso diviene condizione necessaria e sufficiente sia per le attribuzioni reali che per quelle obbligatorie. Il principio consensualistico trova oggi la sua più esplicita espressione nell’art. 1376 c.c. in tema di trasferimento della proprietà e degli altri diritti.

All’aformalismo fa riscontro, negli stessi ordinamenti, il principio del *causalismo*. La “nudità” del patto va infatti circoscritta alle “forme” reali o verbali (in una parola: comportamentali), delle quali viene spogliata l’attribuzione. L’aformalismo non sopprime, invece, l’esigenza di rinvenire una ragione socialmente plausibile dell’attribuzione. L’accordo in sé non è sufficiente, deve essere “rivestito” da una *causa* dello spostamento di ricchezza da un patrimonio all’altro. Un regime di circolazione giuridica ispirato all’aformalismo non significa che l’ordinamento abdichi ad un controllo sulla ragionevolezza della circolazione stessa. L’ordinamento si rifiuta di sanzionare il mero accordo di dare e prendere, chiede di conoscere il perché dell’operazione ed esige una risposta ragionevole. La mera volontà di alienare non è socialmente credibile.

Esiste un solo mezzo per alienare (o per promettere) impedendo all’ordinamento di vagliare l’intento dell’operazione: rivestire l’alienazione di quella forma solenne che il nostro ordinamento presenta come forma del contratto di donazione (art. 782 c.c.), ma che, in ragione del fatto che, in quanto rispettata, preclude il sindacato dell’intento dell’attribuzione, è stata opportunamente detta “forma omnibus” (Gorla). Si configura così una sorta di succedaneità tra

controllo della causa e forma solenne della donazione: se non si adotta la “forma omnibus”, che basta a garantire la stabilità dell’attribuzione, si impone un controllo della plausibilità dell’operazione, il cui eventuale esito negativo ne pregiudica la esistenza o la persistenza.

L’adozione dei principi dell’aformalismo e del causalismo favorisce la circolazione e “drammatizza” il sempre possibile conflitto tra interessi della proprietà e interessi dell’acquisto. Quanto più agevole è l’attribuzione e quanto più si favorisce la circolazione, tanto più sentito è il rischio di perdere elementi attivi del patrimonio o di vederne deluso l’acquisto. La promozione del traffico giuridico ha un costo in termini di sicurezza giuridica.

La dialettica tra le ragioni del proprietario e le ragioni dell’acquirente segna la storia dei sistemi positivi di circolazione giuridica, orientati a favorire talora le une talora le altre.

Si può sin d’ora osservare che, grosso modo, il principio di derivatività degli acquisti, espresso dal brocardo «*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*», tuteli le ragioni della proprietà; nel mentre il principio di originarietà degli acquisti, e soprattutto il congegno dell’acquisto della proprietà in virtù del possesso titolato di buona fede (art. 1153 c.c.), le ragioni dell’acquisto.

*L'adozione del concetto di attribuzione – che, con la destinazione è una variante della disposizione – risulta di grande utilità ai fini di una indagine che inquadri la disciplina dei titoli di credito nella teoria della circolazione giuridica, anziché in quella dei fatti costitutivi dell'obbligazione. Nel lungo periodo, si registra una tendenza alla caduta delle solennità delle attribuzioni ed all'ascesa di un controllo della "causa" di promesse ed alienazioni, con la conseguente accentuazione dei rischi, tra loro simmetrici, della perdita della proprietà e della delusione dell'acquisto. Tutto il fenomeno della circolazione giuridica può esser e inteso come faticosa ricerca di un equilibrio tra la tutela dell'interesse alla conservazione della ricchezza propria e la tutela delle ragioni dell'acquirente.*

\* \* \*

## *2. Le ragioni della proprietà e le ragioni dell'acquisto nelle esperienze romana e germanica: cenni*

Quando l'ordinamento giuridico adegua le proprie scelte al principio di derivatività degli acquisti fa una opzione precisa in senso conservativo di una data distribuzione della ricchezza. L'acquirente in tanto soddisfa l'interesse all'acquisto in quanto l'alienante sia il legittimo titolare del diritto trasferito (appunto: «nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet»).

Questa era la scelta della esperienza giuridica romana: rendere l'acquisto della proprietà dipendente dalla titolarità dell'alienante. L'unica possibilità di tutela degli interessi dell'acquirente, avente causa da un non titolare, si rinveniva nell'istituto della "usucapio", per cui il possesso protratto nel tempo costituisce fatto capace di estinguere la titolarità dell'alienante e di sostituire un nuovo assetto giuridico di ricchezza al precedente. L'ambito di operatività della usucapione era, tuttavia, decisamente limitato, quanto meno in materia di

circolazione di beni mobili. Erano, infatti, sottratte ad usucapione le “res furtivae”, classe di beni molto ampia perché delimitata da una nozione di “furtum” inclusiva dei casi di “contrectatio rei”, figura corrispondente alla attuale appropriazione indebita. In questa prospettiva erano furtive e non usucapibili le cose vendute dal depositario o dal conduttore, e, più in generale, le cose alienate con abuso della fiducia accordata dal proprietario al detentore.

