



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXVIII

TITOLO TESI:

Principio consensualistico e atto di adempimento traslativo

Settore scientifico disciplinare IUS/01

Presentata da:

Cristiana Argiolas

Coordinatore Dottorato:

Prof.ssa Valeria Caredda

Relatore:

Prof. Cristiano Cicero

Esame finale anno accademico 2014/2015



La presente tesi è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in *Diritto dei contratti* dell'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 2014/2015 - XXVIII ciclo, con il supporto di una borsa finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F. S. E. 2007/2013 - obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano - Linea di Attività I. 3. 1 *“Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell’ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell’energia e dello sviluppo sostenibile, dell’agroalimentare e dei materiali tradizionali”*.

Principio consensualistico e atto di adempimento traslativo

INDICE:

<i>Introduzione:</i> Principio del consenso traslativo e autonomia privata. Valore attuale dell'accordo e finalità dell'indagine	4
--	---

Capitolo I

Principio consensualistico e principio della separazione

1. Affermazione storica del principio del consenso traslativo.....	8
2. Contratto con effetti reali. La formula dell'art. 1376 c.c. e la presunta equivalenza fra contratto e consenso.....	24
3. La necessaria causalità del trasferimento: dalla "causa lecita per obbligarsi" alla causa del contratto.....	39
4. Raffronto con il principio della separazione fra <i>titulus</i> e <i>modus acquirendi</i> . Diverse conseguenze in ordine alle disfunzioni originarie del <i>titulus</i>	45

Capitolo II

Derogabilità del principio del consenso traslativo e obbligazione di dare

1. L'effettiva portata del principio del consenso traslativo. Limitazioni e scelte di politica legislativa.....	55
2. L'obbligazione di dare.....	62
3. Deroga apparente al principio del consenso traslativo: le vendite c.d. obbligatorie.....	70
4. Profili di emersione dell'obbligazione di dare in senso tecnico. Atti di adempimento traslativi di matrice codicistica.....	77

Capitolo III

Atto traslativo e autonomia privata

Premessa: Critiche tradizionali alla figura del c.d. pagamento traslativo..... 90

Sez. I. La natura giuridica dell'atto di adempimento traslativo

1. La tesi dell'atto dovuto.....101
2. La negoziabilità del cd. pagamento traslativo: contratto o atto unilaterale?..... 108
3. *Segue.* Applicabilità della fattispecie negoziale di cui all'art. 1333 c.c. 119

Sez. II. Il problema del requisito causale dell'atto di puro trasferimento

1. La causa dell'atto di adempimento traslativo come *expressio causae* e il rimedio della ripetizione dell'indebito..... 129
2. La causa del pagamento traslativo come causa esterna e il rimedio della nullità..... 138
- 2.1 La tesi del referente causale esterno e l'evoluzione del concetto di causa..... 145
3. Note conclusive sulla causa del pagamento traslativo. Attuale rilevanza dell'*expressio causae*..... 151

Conclusioni..... 158

BIBLIOGRAFIA..... 162

ABSTRACT

Once admitted, in light of the freedom of contract, the purely defaulting nature of the *art. 1376 c.c.*, this work aims at understanding the extent to which the *principio consensualistico* can actually be waived in favor of transfer rules characterized by the separation of *titulus* and *modus acquirendi*. The obligation to transfer in a technical sense, in fact, may be considered admissible only if it does not lead to an infringement of the *principio causalistico* and the privity of contract. Because of this dual systematic requirement, an interpretative - reconstructive inspection of the transfer will only lead to recognize in the *pagamento traslativo* a unilateral juridical act that can be refused - i.e. *negozio giuridico unilaterale rifiutabile* -, according to the provision of the *art. 1333 c.c.* Juridical act to which, in light of the *art. 1324 c.c.*, extends the provisions of *art. 1325, n. 2, c.c.* The *causa* of the *pagamento traslativo*, therefore, is into the act and consist of the *causa solvendi*, that can find an objective external condition in the obligation to transfer.

Introduzione

Principio del consenso traslativo e autonomia negoziale. Valore attuale dell'accordo e finalità dell'indagine

Una riflessione attuale sull'efficacia traslativa del consenso non può prescindere dalla ricostruzione del significato effettivamente attribuibile all'inciso "*consenso delle parti legittimamente manifestato*", affrontando un duplice ordine di considerazioni, volte a determinare cosa concretamente l'art. 1376 c.c. intenda con il termine *consenso* e se, ad ogni modo, sia proprio vero, come dalla norma parrebbe, che il consenso sia da sé solo sufficiente a determinare l'effetto reale.

Figlio di un contesto storico - culturale nel quale imperava il dogma giusnaturalistico della volontà (espressione di un modello economico liberale teso ad assicurare, anche nell'ambito degli effetti giuridici, la massima espansione della libertà individuale), il principio consensualistico dev'essere oggi calato nel moderno sistema dei traffici e bilanciato con l'esigenza, parimenti fondamentale, di garantire la certezza e sicurezza degli acquisti.

Dopo aver ricostruito l'evoluzione storica che ha condotto alla sua affermazione, l'indagine prenderà, dunque, le mosse da un inquadramento sistematico dell'art. 1376 c.c., di modo che ne venga adeguatamente soppesata la portata, nonché l'effettivo raggio applicativo. A tal fine, si cercherà, in primo luogo, di determinare se vi sia una corrispondenza biunivoca fra consenso ed accordo, nonché se, per aversi contratto, sia sempre necessario il perfezionamento dell'accordo medesimo, rigidamente inteso come incontro delle reciproche volontà delle parti contraenti. Non di rado, infatti, si delineano in dottrina tendenze volte a ridurre la centralità dell'accordo e prima ancora del consenso nelle dinamiche contrattuali¹; tendenze che hanno portato a mettere in

¹ Si fa, in particolare, riferimento alle posizioni anticonsensualistiche sostenute da: G. GORLA, *La logica illogica del consensualismo e dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. Dir. civ.*, 1966; R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 15 ss.; *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in

luce l'effettiva natura dell'accordo come concetto giuridico, espressione di scelte legislative, piuttosto che fenomeno naturalisticamente apprezzabile².

D'altra parte, una volta appurato in che termini debba essere inteso il *consenso* di cui all'art. 1376 c.c., l'indagine sistematica dovrà procedere ad un'adeguata ponderazione circa l'effettiva declamata sufficienza del solo consenso ai fini del perfezionamento di un contratto valido, idoneo *ab origine* a determinare ogni effetto giuridico, obbligatorio e reale. Sotto tale profilo, si cercherà di evidenziare il rapporto fra gli artt. 1321 e 1325 c.c., al fine di rileggere l'art. 1376 c.c. alla luce di quanto sancito dall'art. 922 c.c. e così comprendere, al di là delle enunciazioni di principio, quale ruolo rivestano gli ulteriori elementi essenziali del contratto nel perfezionamento delle vicende traslative.

Si cercherà, in particolare, di porre in luce l'intima compenetrazione fra principio consensualistico e causa del contratto, che nel loro affermarsi di pari passo hanno segnato l'estensione alla fattispecie acquisitiva del diritto del rimedio della nullità per mancanza di causa. Ciò consentirà, in particolare, di valutare quali implicazioni l'affermazione del consenso traslativo abbia comportato sul piano della circolazione giuridica e della tutela dei terzi subacquirenti, anche mediante un raffronto comparatistico con gli altri ordinamenti europei, che accolgono il diverso principio della separazione.

