

CAUSA ED EFFETTI REALI DEL CONTRATTO

CARLO ARGIROFFI

1. PREMESSA

Recentemente si è tenuto a Pisa un convegno sul tema della vendita e del trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica ¹. Nella ricostruzione del sistema romano, alcune relazioni ² hanno messo in evidenza un travaglio che sembrava ormai sopito e che, almeno per i non specialisti, è giunto inaspettato. Si è posta in discussione l'idea, ormai consolidata ³, di una struttura della compravendita consensuale nella quale, per il periodo preclassico e classico, deve escludersi che il venditore fosse veramente tenuto a trasferire la proprietà del bene.

Dell'intera questione, il nodo più complesso è dato dalla identificazione dei meccanismi elaborati dalla giurisprudenza romana per assicurare la realizzazione degli effetti economici dell'affare, asetticamente individuabili nel seguente binomio: trasferimento della merce contro pagamento del prezzo.

La dottrina romanistica fino ad oggi dominante ⁴, influenzata dalla tesi «argomentata con la finezza, l'eleganza e insieme la profondità di pensiero di cui l'Aranjo-Ruiz aveva il segreto» ⁵, propone un'idea "zoppa" della compravendita bilate-

¹ Gli atti del Convegno sono pubblicati in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso internazionale 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca, a cura di VACCA, Milano, 1991.

² Tra gli Atti del Convegno, si vedano le relazioni di PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, Tomo I, 25 ss.; e, per un diverso angolo visuale, CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, Tomo II, 413 ss.

³ Per tutti si veda TALAMANCA, voce "Vendita (dir. rom.)", in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 382.

⁴ Per l'elenco degli autori si vedano le citazioni in PUGLIESE, *op. cit.*, note 39 e 49.

⁵ PUGLIESE, *op. cit.*, 42.

ralmente obbligatoria. Infatti, a fronte dell'obbligo del compratore di pagare un *pretium* o di prestare una idonea garanzia ⁶, si prospetta, per il venditore, il semplice obbligo di trasmettere il possesso della *merx*.

Orbene, per le *res nec Mancipi*, la ricostruzione prevalentemente proposta appare coerente ed appagante, posto che la *traditio* è, allo stesso tempo, atto di immissione nel possesso e modo di trasferimento della proprietà. Pertanto il semplice procurare al compratore il pacifico godimento della cosa, in quanto determinava, attraverso la *traditio*, anche l'acquisto del *dominium*, assicurava la perfetta rispondenza della struttura giuridica della compravendita al suo assetto economico. Al contrario, l'*habere licere* cui era tenuto il venditore sembra inadeguato per le *res Mancipi*; per queste, la semplice *traditio* non assicurava al compratore la piena disponibilità del diritto. La incongruenza si realizzò effettivamente e come tale fu avvertita dalla stessa giurisprudenza romana; tanto è vero che la relativa frequenza del denunciato inconveniente, avrebbe giustificato, nella metà del primo secolo a.C., la concessione dell'*actio Publiciana* per la ipotesi, tra le altre, che si trattasse di *res Mancipi traditae a domino*.

Sempre secondo la ricostruzione "zoppa" offertaci da tale prospettiva, dopo l'esaurirsi dell'antica e per molti versi misteriosa ⁷ vendita a contanti attuata direttamente mediante il *mancipium*, i giuristi romani avrebbero creato per le *res Mancipi* una compravendita consensuale poco coerente con le finalità naturali del contratto. L'affare economico che "naturalmente" sta sotto il contratto si può rappresentare nello stesso legame (che i Greci chiamavano sinallagma) tra l'acquisto del bene a favore del compratore, da una parte, e la riscossione del prezzo da parte del venditore, dall'altra. Orbene, nella prospettiva in esame, quel legame appare sfuggente. Infatti l'*emptio-venditio*, a prescindere dai rimedi che in seguito sarebbero stati creati dal pretore, assicurava al compratore il *dominium* sulle *res Mancipi* solo per il tramite della usucapione ⁸. Al contrario la vendita delle *res nec Mancipi* ap-

⁶ Mi riferisco alla discussa questione, sulla quale dovremo tornare nel presente scritto, se nel diritto romano il pagamento del prezzo fosse condizione per il passaggio della proprietà dal venditore al compratore. La subordinazione del trasferimento al pagamento sembra emergere da un famoso brano delle Istituzioni di Giustiniano (I. 2,1,41), il quale farebbe risalire il principio alla legge delle XII Tavole. Sul punto, per limitare le citazioni agli Atti del Convegno pisano, si vedano MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, Tomo II, 483 ss.; POOL, *A proposito di Paul. D.40,12,38,2: trasferimento della proprietà pretoria senza pagamento del prezzo?*, Tomo II, pp. 467 ss.