La scelta “conservativa” del diritto romano è confermata dalla adozione del principio sintetizzato nel brocardo medievale, ma già rintracciabile all’epoca della codificazione giustiniana: «ubi rem meam inveno, ibi vindico». Si pone così la premessa per una generale instabilità degli acquisti. Si favorisce il mantenimento della distribuzione di ricchezza e si scoraggia ogni dinamica redistributiva della stessa. La ragione storica di tale scelta, non necessariamente consapevole, è da rinvenirsi, probabilmente, nel ruolo limitato del commercio nel contesto di una economia ancora basata sulla proprietà fondiaria. Azzerare o temperare il rischio di soccombenza dell’acquirente rispetto al proprietario rivendicante significa alimentare la propensione all’acquisto e porre così le premesse per l’instaurazione di un mercato.

A fronte della scelta operata dal diritto romano, la storia del diritto continentale esibisce un’opzione completamente diversa nell’ambito dell’esperienza dei popoli germanici.

Il diritto di questi popoli – forse, più per primitivismo concettuale che non per esigenze economiche – adotta in materia di regime giuridico di circolazione delle cose principi assai diversi: non si distingue tra proprietà e possesso, si tutela la “appartenenza” delle cose (*Gewere*), sempreché questa non risalga ad un illecito; si tutela, cioè, l’*appartenenza legittima*. L’acquisto viene designato con il termine *saisine*, che condivide l’etimo con il verbo francese *saisir*: afferrare.

Non v’è spazio per la regola romanistica che assicura al proprietario l’azione di rivendica, perché la tutela non è correlata ad una situazione soggettiva (che è figura concettuale non elaborata dalla cultura germanica). La tutela è accordata solo quando la relazione materiale persona-cosa venga interrotta da un comportamento che presenti tut-



te le caratteristiche del “furto”. Si tratta di una tutela contro l’illecito che provoca una singolare contiguità concettuale tra la tutela petitoria e la repressione penale del furto (*Anefangsklage* e *schlichte Klage*).

In definitiva, la tutela del rapporto persona-cosa è assai meno spiritualizzata rispetto all’esperienza romanistica.

In questo diverso ambiente, gli abusi di fiducia, contro i quali il diritto romano accordava al proprietario l’azione di rivendica, non attivano la tutela della “appartenenza”. Non si dà, cioè, una azione per recuperare la cosa quando, per esempio, il depositario, abusando della fiducia concessagli, la alieni: e ciò ridonda a protezione “forte” dell’acquirente.

Due massime esprimono la scelta dell’ordinamento germanico: «*Mobilia non habent sequaelam*» («meubles n’ont point de suite»), e «*Hand wahre Hand*» (la mano che dà garantisce la mano che prende la cosa).

Per aver consapevolezza di certe opzioni terminologiche del codice attuale occorre sottolineare il fatto che il diverso atteggiamento delle esperienze romana e germanica viene vissuto in chiave tutta processuale. Il problema sentito e risolto è quello della soccombenza o della assoluzione da una azione recuperatoria. Per il diritto romano non esistono limiti all’azione di rivendica. Per il diritto germanico chi acquista, se non per furto, merita di essere assolto. Le situazioni oggi presentate in termini sostanziali (acquisto o non della proprietà) sono discusse, in quelle epoche remote, come situazioni processuali.

Le due esperienze storiche vivono a stretto contatto e finiscono per contaminarsi. Ciò avviene, in particolare, quando – suggestionati dalla grandiosa opera di ricostruzione di un pensiero giuridico “colto”, avviata dalla scuola di Bologna nell’epoca del c.d. Rinascimento del diritto romano, cioè della riscoperta e del commento dei testi giustinianei (sec. XII) – i popoli germanici decidono di farsi governare dal diritto romano come rivisitato dalla scuola bolognese (Orestano).

Con la contaminazione accade un fatto importante per l’evoluzione successiva dell’esperienza giuridica in materia di circolazione dei beni. La nozione germanica di “appartenenza” (*Gewere*) viene soppiantata da quella di “proprietà”; questa però non presenta più le ca-

ratteristiche di assolutezza già segnalate. In particolare, si accoglie il principio per cui la proprietà non si può far valere contro l'acquirente che acquista *a non domino* per un abuso di fiducia dell'alienante. L'immunità dell'acquirente dalla rivendicazione del proprietario è tuttavia subordinata al fatto che egli versi in buona fede e che l'acquisto sia assistito da un titolo socialmente apprezzabile, ad esempio sia avvenuto a titolo di compravendita.

*Buona fede e titolo socialmente apprezzabile* sono due elementi già indicati dal diritto romano come presupposti dell'usucapione. Con la conseguenza che l'acquisto *a non domino* è pensato come una sorta di *usucapione a tempo zero*.

La contaminazione delle due esperienze e la miscela di soluzioni che ne scaturiscono possono riassumersi, dunque, nella sostituzione del concetto di proprietà al concetto di appartenenza e nella introduzione dell'azione di rivendicazione, ferma l'immunità di chi acquista, versando in buona fede e in virtù di un titolo socialmente apprezzabile, da chi abusa della fiducia del proprietario.

Tutto ciò avviene proprio nel momento in cui si assiste alla trasformazione delle istituzioni economiche da immobiliari in mobiliari, nella stagione della c.d. *rivoluzione commerciale*. E, non a caso, la tutela dell'acquirente di buona fede viene giustificata come *favore per il commercio*.

La possibilità che si instauri un sistema istituzionale di scambi, un mercato, è funzione (anche) della sicurezza che si offre agli acquirenti: d'onde l'esigenza di garantire incontestabilità all'acquisto da un non titolare.