Solo la comprensione della profonda interrelazione fra principio consensualistico e causa del contratto consentirà di poter procedere nell'indagine dell'ambito applicativo dell'art. 1376 c.c., per chiarire se ed entro quali limiti il principio in esame possa eventualmente essere derogato dai privati. Pare cioè legittimo domandarsi se il principio consensualistico sia espressione di una norma imperativa ovvero dispositiva, anche valutando se, già a livello codicistico, il modello imperniato sulla traslatività del solo consenso conviva o meno con il diverso modello della separazione. Si renderà, in

Studi in onore di P. Greco, II, Padova, 1965, p. 953 ss.; N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

² Per tale conclusione si veda, in particolare, la posizione di G. GORLA, *La logica illogica del consensualismo e dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 255 ss.

altri termini, opportuno vagliare se, in un ordinamento improntato al più ampio riconoscimento dell'autonomia privata, il principio consensualistico, com'è stato efficacemente prospettato, costituisca un dogma, ovvero una semplice tendenza³.

Del resto, se il principio della traslatività del consenso è espressione dell'esaltazione della dimensione volontaristica (di una volontà capace di spiegare i propri effetti senza necessità di attendere l'esecuzione di rigidi adempimenti formali) allora dovrebbe ritenersi contrario alla sua stessa *ratio* pretendere che l'effetto reale scaturisca sempre direttamente e immediatamente dall'accordo dalle parti raggiunto, anche quando emerga una loro diversa volontà in tal senso. Se così fosse, parrebbe, infatti, delinarsi l'imposizione di un congegno traslativo non più teso alla piena affermazione della volontà delle parti, ma addirittura contrario alla manifestazione di volontà unanime delle stesse.

Se, dunque, come pare auspicabile, si ammetta la derogabilità del principio consensualistico, il vero problema, al quale si cercherà di dare soluzione, diverrà quello di stabilire entro quali limiti possa dirsi configurabile nel nostro ordinamento una riemersione dell'obbligazione di dare in senso tecnico; quali siano, dunque, le condizioni al cui ricorrere possa dirsi legittima la previsione negoziale, con la quale le parti si limitino ad obbligarsi a trasferire, differendo l'effetto reale ad un successivo atto di attribuzione traslativa, posto in essere in adempimento del contratto teso a determinare meri effetti obbligatori.

La seconda parte dell'indagine, che ci si propone di sviluppare, sarà così incentrata sull'analisi dei requisiti strutturali e causali di un eventuale atto di adempimento traslativo che si sottragga al perimetro di diretta applicazione dell'art. 1376 c.c.; problema che si confonde e si intreccia con quello della idoneità dell'atto unilaterale alla produzione di effetti reali, nonché con quello dell'accertamento causale delle c.d. prestazioni isolate. Problematiche che dovranno essere affrontate anche alla luce di un

³ R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 878. Sul punto vedi par. 1, cap. II.

ripensamento della centralità dell'accordo - *rectius* del contratto - nelle vicende circolatorie.

Capitolo I

Principio consensualistico e principio della separazione

1. Affermazione storica del principio del consenso traslativo.

L'affermazione del principio dell'efficacia traslativa del consenso, in ragione del quale il trasferimento o la costituzione del diritto è effetto immediato del contratto, è stata il risultato di una lenta evoluzione storica che, nella prospettiva dell'esaltazione della volontà umana, ha condotto al tendenziale superamento del differente modello traslativo, imperniato sulla regola dell'investitura formale quale requisito imprescindibile per la trasmissione del diritto⁴.

Difatti, nell'esperienza del diritto romano classico⁵, che ha influenzato le elaborazioni della pandettistica tedesca, il contratto era diretto esclusivamente alla costituzione di rapporti obbligatori. L'acquisto della proprietà a titolo derivativo, lungi dall'essere conseguenza immediata dell'accordo raggiunto dalle parti sulla funzione socio - economica pattiziamente programmata, avveniva per il tramite di atti traslativi tipici (la *mancipatio*, l'*in iure cessio* e la *traditio*)⁶. Così, la *conventio*, l'accordo sullo scopo pratico perseguito con il negozio, assumeva rilevanza ai fini del trasferimento nella sola ipotesi della *traditio*, fattispecie acquisitiva avente natura causale, integrata dalla consegna della cosa⁷. La compravendita romana non era dunque preordinata al

⁴ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.* fondato da F. Vassalli, VII.1, Torino, 1993, p.82 ss.

⁵ Sul tema del trasferimento della proprietà nel diritto romano, fra i tanti, si vedano: G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo I, Milano, 1991, p. 25 ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991, p. 413 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss.

⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss.

⁷ *Mancipatio* ed *in iure cessio* si configurano come atti di attribuzione formali ed astratti, che non costituiscono adempimento dell'obbligazione scaturente dal contratto obbligatorio, ma,

trasferimento del diritto, ma da essa scaturiva la mera obbligazione in capo all'alienante di *possessionem tradere*⁸, ossia di immettere il compratore nella materiale

prescindono, astraggono per l'appunto dal *titulus*, mantenendo rispetto ad esso piena autonomia. In quanto tali sono idonei a determinare l'effetto reale anche indipendentemente dall'esistenza e dalla validità del negozio a monte. In buona sostanza, ben poteva darsi che, nonostante l'*emptio - venditio* fosse stata conclusa, la successiva fattispecie acquisitiva non venisse posta in essere, senza che ciò desse luogo ad un'ipotesi di inadempimento negoziale, proprio perché non si ravvisava alcuna connessione logica fra il contratto ed il successivo modo acquisitivo. Se la successione fra *titulus* e *modus acquirendi* fosse venuta a mancare, l'acquisto del diritto si sarebbe prodotto a titolo originario, per effetto del decorso del termine richiesto per l'usucapione, e l'*emptor*, che avesse conseguito il possesso ma non la correlata situazione di diritto, avrebbe potuto tutelarsi sperando, o l'*actio Publiciana*, nell'ipotesi in cui fosse convenuto in giudizio con azione recuperatoria da parte del terzo, reale *dominus* (caso in cui difetti la legittimazione a disporre dell'alienante), ovvero l'*exceptio doli* o l'*exceptio rei venditae e traditae*, qualora l'azione volta alla restituzione della *res* fosse stata intentata da parte dello stesso venditore.

Così non era invece nell'ipotesi della *traditio*, ossia la materiale consegna della *res Mancipi* o *nec Mancipi*, fattispecie acquisitiva causale, fondata pertanto sulla validità del rapporto obbligatorio a monte. Intanto la consegna era validamente posta in essere in quanto ricorresse una *iusta causa traditionis* (ad es. *emptio - venditio*, *donatio*, *solutio*).

In tal senso si vedano A. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo I, Milano, 1991, p. 119 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, in *Monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, 2008, p. 11, in particolare nota (19).

⁸ La questione è in verità controversa nella dottrina romanistica. Da un lato, infatti, la dottrina maggioritaria ritiene che si debba escludere che effetto naturale dell'*emptio - venditio* sia il sorgere di un'obbligazione di dare, cfr. V. ARANGIO - RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss.; dall'altra, invece, si registrano taluni orientamenti inclini ad ammettere che dall'*emptio - venditio* sorga in capo all'alienante una vera e propria obbligazione di trasferire la proprietà al compratore, cfr. G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo I, Milano, 1991, p. 25 ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991, p. 413 ss.; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 55, il quale, in una comparazione con l'attuale diritto positivo, qualifica l'obbligazione assunta dal venditore con l'*emptio - venditio* come vera e propria obbligazione di dare, intesa nell'accezione di trasferire la proprietà all'*emptor*. Di contrario avviso risulta, invece, L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO, I, La

disponibilità del bene, mentre l'effetto reale si realizzava, al ricorrere di determinati requisiti⁹, quale conseguenza ulteriore della *traditio*, cioè dell'atto di esecuzione del contratto con cui l'acquirente veniva immesso nel possesso¹⁰.