⁷ Di questa complessa preistoria, pur sulla base delle numerose ipotesi prospettate, conosciamo solo pochi aspetti sicuri, MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, 633 ss.

⁸ L'obbligo di eseguire la *mancipatio*, secondo questa prospettazione della vendita romana, poteva scaturire da un patto aggiuntivo o da una implicita presupposizione, ma non era un effetto naturale del contratto. «Anzi, se dobbiamo dar credito a quanto risulta dalle fonti, l'ave-

pare perfettamente coerente con le finalità economiche del contratto: imponendo al venditore l'obbligo della *traditio*, si assicurava al compratore l'acquisto del *dominium*.

Per superare questa incongruenza e un simile salto logico, il Pugliese, sulla scorta di una serie di testi non numerosi ma eloquenti ⁹, sostituisce il semplice obbligo di *possessionem tradere* con l'obbligazione a carico del venditore di compiere, comunque, atti idonei alla trasmissione del dominio. Pertanto, se si fosse trattato di *res Mancipi*, sul venditore gravava l'obbligazione di *mancipare*; a condizione, naturalmente, che entrambi i contraenti fossero cittadini romani.

Si offre, in questo modo, una visione innovativa del legame allora esistente tra la compravendita consensuale e il successivo momento traslativo attuato con la *mancipatio* o con la *traditio*, visti entrambi gli atti, non solo il secondo, come oggetto di un preciso obbligo del venditore. Il quadro ricostruttivo della compravendita obbligatoria romana diventa così più coerente, determinandosi una perfetta simmetria fra la vendita di *res nec Mancipi* e quella di *res Mancipi* ¹⁰. In questo modo si evidenzia meglio il collegamento tra il momento consensuale, meramente obbligatorio, e quello del trasferimento reale: si tratta dei due aspetti inscindibili della considerazione unitaria del negozio. In questo modo, inoltre, la *mancipatio* e (ovviamente) la *traditio*, poste in essere *emptiois causa*, divengono elementi della

nienza di tale obbligo non attirava frequentemente l'attenzione dei giuristi»; così TALAMANCA, voce "*Vendita (dir. rom.)*", cit., 385.

⁹ PUGLIESE, *op. cit.*, 46 ss.; pur partendo da una prospettiva differente, giunge alla medesima conclusione secondo cui il venditore era obbligato a fare al compratore la *mancipatio* della cosa CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, cit., 426.

¹⁰ L'opinione oggi consolidata, che scorge nella compravendita consensuale romana l'esistenza di una idea "zoppa" in riferimento alle obbligazioni del venditore di *res Mancipi*, trova, come si è visto, una conferma della sua prospettazione nella stessa esistenza dei rimedi pretorili. Non si tratterebbe di un difetto contenuto nella rappresentazione moderna di quell'antico fenomeno – questo è il ragionamento –, ma di un salto logico effettivamente esistente e come tale avvertito dagli stessi giuristi romani che inventarono per la bisogna il *duplex dominium*. Quel problema venne infatti risolto non sul piano del *ius civile*, ma sul piano del *ius honorarium*, mediante gli strumenti delle *exceptiones* e dell'*actio ficticia*, quale fu appunto l'*actio Publiciana*.