Se ne deduce che il trasferimento del diritto era congegnato tramite un meccanismo bifasico imperniato sulla scissione fra *titulus acquirendi*, la cd. *iusta causa traditionis*, il negozio bilaterale fonte di meri effetti obbligatori, ed in particolare dell'obbligazione di consegna, che costituiva la ragione giustificativa del trasferimento, ed il successivo *modus acquirendi*, l'effettiva fattispecie acquisitiva del diritto per il solo tramite dell'atto di investitura materiale.

La necessità della consegna quale generale mezzo di trasmissione della proprietà, nel rispetto della tradizione romano - classica, si diffonde anche nei primitivi sistemi

struttura e l'adempimento, II, 2014, p. 317, nota (61), che, rilevando l'equivoco nel quale sarebbe incorso il MOSCATI, sottolinea come l'*emptio - venditio* consensuale non ponesse in alcun modo in capo al venditore un obbligo di dare, giacché la prestazione richiesta al venditore era piuttosto quella di *possessionem tradere*.

⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, precisa che la *traditio* è essenzialmente un modo di trasferimento del possesso, per cui devono concorrere ulteriori presupposti e requisiti affinché si addivenga al trasferimento della proprietà: l'intenzione del *tradens* di trasferire e dell'acquirente di acquistare il possesso e, in particolare, la *iusta causa traditionis*, l'accordo sullo scopo per cui avviene la consegna. Si tratta di un negozio giuridico bilaterale, la cui funzione economico - sociale trova attuazione nella *traditio*. È interessante precisare che la *iusta causa traditionis* non presuppone che lo scopo sul quale le parti raggiungono l'accordo sia concretamente realizzabile. L'effetto reale si produce, dunque, a prescindere dalla realizzabilità della causa, residuando eventualmente in favore dell'alienante un'*actio in personam* nei confronti dell'*accipiens* per rimuovere gli effetti già prodottisi.

¹⁰ M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 378 ss., rileva che, in D. 19.4.1. pr., Paolo enuncia con molta chiarezza gli obblighi del venditore. Mentre il compratore assume un'effettiva obbligazione di trasferire la proprietà dei *nummi* al venditore, quest'ultimo assume, invece, l'obbligazione di tenere indenne il compratore dal danno derivante dall'evizione della cosa (*ob evictionem se obligare*), in genere mediante *stipulatio*, e, inoltre, l'obbligazione di *possessionem tradere*, ossia di trasferire il possesso al compratore.

germanici¹¹ e si afferma nel diritto comune, sebbene si assista ad un lento fenomeno di erosione del principio¹².

Al fine di favorire la rapidità dei traffici, nelle regioni di *droit coutumier*, di diretta tradizione romanistica, si assiste infatti alla preponderante diffusione di forme di *traditio* spiritualizzate¹³ o meramente simboliche, che conducono ad un progressivo superamento del principio che subordinava il trasferimento alla materialità della consegna. Sempre più di frequente la prassi notarile del periodo medievale si caratterizza per l'inserimento nei contratti traslativi delle clausole del *constitutum*

¹¹ C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 82; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Torino, 1999, il quale rileva come, negli ordinamenti germanici, la consegna, quale atto di immissione nel possesso, fosse indispensabile per il trasferimento del diritto. Si sottolinea la necessità, tanto per i beni mobili, quanto per gli immobili, di un atto di materiale investitura ai fini del trasferimento. L'acquisto del diritto e la titolarità delle prerogative riconosciute al proprietario erano subordinate al conseguimento della *Gewere*, ossia l'atto di immissione nel possesso, con il quale veniva attribuito il potere di fatto sulla cosa.

¹² Benché sempre formalmente affermato, in verità il modello bifasico imperniato sulla *traditio* traslativa iniziò ad essere messo in crisi già nel diritto romano del tardo - antico. Nelle province ellenizzate dell'Impero il sistema traslativo era infatti ispirato alla tradizione giuridica greca, nella quale non era contemplata la scissione fra contratto obbligatorio e successivo atto di adempimento traslativo. Il trasferimento del diritto si realizzava per effetto dell'accordo fra le parti sulla funzione socio - economica del contratto, accompagnato da altri requisiti, quali il pagamento del prezzo ovvero la redazione di apposito documento, mentre la consegna, l'atto materiale di investitura, non aveva alcuna rilevanza ai fini del trasferimento. Quando, a seguito dell'emanazione della *constitutio Antoniniana*, la cittadinanza romana venne estesa a tutte le province dell'Impero, i *novi cives* si opposero all'affermazione del sistema romano, che venne tenacemente difeso per tutto il III sec. d. C. (Diocleziano riaffermava infatti in C. 2.3.20 del 293 d. C. che *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*), e le tendenze delle province ellenizzate iniziarono a diffondersi e ad influenzare il sistema romano. Così con Costantino tali concezioni vennero accolte nel diritto imperiale, per cui la distinzione fra accordo e successivo atto traslativo risulta tendenzialmente abbandonata. Inizia, pertanto, proprio in questa fase il fenomeno di spiritualizzazione della *traditio*, con la diffusione nella prassi del meccanismo del *constitutum possessorium*. Nel diritto bizantino tendono così ad affermarsi forme di trasferimento nelle quali si fa esplicitamente a meno della consegna materiale della cosa e ci si accontenta della menzione della *traditio* nel documento (*παράδοσις*). Si veda in tal senso M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 438 ss.

¹³ L. FERRI, *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja - Branca, libro VI, *Tutela dei diritti*, art. 2643 - 2696, Bologna - Roma, 1977, p. 2 ss.

possessorium e della *traditio brevi manu*, per effetto delle quali la consegna risulta priva di ogni esterioresità e di fatto il trasferimento si realizza in virtù del solo consenso¹⁴. Così, nella pratica negoziale francese la consegna materiale viene lentamente sostituita dalla previsione di clausole di spossessamento – impossessamento¹⁵, clausole di stile, che si ritengono tacitamente convenute anche quando il contratto non ne faccia menzione¹⁶.

Se formalmente il meccanismo bifasico tradizionale pare ineccepibile, nella sostanza, invece, il trasferimento inizia a prescindere dalla consegna, quale atto di materiale investitura, scaturendo direttamente dall'accordo raggiunto dalle parti con il contratto. Per effetto della prassi consuetudinaria, mediante i meccanismi della *traditio ficta*, il *modus acquirendi* inizia così ad essere inglobato nel *titulus* e, nonostante le enunciazioni tengano ferma la necessità della consegna, di fatto, il trasferimento si realizza in virtù del solo consenso.

E tale tendenza trova certamente terreno fertile nell'epoca dei lumi, dove la prassi consuetudinaria francese si intreccia con le correnti di pensiero giusnaturalistiche¹⁷.

¹⁴ Con il costituito possessorio, infatti, il venditore aliena il diritto sul bene, al contempo però riservandosi sullo stesso l'usufrutto o contestualmente concludendo un contratto di locazione, con il quale ne diviene conduttore. È del tutto evidente come, in simili ipotesi, non vi sia alcuna necessità di procedere alla materiale consegna, perché il venditore già prima della conclusione del contratto, si trova nella materiale disponibilità del bene. Allo stesso modo la consegna non sarà necessaria nella *traditio brevi manu*, con la quale il trasferimento del diritto avviene in favore di un soggetto che già si trova nella materiale disponibilità del bene (ad es. vendita in favore del conduttore dell'immobile). In queste ipotesi la consegna è solo consensuale ed è il mutamento del titolo a determinare l'*interversio possessionis*.

¹⁵ Si fa in particolare riferimento alla clausola di *dessaisine – saisine*, che almeno per i beni immobili si era ridotta a clausola di stile ed il cui inserimento negoziale comportava, secondo taluni autori (si veda in particolare MARCADÉ, *Spiegazione teorico – pratica del codice Napoleone*, libro III, titolo III, nn. 487 ss. e libro III, titolo VI, cap. I, ed. Palermo, 1856), ammettere sostanzialmente che il trasferimento derivasse dalla volontà delle parti, nonostante venisse conservato il principio che la proprietà si trasmette con la sola tradizione.

¹⁶ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dr. civ. fondato da F. Vassalli*, VII.1, Torino, 1993, p.83 s.

¹⁷ In merito all'influenza delle correnti di pensiero giusnaturalistiche nell'elaborazione del Codice napoleone si veda, in particolare, U. PETRONIO, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in

Occorre infatti precisare che, nonostante la varietà delle posizioni dottrinali¹⁸ e benché l'incidenza del giusnaturalismo sull'affermazione del principio consensualistico sia stata probabilmente meno determinante di quanto a lungo la dottrina abbia ritenuto, l'esaltazione della ragione, della volontà dell'uomo, posta al centro dell'universo giuridico, ha certamente facilitato il superamento del modello tradizionale e favorito il riconoscimento di un congegno traslativo snello, per il quale il solo consenso (o meglio,

Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica, a cura di L. VACCA, tomo I, Milano, 1991, p. 169 ss.

¹⁸ Le correnti di pensiero giusnaturalistiche non erano unanimi nel riconoscere la sufficienza del consenso fra le parti al fine del trasferimento del diritto ed anzi in taluni casi avevano nettamente rifiutato tale impostazione, dimostrandosi, invece, fedeli alla tradizione romano - classica. In questi termini, DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouv. ed., Paris, 1777, configura la vendita come "*une convention par laquelle l'un donne una chose pour un prix d'argent en monnoie publique, et l'autre donne le prix pour avoir la chose*", limitando le obbligazioni del venditore esclusivamente a quelle di consegnare la cosa e di assicurarne il pacifico godimento. Così L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 14, richiamata da A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 70, e da P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Milano, 1999, p. 25, nota 74, rileva come "*Domat giunse a configurare la vendita, contratto consensuale, come fonte per il venditore del solo obbligo di consegnare e garantire*". L'A. pare dunque ribadire l'impostazione propria del diritto comune, secondo la quale il contratto resta produttivo di meri effetti obbligatori, mentre l'effetto reale consegue alla sola *traditio*, seppur, al ricorrere di determinate circostanze, possa ridursi alla forma simbolica. Nel pensiero di Domat, pur sensibile alle dottrine giusnaturalistiche, rimane così salda la tradizione romano - classica della separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*.

Allo stesso modo, secondo POTHIER, *Traité des obligations*, in *Traité*, 2° ed., Paris, 1781, p. 64, il venditore è obbligato a *rem tradere*, ossia a porre in essere la *traditio* traslativa, che "*ripeterebbe quell'impossessamento della cosa libera in natura in cui molti vedevano il primo manifestarsi del diritto di proprietà*" secondo P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Milano, 1999, p. 25.

Il *Code Civil* veicola dunque il pensiero di Domat e Pothier, per cui, pur recependo all'art. 1138 la necessità dell'obbligazione di consegna, la totale spiritualizzazione dell'atto di adempimento ha condotto i primi interpreti a recepire il netto distacco dalla tradizione, enfatizzando gli spunti innovativi emersi dalla prassi del diritto consuetudinario.

l'accordo causale) è sufficiente a produrre l'effetto reale, senza necessità di ulteriori formalità esecutive¹⁹.

È dunque in un simile clima culturale, nel quale la tradizione del diritto romano classico si affianca alle tendenze del diritto consuetudinario ed alle declamazioni illuministiche, che viene elaborato e promulgato il *Code Civil* del 1804, che, al fine di accentuare il carattere nazionale francese del nuovo codice²⁰ e di segnare una netta rottura con l'ordinamento prerivoluzionario, per primo consacra un modello traslativo di tipo consensualistico, optando per il superamento della tradizione e recependo la prassi che già si era diffusa nelle regioni di *droit coutumier*.

In verità, però, le norme codicistiche in cui gli intenti del legislatore francese hanno trovato espressione sono di incerta formulazione, ponendosi, per così dire, a metà strada fra l'affermazione, ancora una volta, di un contratto ad effetti meramente obbligatori ed il riconoscimento invece della sua capacità di spiegare anche effetti reali.

Infatti, l'art. 1138 *Code Civil* prevede che "*l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parts contrancts. Elle rend le créancier propriétaire*" e, inoltre, con particolare riferimento al contratto di compravendita, l'art. 1583 *Code Civil* precisa come "*elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à la acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose e du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*".

¹⁹ Sulla sufficienza della volontà a trasferire la proprietà secondo il diritto naturale si era in particolare pronunciato U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, III, 6, 1; III, 12, 15. Tuttavia, occorre rilevare che, secondo l'A., sebbene per il diritto naturale il consenso possa essere sufficiente al trasferimento della proprietà, risultano del tutto giustificate le scelte di diritto positivo, che richiedano ai fini del perfezionarsi del trasferimento una *traditio ex iusta causa*, giacché solo l'effettivo spossessamento è in grado di assicurare la serietà dell'impegno traslativo, evitando alienazioni avventate (*temerariae*) e ripensamenti in ordine all'intento traslativo (*poenitentia*).

²⁰ P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Torino, 1999, p. 28 ss., secondo il quale le ragioni dell'accoglimento del principio del consenso traslativo nel *Code Civil* sono state pressoché ideologiche, improntate al superamento delle regole romanistiche, studiate in contesti accademici strettamente legati alla monarchia, e volte a recepire pratiche giuridiche diffuse nei territori francesi già anteriormente all'epoca della codificazione.

Entrambe le disposizioni citate paiono porre in discussione *prima facie* una piena affermazione del principio della traslatività del solo consenso nel *Code Civil*.

Alla stregua della prima, il trasferimento pare pur sempre intermediato dall'obbligazione di consegna, alla quale si dà tuttavia adempimento mediante una *traditio ficta*; l'obbligazione si ritiene già adempiuta al momento stesso della conclusione del contratto, per effetto del mero accordo fra le parti. Vi è dunque un sostanziale recepimento da parte del legislatore francese del meccanismo del costituito possessorio affermatosi nel diritto consuetudinario, per cui a livello formale non pare del tutto superata la necessità della consegna, anche se, di fatto, è privata di ogni materialità e del tutto spiritualizzata, perché considerata *ex lege* già tacitamente adempiuta al momento della conclusione del contratto²¹. Pertanto, seppur dal combinato disposto degli artt. 1138 e 711 *Code Civil*²² emerga come il legislatore francese distingua ancora formalmente fra atto di alienazione ed esecuzione²³ ai fini del trasferimento, risulta tuttavia evidente che il *modus* non sia più concepibile come indipendente dal *titulus*: è lo stesso contratto causale a costituire, al contempo, ragione giustificativa e fattispecie acquisitiva del diritto, in forza dell'adempimento implicito dell'obbligazione di dare, che si considera già eseguita in virtù dell'accordo nel momento stesso in cui è sorta²⁴.