Per il PUGLIESE (*op. cit.*, 52) la concessione dei rimedi pretorili, in presenza dell'obbligo del venditore di *mancipare*, assume un significato diverso. La presenza nella *mancipatio* dei testimoni comportava la necessità di un compenso e quindi succedeva spesso, in rapporto al valore e alla natura delle cose, che il compratore non avesse interesse al compimento dell'atto rituale. «Questa rinuncia alla *mancipatio* (non pattuita, bensì attuata di fatto) dovette diventare più frequente, quando il pretore con l'*exceptio doli* o *rei venditae et traditae*, da una parte, e l'*actio publiciana*, dall'altra, conferì al compratore, che non avesse proceduto alla *mancipatio*, una posizione quasi equivalente a quella del compratore acquirente con *mancipatio*».

complessiva figura della vendita e gli effetti degli atti traslativi sono inscindibilmente collegati al contratto da cui discendono ¹¹.

Al contrario, l'altra opinione, oggi considerata dominante, vede un legame esplicito tra il contratto e il suo momento traslativo nella sola *traditio*, rappresentando quest'ultima la sola obbligazione del venditore ¹².

Non avendo alcuna competenza in materia, lascio volentieri ai cultori del diritto romano la valutazione sulla fondatezza di un simile cambiamento di prospettiva e sulle implicazioni che essa determinerà.

Una cosa comunque è certa. La esistenza, al di là del semplice *habere licere*, di un preciso obbligo del venditore di porre in essere l'attività necessaria a trasferire la proprietà, insieme con il più coerente collegamento tra atto con effetti obbligatori (*emptio-venditio*) e atto con effetto reale (*traditio*, *mancipatio* e, teoricamente, *in iure cessio*), imporrà una rimeditazione delle proiezioni successive della struttura romana della compravendita, la cui influenza arriva fino alle codificazioni moderne.

Questa diversa chiave di lettura, come ha rilevato l'organizzatrice del Convegno pisano in uno scritto apparso dopo la pubblicazione degli atti congressuali, produrrà "implicazioni molto rilevanti" ¹³.

Tra le più interessanti conseguenze di questa nuova prospettazione segnaliamo, perché di esso dovremo occuparci nel presente studio, il riesame di una questione da tempo dibattuta: se il modello del trasferimento del dominio nell'ordinamento romano sia conforme alla struttura del trasferimento causale o sia piuttosto vicino a quella del trasferimento astratto, o se, invece, i due modelli coesistono.

Fino ad oggi lo schema del trasferimento causale viene individuato, sia pure con qualche riserva, solo nella ipotesi di vendita di *res nec Mancipi*, la quale consisteva di due elementi: la *traditio* della cosa e la *iusta causa*. La stretta connessione della *traditio* con la sua causa giustificativa, ossia con il contratto obbligatorio, giustificerebbe la esistenza, per le *res nec Mancipi*, di un sistema fondato sul trasferimento causale.

La nuova rappresentazione della compravendita romana, se da un lato confer-

¹¹ Sulla tematica si veda GALLO, *Il principio emptioe dominium transfertur nel periodo pregiustiniano*, Milano, 1960, 19 ss.

¹² Al riguardo occorre osservare, ed il rilievo appare convincente, che la *iusta causa usucapionis* del titolo *pro emptore*, evidenziando la volontà del tradente e dell'accipiente di trasferire *emptioe causa*, «sarebbe risultata, senz'altro, più difficile se il venditore stesso fosse stato tenuto ad eseguire un atto astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà»; così TALAMANCA, voce "*Vendita (dir. rom.)*", cit., 385, n. 848.

¹³ VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con G. Pugliese*, Milano, 1992, 45.

ma il diffuso convincimento che già da tempo individua nella *traditio* un negozio con spiccate caratteristiche causali¹⁴, consentirebbe ora di revocare in dubbio la opinione che scorge nella *mancipatio* un esempio sicuro di negozio astratto di trasferimento¹⁵. Infatti, già nella ricostruzione di diversi romanisti¹⁶, emerge l'idea che, nel caso di *mancipatio* collegata alla vendita, proprio per il fatto che l'atto rituale diviene oggetto di un preciso obbligo del venditore, non si possa più parlare di negozio astratto di trasferimento. Nel contesto della compravendita la *mancipatio*, così come certamente avviene per la *traditio*, non è autonoma e i suoi effetti sono collegati agli effetti tipici del contratto consensuale.