Ma le incertezze sull'efficacia traslativa del consenso emergono anche dal citato art. 1583 *Code Civil*, il quale aveva indotto parte della dottrina francese a ritenere che in

²¹ J. GHESTIN, *Riflessioni di un civilista francese sulla clausola di riserva della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 440, il quale rileva che "il trasferimento della proprietà, nel sistema risultante dal Codice Civile, costituisce un effetto meramente legale del contratto di vendita".

²² L'art. 711 *Code Civil* prevede che "la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations". Fra i modi di acquisto della proprietà non è dunque contemplato il contratto, ma l'obbligazione, il cui adempimento determina l'effetto reale.

²³ P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 155 ss.

²⁴ R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, 1, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 720 s.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 28 ss.; MARCADÉ, *Spiegazione teorico-pratica del codice Napoleone*, libro III, titolo III, nn. 487 ss. e libro III, titolo VI, cap. I, ed. Palermo, 1856.

verità l'accordo fosse sufficiente a trasferire una proprietà per così dire "relativa"²⁵, nei soli riguardi del venditore, mentre l'acquisto del diritto assoluto, come tale opponibile *erga omnes*, sarebbe invece conseguenza delle necessarie formalità ulteriori: la consegna per i beni mobili e la pubblicità per gli immobili. Se, dunque, risultava chiaro che il contratto causale fosse sufficiente a trasferire la proprietà o il diverso diritto fra le parti, residuava il dubbio se tale efficacia avesse anche rispetto ai terzi. Ed infatti, oltre all'incerto tenore letterale dell'art. 1583, il *Code Civil* non si era pronunciato in ordine al mantenimento della disciplina di cui alla Legge dell'11 brumaio anno VII (1 novembre 1798), che all'art. 26 stabiliva che, in difetto di trascrizione, gli atti traslativi di diritti reali immobiliari non potessero "*etre opposé aux tiers, qui auraient contracté avec la vendeur*"²⁶. E, peraltro, la legge 23 marzo 1855, successiva all'emanazione del *Code Civil*, in merito alla pubblicità immobiliare, all'art. 3 disponeva che "*fino alla trascrizione, i diritti risultanti dagli atti e sentenze enunciati negli articoli precedenti, non possono essere opposti ai terzi, che hanno diritti sull'immobile e che li hanno conservati conformandosi alla legge*"²⁷. Benché l'equivocità di tali previsioni avesse indotto una linea di pensiero a ritenere sempre necessarie consegna e pubblicità immobiliare affinché il trasferimento potesse dirsi perfezionato rispetto ai terzi²⁸, tale ultima ricostruzione ben presto fu

²⁵ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dr. civ. fondato da F. Vassalli*, VII.1, Torino, 1993, p.84 s.

²⁶ G. VETTORI, *Consensus traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 18 ss.

²⁷ Cfr. C. DEMOLOMBE, *Corso del Codice Civile*, prima versione italiana, a cura di G. DE FILIPPO e G. TUCCI, XII, *Trattato dei contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, Napoli, 1871, libro III, tit. III, cap. II, p. 445 ss., in merito alle modifiche al *Code Civil* introdotte dalla L. 23 marzo 1855, relativa alle formalità della trascrizione per gli atti tra vivi traslativi della proprietà immobiliare a titolo oneroso.

²⁸ Sul punto si veda, in particolare, C. DEMOLOMBE, *Corso del Codice Civile*, prima versione italiana, a cura di G. DE FILIPPO e G. TUCCI, XII, *Trattato dei contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, Napoli, 1871, libro III, tit. III, cap. II, p. 413 ss., secondo cui "*la traslazione della proprietà tra le parti, e la traslazione della proprietà rispetto ai terzi non si confondono assolutamente, la verità è che si avvicinano assai l'uno all'altro. Forse, in fatti, la proprietà non è un diritto assoluto, erga omnes!*". Si vedano in particolare ID, p. 434- 487, con specifico riferimento all'efficacia del trasferimento rispetto ai terzi, per la quale, nel pensiero dell'A. si rende necessaria la trascrizione per i beni immobili e la tradizione per i mobili.

abbondonata per cedere il passo all'affermazione del principio della piena traslatività del consenso, tanto fra le parti, quanto rispetto ai terzi²⁹.

Del resto è evidente che non abbia senso alcuno parlare di trasferimento della sola "proprietà relativa", poiché, o il diritto di proprietà è assoluto, o non è il diritto di proprietà. Il rapporto fra contratto traslativo e formalità ulteriori richieste dal legislatore deve, dunque, essere spiegato facendo riferimento ad un piano diverso ed ulteriore, che non è quello della successione nel diritto, il quale si trasferisce inalterato nella sua assolutezza dal dante causa all'avente causa, ma, come meglio si vedrà in seguito, è quello dell'efficacia che il titolo d'acquisto riveste rispetto ai terzi, nell'ottica della circolazione giuridica e della sua insita esigenza di assicurare la certezza dei traffici³⁰.

Dottrina³¹ e giurisprudenza³² sono state così determinanti nel cogliere la portata innovativa intrinseca delle citate previsioni codicistiche, eliminando, mediante una fondamentale attività interpretativa, ogni residuale intralcio formalistico che si frapponeva alla piena affermazione del principio del consenso traslativo, portando così alla massima espressione ed esaltazione quelle tendenze che già serpeggiavano nel diritto consuetudinario.

Nonostante le rilevate imprecisioni ed incertezze redazionali, l'inquadramento sistematico delle norme cardine del sistema nel complessivo impianto codicistico ha così consentito agli interpreti di affermare esplicitamente che l'effetto reale sia

²⁹ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, 1995, p. 22.

³⁰ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, 1995, p. 18 ss.; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p.19 ss.

³¹ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, in *Theorie des modes d'acquisitions de droits réels et des sources des obligations*, ed.1900, p.53; R. TROPLONG, *De la vente*, 5° ed., titolo I, in *Le droit civil expliqué*, Paris, 1856, p. 8 e 13; V. MARCADÉ, *Spiegazione teorico - pratica del codice Napoleone*, libro III, titolo V, sub. Art. 1583, n. 11, ed. Palermo, 1856, il quale, in particolare, rileva che "*la propriété des choses mobilières se transmet ainsi à l'égard des tiers par le seul consentement*"; AUBRY e RAU, *Cours*, 5° ed., tit. IV, p. 340, secondo cui "*la propriété de la chose vendue est en general transmise à l'acquéreur même à l'égard des tiers, par le seul effet du contrat*".

³² Cfr., fra le tante, Cass. 1 maggio 1860, in *D.*, 1860, I, p. 236 ss; App. Bordeaux, 15 luglio 1857, in *D.*, II, 1857, p. 185 ss.

immediatamente e tecnicamente imputabile al solo contratto causale. È perciò l'accordo a costituire in definitiva la fattispecie acquisitiva del diritto, mentre l'adempimento dell'obbligazione di consegna ovvero l'esecuzione delle formalità pubblicitarie attengono non già al piano del trasferimento del diritto, quanto piuttosto a quello della sua opponibilità ai terzi, al fine di dirimere eventuali conflitti fra aventi causa di diritti incompatibili da un comune autore.

Del resto, tali conclusioni paiono senz'altro desumibili dalla previsione di cui all'art. 1589 *Code Civil*, secondo la quale "*la promesse de vente vaut vente*"³³, ossia l'accordo produce sempre l'effetto reale anche quando le parti si siano limitate ad obbligarsi a trasferire. E se l'accordo con cui le parti si obbligano a dare è di per sé immediatamente traslativo, non può che cogliersi in tale previsione il radicale superamento della scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*. L'effetto reale diviene così conseguenza irrinunciabile e necessaria del contratto causale, giungendo ad un'exasperazione del consensualismo, teso quasi a negare l'ammissibilità di una convenzione privata che contempra un'obbligazione di dare³⁴.

Pertanto il Codice Napoleone, tramite l'opera dei primi interpreti francesi, afferma l'inutilità di un *modus acquirendi* distinto dal *titulus* e dell'elemento meramente di stile della *traditio ficta*, proclamando sostanzialmente l'efficacia traslativa del contratto causale ed estendendola a tutte le fattispecie traslative³⁵.

³³ In merito all'equiparazione fra la promessa di vendita e vendita definitiva, si vedano: G. ASTUTI, *Promesse de vente vaut vente*, in *Riv. dir. st. dir. it.*, 1953/54, p. 247 ss.; R. SACCO, *Relazione di sintesi*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991, p. 868 ss.

³⁴ A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 28 s e 78 ss., il quale rileva come "*il collegamento codicistico tra l'effetto reale e la conclusione del contratto obbligatorio portò gli interpreti a negare in radice l'ammissibilità di un'obbligazione di trasferire negoziabilmente la proprietà*".

³⁵ Il *Code Civil* estende l'efficacia reale anche alla donazione. L'art. 938, infatti, dispone che "*la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition*". Proprio da tale disposizione e dal menzionato art. 1589 *Code Civil* risulta sistematicamente desumibile una piena affermazione dell'efficacia traslativa del consenso.

Com'è noto, il sistema fatto proprio dalla codificazione francese è stato recepito, dapprima, nelle legislazioni degli ordinamenti preunitari³⁶, per poi confluire nel codice civile italiano del 1865, che all'art. 1125 c.c.³⁷ si affranca dalla formula del costituito possessorio, alla quale, come si è visto, risultava ancora formalmente ancorato l'art. 1138 *Code Civil*. Infatti, tale disposizione non fa più riferimento all'intermediazione, seppur meramente formale, dell'obbligazione di consegna, ma afferma esplicitamente che il diritto si trasferisce per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato, divenendo così l'art. 1125 del codice civile previgente il chiaro antecedente storico dell'attuale art. 1376 c.c.

Ma l'opzione legislativa per l'imputazione dell'effetto reale al solo contratto causale pare altresì desumibile dall'art. 1448 c.c. abrogato, ai sensi del quale, la vendita è perfetta fra le parti e la proprietà si acquista di diritto dal compratore nei riguardi del venditore, nel momento in cui si è raggiunto l'accordo sul prezzo e sul bene oggetto del trasferimento, con una formulazione analoga a quella dell'art. 1583 *Code Civil*, che parrebbe circoscrivere l'efficacia reale ai soli rapporti fra le parti. Tuttavia, l'art. 1447 c.c., nella definizione del contratto, fa primariamente riferimento all'obbligo in capo al venditore di trasferire la proprietà al compratore, profilandosi, dunque, il tramite logico dell'obbligazione di dare, la quale, così come nel sistema francese, si considera tacitamente adempiuta fin dal momento del suo sorgere.

In verità, pertanto, nel codice civile del 1865, la formula del costituito possessorio esce dalla porta per rientrare dalla finestra, in quanto, seppur superata dall'enunciazione generale di cui all'art. 1125 c.c., viene poi riaffermata dal combinato disposto degli artt. 1447 e 1448 c.c. Possiamo così rilevare come nel codice civile abrogato convivessero sostanzialmente due distinte tendenze, l'una protesa verso la chiara enunciazione del principio consensualistico, l'altra legata al modello incerto,

³⁶ In particolare, lo Statuto Albertino del 1838, all'art. 1229, enunciava il meccanismo della *traditio ficta*, pur sempre necessario al trasferimento della proprietà.

³⁷ L'art. 1125 c.c. abr. disponeva infatti che *"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 delle parti legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione"*.

non ancora esplicito, di derivazione francese, in cui il contratto pare, almeno dal punto di vista testuale, produttivo di soli effetti obbligatori. Ne derivava, dunque, una manifesta disomogeneità del tessuto normativo codicistico, che aveva indotto parte della dottrina italiana a sollevare non poche remore rispetto alla proclamata recezione del modello traslativo consensualistico³⁸.

A ben guardare, però, l'efficacia meramente obbligatoria del contratto causale, ancora enunciata da talune norme, pare solo il frutto di una *fictionis iuris*, per cui, esattamente come per il *Code Civil*, l'obbligazione di dare in capo al venditore costituisce un'intermediazione di carattere puramente fittizio. La formulazione, pur ancora in parte imperfetta³⁹ delle disposizioni del codice previgente, non consente dunque di porre in dubbio il recepimento del modello traslativo francese, nel quale in definitiva non è più dato distinguere fra contratto causale e atto di adempimento traslativo, poiché, come si è visto, è lo stesso accordo a costituire in sé esecuzione intrinseca dell'obbligo di dare.

Peraltro, ulteriore conferma della sola traslatività dell'accordo causale pare desumersi dal tenore dell'art. 1459 c.c. abrogato, che dichiara nulla la vendita civile di cosa altrui⁴⁰, analogamente a quanto disposto dall'art. 1599 *Code Civil*. Difatti, se

³⁸ Forti critiche rispetto all'enunciazione del principio del consenso traslativo nel codice civile del 1865 furono sollevate da F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 88, il quale affermò chiaramente che le formule utilizzate dal legislatore del 1865 fossero univoche nell'escludere la riproposizione del consensualismo di derivazione francese; ma, fra i tanti, si vedano anche T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, Napoli, 1891, p. 1 ss.; E. PACIFICINI - MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, ed. 4°, tit. V, Firenze, 1913, p. 4 ss.; E. GIANTURCO, *Contratti speciali*, vol. II, Napoli, 1905, p. 20 e 32; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, v. IV, tit. I, Torino, 1878, p. 262 ss.; A. RAMELLA, *La vendita nel diritto moderno*, vol. I, Milano, 1920, p. 106 ss.; L. TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, ed. 6°, Torino, 1936, p. 225 ss.; G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Annali Univ. Perugia*, 1936, p.1 ss.; ID, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 255 ss.

³⁹ Così è definita la formulazione dell'art. 1447 c.c. abr. da L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, v. IV, tit. I, Torino, 1878, p. 262.