Anche per la *mancipatio*, a somiglianza di quanto ormai da tempo si ripete per la *traditio*, sembra prospettarsi un diverso rapporto tra il suo effetto traslativo e il contratto obbligatorio, nel senso che non sembra concepibile un valido effetto reale della *mancipatio* attuata in esecuzione di una compravendita nulla o inesistente.

Giunti a questo punto, è bene dichiarare, allo scopo di evitare fraintendimenti, che non ho alcuna intenzione di entrare nel dibattito nei termini in cui questo pare si stia avviando a seguito del prospettato cambiamento di opinioni intorno alle obbligazioni che nascevano dalla compravendita romana. Ai miei fini è importante un rilievo. Ritengo che l'esprimersi in termini di *negozi astratti* o *causali di trasferimento*, a proposito di *mancipatio* o di *traditio* collegate ad una *emptio-venditio*, significa adoperare una terminologia che non ricorre nelle fonti della giurisprudenza romana.

Nel fare una simile affermazione non mi riferisco al concetto di *negozio giuridico*. È pur vero che, nella sua prima elaborazione, tale figura rappresenta una mera definizione scientifica in quanto prodotta, in mancanza di addentellati nei dati normativi, da una mentalità illuministica, che desiderava affermare il primato della volontà dei privati. È pur vero che, solo a partire dal secolo scorso, il concetto viene consapevolmente elaborato ad opera di studiosi tedeschi del diritto privato romano. Tuttavia è altrettanto sicuro che una sua utilizzazione, come categoria generale di riferimento, non implica rischi di deformazione storica delle categorie romanistiche¹⁷. D'altra parte il termine *negotium*, nel senso moderno di negozio giuridico, trova un addentellato nelle stesse fonti romane.

¹⁴ «Si deve senz'altro accettare che la *traditio* romana realizzasse un trasferimento causale»: CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, cit., 429, n. 47. In senso decisamente contrario si veda ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 253. La *traditio*, secondo l'autore citato per ultimo, «non può definirsi altrimenti che negozio astratto».

¹⁵ ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 249.

¹⁶ VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 48.

¹⁷ ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 8.

Nel ribadire quella estraneità terminologica dalle fonti romane, non mi riferisco poi all'attributo *causale* o *astratto*, posto che il termine *causa*, nel senso di collegamento ad un precedente contratto, trova un puntuale riscontro nelle fonti romane.

Le mie riserve riguardano il significato e l'uso dell'intera espressione *negozio causale di trasferimento*: appaiono legittimi molti dubbi circa la sua concreta ricorrenza nelle fonti romane. Se la *mancipatio* o la *traditio* siano, o non siano, negozi causali di trasferimento, è una questione che può essere affrontata a patto di essere consapevoli di utilizzare, non solo termini, ma soprattutto parametri, concetti e definizioni che sono propri di ordinamenti storici diversi da quello romano. Ragionare in questo modo in tema di *mancipatio* o di *traditio*, collegate ad una compravendita, significa utilizzare schematismi moderni.

La mia sensazione risulta confortata da una importante circostanza. La stessa organizzatrice¹⁸ del Convegno pisano, nell'illustrare le nuove prospettive che probabilmente nasceranno da alcune relazioni presentate in quella occasione, e in particolare nell'interrogarsi se la *mancipatio* possa ancora considerarsi come il paradigma dell'atto astratto di trasferimento, si cura di precisare cosa intende per negozio causale di trasferimento, posto che ad esso la dottrina si riferisce in modo non univoco. Posto, aggiungo, che nel panorama dei diversi sistemi nazionali oggi esistenti, quei concetti non risultano facilmente assimilabili o comparabili se non a costo di semplificazioni che fanno correre il rischio di sintesi, a mio avviso, poco convincenti¹⁹.

¹⁸ VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 51.

¹⁹ Volendo evitare, per evidenti motivi di brevità, citazioni bibliografiche diverse dal riferimento alle relazioni contenute negli atti del Convegno pisano, propongo, per la dimostrazione del rischio appena denunciato, le opinioni di Carlo Augusto Cannata e di Rodolfo Sacco. Nonostante il prestigio dei nomi, mi auguro che le loro conclusioni non diventino, in futuro, dottrina consolidata e come tale acriticamente ripetuta.