⁴⁰ È necessario, peraltro, precisare che, mentre la vendita civile di cosa altrui era dichiarata nulla dall'art. 1459 c.c. abrogato, l'art. 59 del cod. comm. 1882 dichiarava invece la validità della vendita commerciale di cosa altrui e recitava per l'appunto che, con essa si "obbliga il venditore a farne l'acquisto e la consegna al compratore". Taluni, v. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e*

l'alienante non ha il potere di disporre del diritto al momento della conclusione del contratto, il suo difetto di legittimazione non può che impedire radicalmente il verificarsi di un trasferimento contestuale, alla stregua del principio per cui *nemo plus iuris ad aliud tranferre potest quam ipse haberet*, precludendo così l'immediata traslatività del contratto. Ne deriva, dunque, che la nullità della vendita di cosa altrui sia anch'essa un evidente indice sintomatico di un sistema traslativo, in cui il superamento della separazione fra *titulus e modus acquirendi* si è ormai spinto fino al punto da negare la validità di un accordo con il quale le parti differiscano anche solo sul piano cronologico l'effetto reale, il quale deve discendere immediatamente dall'accordo raggiunto dalle parti sulla funzione socio - economica programmata con la conclusione del contratto.

A tal riguardo è però necessario precisare che, se i primi commentatori francesi all'art. 1599 *Code Civil* catalogarono tale invalidità in termini di nullità assoluta, così avallando un'interpretazione rigida, tesa ad escludere un trasferimento non temporalmente contestuale rispetto alla conclusione del contratto, in seguito iniziarono invece a profilarsi ricostruzioni più flessibili, che condussero a degradare l'invalidità negoziale della vendita di cosa altrui a mera nullità relativa o comunque a ricondurla agli schemi dell'impugnativa a favore della sola parte acquirente⁴¹. In questo modo la dottrina francese iniziò ad ammettere il differimento cronologico dell'effetto reale, pur sempre imputabile al solo contratto causale, senza mai "rilegittimare un atto traslativo distinto dal contratto"⁴².

trasferimento della proprietà, Milano, 1990, p. 92, ravvedono in tale obbligazione del venditore un'obbligazione di dare, per cui il trasferimento del diritto sarebbe effetto del separato atto di trasferimento della proprietà, di esecuzione del preesistente obbligo di consegna. Altri, si veda A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 13, ritengono invece che non vi sarebbe obbligazione di dare, ma obbligazione di acquistare la proprietà dal titolare di essa. Il diritto si trasferisce non appena si sana il difetto di legittimazione dell'alienante, per effetto del contratto.

⁴¹ A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 78; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Torino, 1999, p. 37 s.; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 28 ss.

⁴² A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 78.

E tali tendenze sono state recepite dall'attuale codice civile italiano del 1942, il quale supera testualmente la sanzione della nullità radicale, di cui all'art. 1459 c.c. previgente, disciplinando la vendita di cosa altrui come perfettamente valida, agli artt. 1478 - 1479 c.c., distinguendo fra le ipotesi di buona e mala fede dell'acquirente. Difatti, se quest'ultimo è consapevole dell'altruità del diritto al momento della conclusione del contratto, si ammette il differimento meramente cronologico dell'effetto reale e si riconosce la validità di una vendita che non sia preordinata all'immediata traslazione del diritto, ma dalla quale sorga l'obbligazione di cui all'art. 1476, n. 2, c.c. Ed anche nell'ipotesi di buona fede dell'acquirente, il difetto di legittimazione dell'alienante non dà luogo a nullità del contratto, ma alla mera inattuazione dell'impegno traslativo al momento della vendita, con contestuale facoltà per l'acquirente di pretenderne l'immediata risoluzione, se il venditore nel frattempo non gli abbia fatto acquistare la titolarità del diritto.

È per le linee evolutive finora delineate che si è così giunti all'emanazione dell'attuale codice civile, nel quale il consensualismo raggiunge la sua piena enunciazione. E, infatti, l'art. 1376 c.c., rubricato "contratto con effetti reali", recepisce il contenuto del precedente art. 1138 c.c. abrogato, superando qualsiasi intermediazione dell'obbligazione di consegna, ed imputando il trasferimento direttamente ed immediatamente al consenso delle parti legittimamente manifestato. Il riferimento all'obbligazione di dare, al meccanismo della *traditio ficta*, scompare anche dalla definizione legislativa della compravendita, che, ai sensi dell'art. 1470 c.c., è "*il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo*". La vendita viene, dunque, pacificamente delineata come contratto consensuale e traslativo, in cui tanto gli effetti obbligatori, quanto l'effetto reale, conseguono tutti immediatamente all'accordo raggiunto dalle parti al momento della conclusione del contratto, senza la mediazione di alcuna obbligazione di dare, il cui adempimento si renda necessario ai fini del trasferimento⁴³.

⁴³ Si ripudia così la concezione francese, ancora accolta dal codice civile del 1865, che riteneva pur sempre necessario il tramite logico dell'obbligazione di dare, tacitamente adempiuta con il raggiungimento dell'accordo. Per questa via si supera il passaggio logico che

Il sinallagma negoziale - vincolo di reciproca interdipendenza - viene direttamente a sussistere fra la prestazione pecuniaria, oggetto dell'obbligazione di prezzo del compratore, e la controprestazione, rappresentata dall'immediata attribuzione patrimoniale traslativa⁴⁴ gravante sul venditore.

E così, superando le incertezze testuali ed applicative che ancora destava il codice civile francese⁴⁵, recepite in prima istanza dal legislatore italiano del 1865, l'art.1376 c.c. vigente afferma pienamente, come si è detto, il principio del consenso traslativo, espressione della volontà sovrana dell'individuo, come tale idonea non solo alla costituzione di rapporti obbligatori, ma altresì a determinare vicende circolatorie dei diritti.

portava a ritenere che la vendita attribuisse il solo diritto personale ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di trasferire e si afferma il principio per cui è la vendita stessa a trasferire il diritto, divenendo la vicenda reale effetto necessario dell'accordo negoziale. Emblematica è a tal riguardo l'affermazione di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 94, secondo il quale per l'appunto "la volontà di obbligarsi a trasferire è convertita in volontà di trasferire". Sulla necessaria ed immediata efficacia traslativa del contratto di compravendita, cfr. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1968, p. 12; D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 297 ss.; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 38 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dr. civ. fondato da F. Vassalli*, VII.1, Torino, 1993, p. 95 ss.; G. B. FERRI, *La vendita in genere*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1984, p. 228 ss.

⁴⁴ Sul punto si veda A. LUMINOSO, *La compravendita*, sesta edizione, Torino, 2009, p. 1 ss.

⁴⁵ In particolare, R. SACCO, *Relazione di sintesi*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991, p. 863 ss., rileva come in Francia la *traditio* traslativa di diritto romano sia viva quanto negli ordinamenti che espressamente ammettono la separazione fra *titulus* e *modus*. Benché nelle enunciazioni generali il sistema paia improntato alla traslatività del solo contratto causale, in verità, le regole operazionali dimostrano come il sistema sia alternativo, riconoscendo la traslatività, ora del solo *titulus*, ora del *titulus* unitamente al *modus*. Il *Code Napoléon* stabilisce, infatti, che ogni pagamento indebito, eseguito per errore circa l'esistenza di una preesistente obbligazione, dà luogo a ripetizione. Ma da ciò si deduce che, al contrario, quando non vi sia stato un tale vizio della volontà, il pagamento sia invece irripetibile. Ne deriva, dunque, secondo l'A. che "la consegna priva di causa trasferisce la proprietà se non c'è errore sulla causa, quindi la consegna fatta senza vizio della volontà trasferisce la proprietà".

2. Il contratto con effetti reali. La formula dell'art. 1376 c.c. e la presunta equivalenza fra contratto e consenso.

Com'è noto, l'art. 1376 c.c., rubricato "contratto con effetti reali", dispone espressamente che "nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".