Il primo degli autori citati giunge, nella sua relazione pisana, alla seguente conclusione. «La vendita romana delle *res nec mancipi* è rimasto il solo modello tanto per il diritto comune quanto per gli attuali diritti codificati. La registrazione del trasferimento negli appositi libri, necessaria per gli immobili, le navi, gli aereomobili e gli autoveicoli, non costituisce una moderna *mancipatio*, ma solo una formalità che, per quelle cose, sostituisce la *traditio*. È dunque in questa prospettiva che ci si deve porre, se si vuole valutare la coerenza dei sistemi moderni alla stregua del loro modello romano». CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, cit., 431.

Questa conclusione vale naturalmente per tutto ciò che non è bene mobile. Per quest'ultima categoria di cose, il Prof. Sacco raggiunge il medesimo risultato, ma percorrendo una via diversa. Infatti, seguendolo nella sua impostazione, occorre essere consapevoli che le regole operazionali che apparentemente differenziano i vari sistemi hanno spesso il sapore di formule declamatorie e come tali sono quasi sempre caratterizzate da connotati mentitori. «Il fenomeno più facile da evocare è quello del potere di trasferire efficacemente. Il sistema francese ed il si-

La questione merita un approfondimento. Il sistema del trasferimento dei diritti si presenta come un tema dominato da una grave e (per fortuna) consapevole confusione di linguaggi. Preliminarmente occorre, quindi, sgomberare il campo di ricerca da una ambiguità di fondo. Per fare chiarezza, è necessario prendere posizione su una delle due alternative seguenti.

Come prima ipotesi si può pensare ad un vizio della costruzione logica, ossia ad un difetto che emerge quando gli interpreti elaborano i concetti giuridici che servono a spiegare i dati normativi. In questa prospettiva l'origine di ogni confusione si coglie nella dottrina moderna: essa, infatti, quando si riferisce al concetto di causalità e di astrattezza, si esprime in modo equivoco.

stema italiano affidano il trasferimento della proprietà al contratto, ma dopo il contratto il venditore mantiene una possibilità di fatto di alienare il bene. Se ha venduto il mobile, lo può rivendere ad un terzo di buona fede e fargliene la consegna, ed il terzo acquisterà la proprietà» (SACCO, *Conclusioni*, Tomo II, 895). In questo modo riemergerebbe, anche per il nostro sistema attuale, la necessità della *traditio* come momento attuativo della compravendita.

Per quanto riguarda il primo dei brani citati, a parte quello che si scriverà nel presente studio, rimango fermo nella opinione che la nostra trascrizione, combinandosi con il principio della efficacia reale del contratto, non abbia niente da spartire con il sistema della vendita romana che si fondava sulla distinzione netta tra momento obbligatorio e momento traslativo. In riferimento, poi, alla autorevole opinione espressa da Sacco ed argomentata diffusamente in molte altre sue opere, essa, a mio avviso, non riesce pienamente convincente. È proprio la sua esasperata semplificazione, la causa principale dell'annebbiamento di alcuni principi logici di ordine costruttivo che non possono essere disattesi e che, a mio avviso, anzi vanno ribaditi.

Infatti, nobilitare la recente regola "possesso vale titolo", considerandola alla stregua di una eccezione limitativa del principio dell'efficacia traslativa del contratto, equivale, ad un dipresso, a sostenere che l'usucapione, in quanto modo di acquisto a titolo originario, costituisca eccezione dell'acquisto derivativo. Una simile conclusione, dal punto di vista della costruzione delle categorie giuridiche, mi sembra quantomeno audace. D'altra parte, se dobbiamo dare un senso compiuto al contenuto letterale delle norme, il presupposto dell'acquisto in buona fede del bene mobile risiede nella circostanza che l'alienante non sia proprietario; al contrario, presupposto dell'acquisto derivativo, è che il dante causa sia proprietario. Dalla differenza dei presupposti deriva che tra le due procedure acquisitive, quella del possesso del mobile e quella dell'efficacia reale, non può esistere alcuna relazione, non può esistere alcuno spazio di coincidenza. Se è vero che un ladro può far acquistare al terzo di buona fede la proprietà del mobile, è altrettanto vero che la esistenza di questa ipotesi nel nostro codice, non può condurre alla affermazione secondo cui il proprietario non può efficacemente trasmettere ad altri il suo diritto «per effetto del consenso legittimamente manifestato».

Al riguardo occorre riconoscere che gli argomenti adoperati da Sacco per costruire la sua conclusione appaiono particolarmente suggestivi: per la sicurezza dell'acquirente dei mobili il consenso non è sufficiente, si richiede anche la consegna del bene. Riappare sulla scena giuridica, anzi non è mai scomparsa, la vecchia *traditio* romana.

Richiamo l'attenzione di chi legge sull'apparente banalità dell'esempio del ladro appena fatto. Se tutta questa costruzione fosse vera, la regola "possesso vale titolo", come ha rilevato una sentenza (Corte Cost., 3 febbraio 1992, n. 25), sarebbe fortemente sospettabile di incostituzionalità.

Oppure, e veniamo alla seconda alternativa, quella babele deriva dalla peculiarità delle singole fonti del diritto che non permettono la elaborazione di concetti unitari, validi ossia per spiegare con una unica terminologia le diverse realtà storiche o spaziali. In breve gli schemi normativi degli attuali sistemi di trasferimento dei diritti sono diversi; talmente diversi che riesce impossibile rispondere al quesito se la *mancipatio* e la *traditio* erano, o non erano, negozi causali di trasferimento.

Le opinioni più accreditate, occorre riconoscerlo, propendono per la prima ipotesi. Negli ultimi tempi si è andata sviluppando, anzi consolidando, la conclusione che le contrapposizioni tra i diversi sistemi del trasferimento dei diritti, nonostante le formule declamatorie ampiamente differenziate, siano meno marcate di quello che potrebbe sembrare quando poi nel concreto si enunciano le singole regole operazionali. Come ha notato il Prof. Sacco²⁰ con la consueta e ironica arguzia che contraddistingue i suoi scritti, «le differenze maggiori stanno ahimè nei nomi, nella tassonomia, che noi, per renderla più illustre, chiamiamo dogmatica». A questo punto l'augurio espresso dall'autore è che la dottrina, smettendola di esasperare le differenze, sappia ripresentare le regole operazionali, sappia riscriverle con una tassonomia che sia potenzialmente capace di porsi a cavalcioni delle frontiere spaziali e temporali, evitando, aggiungo io, quegli equivoci terminologici che creano confusione concettuale di figure sostanzialmente identiche.

A questo punto la questione che voglio trattare nel presente scritto, proprio per l'autorevolezza delle opinioni contrarie, sembrerebbe pregiudicata in partenza. Desidero infatti scegliere la seconda delle alternative appena evidenziate. Per descrivere gli attuali sistemi dei trasferimenti dei diritti occorre prendere le mosse da una diversa prospettiva: la confusione non deriva dal linguaggio dei giuristi o dalla loro incapacità di costruire schemi unitari di funzionamento delle regole operazionali esistenti nei diversi ordinamenti. È bene sottolineare che attualmente in Europa si praticano modelli di trasferimento dei diritti, che risultano talmente diversi tra loro da impedire la creazione di concetti unitari per spiegarne il funzionamento.

Di una simile e complessa realtà è possibile fornire una prova concreta.

Al riguardo basta riflettere su una significativa sequela di avvenimenti recenti. Tra i compiti fondamentali della Comunità europea, l'art. 3 del Trattato di Maastricht ribadisce, tra l'altro, la esigenza del ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune. Per il raggiungimento di tale finalità il legislatore italiano, anche travalicando gli specifici obblighi comunitari, non ha esitato ad introdurre nell'ordinamento figure lontane dal-

²⁰ SACCO, *Conclusioni*, cit., 900.

la nostra tradizione, come il *trust* inglese²¹ o la società con un unico socio²². Nessun riavvicinamento si è invece realizzato nella materia del trasferimento dei diritti, pur non mancando i tentativi in questa direzione. In tale settore la diversità dei vari sistemi è risultata talmente accentuata che, al di fuori della normativa comunitaria, gli autori della legge uniforme sulla vendita internazionale di cose mobili²³ non hanno preso in considerazione la disciplina del trasferimento, appunto perché non era possibile mettersi d'accordo su un linguaggio comune²⁴.

Per un verso, quindi, le convenzioni internazionali o le direttive comunitarie non hanno mostrato alcuna titubanza nell'estendere oltre i confini nazionali istituti affatto peculiari nati nella esperienza giurisprudenziale di singoli Stati europei. Per altro verso il disegno di unificazione non ha sortito alcun effetto nella materia del trasferimento dei beni. Alla luce di queste circostanze, appare incongruo addebitare ai giuristi l'incapacità della creazione di una teoria unitaria della circolazione dei diritti che appaia valida per tutti i paesi europei. C'è da attendersi, però, che nel quadro delle unificazioni avviate dalla Comunità, il problema del trasferimento dei diritti acquisterà grande interesse.

Sono convinto che le differenze degli attuali sistemi europei non possono essere colmate con operazioni di ingegneria giuridica. Però sappiamo tutti che sul continente abbiamo una tradizione giuridica comune basata sul diritto romano, che è assai più antica degli Stati nazionali la cui nascita ha oggi tracciato i solchi profondi della differenziazione che non è di nomi, bensì di concetti²⁵. Da ciò, e non credo di proporre una novità, l'importanza odierna del diritto romano. I concetti di quell'ordinamento debbono servirci da alfabeto comune per costruire e tradurre le differenze moderne dei vari sistemi del trasferimento dei diritti. È un bene che gli specialisti e i cultori del diritto romano studino quel sistema senza i pregiudizi delle categorie moderne, ma è un arricchimento reciproco, per i romanisti e per i civilisti, definire i concetti moderni alla luce della loro radice comune che è appunto nel diritto romano²⁶.

²¹ Legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985.

²² D.Lgs. del 3 marzo 1993, n. 88.

²³ Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili dell'11 aprile 1980, ratificata con legge 11 dicembre 1985, n. 765.

²⁴ Sul punto, sempre per limitare le citazioni agli Atti del Convegno pisano, si vedano KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, Tomo II, 433; SACCO, *Conclusioni*, cit., 895.

²⁵ KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, cit., 434.

²⁶ È necessario comunque essere consapevoli che con una simile metodologia si possono correre notevoli rischi: in particolare quello di tingere con i colori della nostalgia la rievocazione moderna di un modello giuridico, come è stato quello romano, capace di creare assiomi che,

Fatte queste premesse è ora possibile affrontare la questione se la *mancipatio* o la *traditio*, compiute in esecuzione di una vendita, siano modelli di negozi astratti, oppure causali, di trasferimento dei diritti sulle cose. All'uopo occorre tenere presente che quel modo di esprimersi, in termini di negozio astratto o causale di trasferimento, non era proprio dei giuristi romani; occorre prendere le mosse dalla constatazione che in Europa oggi esistono sistemi di circolazione dei diritti che non consentono, per la nostra questione, risposte unitarie o, quanto meno, univoche; occorre, infine, rinnovare l'auspicio che i concetti che si ritrovano nelle fonti della giurisprudenza romana servano da guida per risolvere, almeno per il diritto italiano, il problema terminologico e concettuale del trasferimento della proprietà in conseguenza del contratto.

Detto questo è necessaria un'ultima avvertenza. Prima di affrontare il tema "causalità o astrattezza", è bene, per evitare malintesi²⁷, dichiarare la mia perso-

per la loro intrinseca razionalità, si impongono senza discussioni. Questo pericolo è stato descritto, con dovizia di argomenti, da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da Mengoni, Milano 1995, 705. Tra le altre cose, come esempio del pericolo l'autore richiama (*op. loc. cit.*, nota 28) alcune mie riflessioni sulla regola "possesso vale titolo" e contenute nel mio volume *Del possesso di buona fede di beni mobili*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano 1988, 176 ss.

Senza ombra di polemica desidero aggiungere un argomento, anzi un fatto, alla mie conclusioni di allora. Nel riepilogare i temi trattati, ribadivo che la massima "possesso vale titolo" era nata da un errore derivato dall'esplicito desiderio, tipico della cultura francese del tempo immediatamente precedente la codificazione, di allontanarsi dal diritto romano. Questo peccato originale della nuova regola della circolazione mobiliare ha costantemente accompagnato la storia delle successive edizioni legislative del beneficio, creando un inestricabile nodo: adattamenti, correzioni, tentativi di combinazioni più o meno ardite, progetti di nuove legislazioni e di accordi internazionali sono da sempre all'ordine del giorno.

Concludevo pertanto la mia analisi sulla disposizione contenuta nell'art. 1153 c.c. con una osservazione e con una previsione. Osservavo che forse aveva ragione Pothier che, di fronte al caos delle varie disposizioni e al conflitto degli interessi in ballo, non aveva altro da proporre, per la circolazione dei mobili, che il ritorno alla logica linearità del diritto giustiniano. Prevedevo che una parola definitiva sulla materia della circolazione non era stata ancora scritta, ma che essa si trovava nascosta nella poco coerente storia concettuale della regola.

Finalmente ad interrompere la immeritata fortuna della regola è intervenuta la Corte costituzionale che, con la sua sentenza del 3 febbraio 1992 n. 25, ha colpito, anche se non cancellato, la norma dell'art. 1153 c.c. proprio nella parte in cui essa si è allontanata dal modello del diritto romano. Per una più completa dimostrazione dell'assunto rinvio al mio commento alla sentenza *La chicanè processuale tra azioni possessorie e petitorie*, in *Il Corriere Giuridico*, 1992, 740.

²⁷ Osserva "il romanista e civilista tedesco" Kupisch (*op. loc. ult. cit.*), nel dichiarare la sua simpatia per il sistema causale praticato oggi in Austria e in Svizzera, che «la ricerca della verità storica oggettiva è, purtroppo, spesso e, quasi inevitabilmente, un po' offuscata da pregiudizi e preferenze, anche se si sforza di eliminarli».

nale simpatia per il nostro sistema di trasferimento della proprietà. Questo, anche se spesso viene considerato come una copia del modello francese, è invece caratterizzato da spiccati accenti di originalità e di rigore logico. Una simile precisazione può apparire molto pericolosa quando si decide di affrontare, con argomento storico, le radici del nostro sistema nel diritto romano, che appare invece caratterizzato da regole operazionali assolutamente diverse dalle nostre. Vi è, comunque, un punto favorevole da evidenziare: il nostro sistema, come quello romano, pur presupponendo il significato di negozio giuridico, fa volentieri a meno di un simile strumento concettuale nel disciplinare l'attività dei privati.

2. CONTRATTO AD EFFETTI REALI E REQUISITO DELLA CAUSA

Nel nostro ordinamento la materia del trasferimento dei diritti per atto *inter vivos* è trattata principalmente nell'art. 1376 c.c. La norma, che la rubrica dell'articolo intitola "contratto ad effetti reali", ha anche assunto il nome convenzionale di "principio consensualistico". Diciamo subito che i modi con cui si individua sinteticamente la regola, tanto il titolo indicato dallo stesso legislatore, quanto il nome con il quale tradizionalmente si designa il principio, appaiono inadeguati ad esprimere l'effettivo contenuto della disposizione. Come tutte le regole che hanno la fortuna di essere condensate in poche e conosciute parole, espressioni come "effetti reali" o "principio consensualistico", pur presentando una loro suggestiva e facile riconoscibilità, riescono allo stesso tempo ad essere fonte di molte ambiguità.

Tralasciando per il momento il problema terminologico, è opportuno premettere che la disposizione contenuta nell'art. 1376 c.c. presenta una notevole importanza teorica. Se non si individuano con esattezza i confini della regola, entra in crisi un punto centrale dell'intero ordinamento privatistico: non si riesce a delineare il concetto di proprietà che circola con il contratto. Più esattamente, posto che la nozione di proprietà è unica nel nostro ordinamento, se non si chiarisce la struttura del contratto ad effetti reali, si corre il rischio di non riuscire a capire chi è il proprietario.

Normalmente chi²⁸ si accinge a spiegare la regola, sottolinea che si tratta di una norma mentitoria, oppure, nel migliore dei casi di una formula puramente decla-

²⁸ Al riguardo è sufficiente citare le autorevoli opinioni di SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1975, 626; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, artt. 1372-1386, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 113; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 672.