Il tenore letterale di tale enunciazione generale solleva un duplice ordine di criticità. In primo luogo, individua quale fonte del trasferimento il *consenso* delle parti, per cui pare legittimo domandarsi se effettivamente vi sia corrispondenza fra consenso ed *accordo*, elemento al quale il codice fa espresso riferimento in merito al perfezionamento del contratto, ai sensi degli artt. 1326 ss. c.c. In altri termini, occorre interrogarsi per stabilire quale sia il significato da attribuire al termine *consenso*, per comprendere se si tratti di un mero retaggio di concezioni contrattualistiche improntate al dogma della volontà ovvero se abbia un'autonoma valenza in campo contrattuale e risulti sempre e ed immancabilmente necessario al raggiungimento dell'accordo e conseguentemente alla conclusione del contratto. Inoltre, dalla previsione testuale della norma parrebbe, in prima istanza, desumersi la piena traslatività del solo consenso unanime delle parti contraenti, del *pactum nudum*, il quale, se manifestato nel rispetto dei modi di legge, sarebbe necessario ed al contempo sufficiente a determinare l'effetto reale. Così, parrebbe che, nei contratti preordinati al trasferimento della proprietà o di altro diritto, il mero consenso raggiunto dalle parti circa l'assetto di interessi dalle stesse pattiziamente programmato sia da sé solo idoneo a determinare il trasferimento, non soltanto senza alcuna necessità di attendere un successivo e distinto atto di alienazione, ma anche e soprattutto, per ciò che ora interessa, senza necessità di essere accompagnato da alcun *vestmentum*⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. P. FAVA (a cura di), *Il contratto. Trattato teorico - pratico*, Milano, 2012, p. 65 ss. *Vestes* o *Vestimenta pactorum* sono gli elementi che conferiscono efficacia giuridica al *pactum*. Nelle elaborazioni del diritto comune (sec. XII- XVIII), i glossatori distinguono fra *nuda pacta*, mere

L'enunciazione generale del principio consensualistico impone, dunque, una prima serie di considerazioni, da un lato, volte a determinare se il *consenso* sia sempre necessario per il raggiungimento dell'accordo contrattuale e, in quanto tale, rivesta un ruolo determinante in merito alla sua efficacia; dall'altro, orientate a comprendere se il solo *pactum nudum* sia realmente sufficiente all'efficacia del contratto concluso, posto che così parrebbe desumersi dal mero dato testuale dell'art. 1376 c.c.

Per quanto attiene al primo dei profili problematici sopra delineati, la concezione del contratto come incontro delle volontà, fusione dei consensi delle parti contraenti⁴⁷, è figlia delle elaborazioni dottrinali del diritto naturale, dell'affermazione del noto "dogma della volontà", che nei secoli XXVII e XXVIII ricerca ed individua la fonte di ogni effetto giuridico nella mera volontà del soggetto nella cui sfera l'effetto sia destinato a prodursi. In un simile orizzonte, l'accordo implicava necessariamente il consenso, inteso come fusione dell'interno sentire delle parti, che muovendo da posizioni diverse, convergono verso una volontà comune, generatrice degli effetti contrattuali. Ma la teoria della fusione dei consensi, dell'incontro delle volontà, è frutto dell'illusione giusnaturalistica della rilevanza per il giuridico del solo interno volere. In verità, la volontà, quale fatto psicologico ed intimistico, attiene al foro interno del singolo, non è afferrabile e tangibile e, in quanto tale, non può essere fonte generatrice

convenzioni, accordi dai quali sorge la sola *obligatio naturalis*, e *pacta vestita*, i contratti veri e propri, fonti invece dell'obbligazione civile, coercibile mediante l'esercizio di un'azione.

⁴⁷ L'origine della teoria del contratto come incontro dei consensi è individuata da G. GORLA, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 257, nota (7), nel famoso passo romano D., 2, 14, *De pactis*, 1, 3, che dopo aver definito il *pactum*, l'accordo, come *duorum pluriumve in idem placitum et consensus*, così prosegue: *nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis loci in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt*". L'A. rileva come il consenso, nel suo intimo significato di "venire in unum locum", "cum - sentire", "in unum consentire", sia stato in più occasioni applicato dalla stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. 5 maggio 1951, n. 1082, commentata dallo stesso GORLA in *Offerta ad incertam personam*, in *Foro it.*, 1965, I, p. 433 ss.), che, secondo l'A., quasi utilizzando le parole del citato passo romano, ha ritenuto elemento essenziale per la conclusione del contratto il consenso, inteso per l'appunto come l'incontro delle volontà dirette ad un fine comune, volontà che, partendo da posizioni diverse, convergono in una volontà sola, nella volontà contrattuale.

di effetti giuridicamente vincolanti. In altri termini, non è fatto sociale, che possa essere riconosciuto e valutato, e così confondersi con l'altrui volere.

Ben presto la dottrina avverte che a rilevare è la volontà manifestata, esteriorizzata; più che di incontro dei consensi, dovrebbe parlarsi di incontro delle dichiarazioni di volontà dei contraenti, perché solo per il tramite dell'esternazione del pensiero, sì da renderne ad altri riconoscibile il significato in essa oggettivo, gli uomini possono creare fra loro vincoli e rapporti reciproci⁴⁸. Si deve, quindi, convenire con quella parte della dottrina che distingue fra l'accordo contrattuale, fatto oggettivo che allude alle scelte legislative circa l'incontro delle dichiarazioni di volontà dei paciscenti, ed il consenso, ossia il soggettivo concordare delle volontà, che non sarebbe invece sempre necessario per la conclusione del contratto, nonché per la sua efficacia⁴⁹. E, invero,

⁴⁸ È in particolare E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa II ed., a cura di G. CRIFÒ, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 54 ss. a rilevare la natura del negozio come atto sociale, che consiste in una dichiarazione o in un comportamento. L'A. rileva che "solo per il tramite di forme rappresentative idonee a serbare l'impronta dell'autore e a rendere riconoscibile il senso in esse oggettivo, possono gli uomini pervenire a intendersi fra loro [...]. Ora, questo elementare dato di esperienza viene perduto di vista da chi per inconsapevole ellissi, ravvisa nella "volontà" tanto l'oggetto dell'interpretazione quanto l'essenza del negozio giuridico". Il fatto che nell'interpretazione del contratto, ai sensi dell'art. 1362 c.c., si debba indagare in primo luogo quale sia stata la "comune intenzione" delle parti, ossia "ricercare la mens animatrice o il senso in esso oggettivo, non significa che mens e senso si possano divinare prescindendo dalla forma in cui si sono resi riconoscibili". Viene così richiamata la distinzione hegeliana fra essere a sé immanente (*An-sich-sein*) ed essere ad altri riconoscibile (*Sein-für-anderes*).

⁴⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa II ed., a cura di G. CRIFÒ, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 54 ss.; G. GORLA, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 272 ss. Di contrario avviso risulta, invece, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, tomo I, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXI, Milano, 1968, p. 381 ss., secondo il quale per la conclusione del contratto non sarebbe sufficiente l'incontro delle dichiarazioni di volontà nei modi di legge, ma sarebbe, altresì, necessario l'incontro delle reali volontà dei dichiaranti; l'incontro delle sole dichiarazioni sarebbe sufficiente nel solo caso che, dietro l'accordo, non vi sia dissenso. In particolare può rilevarsi la nota polemica del MESSINEO, *Id.*, p. 388, (54), nei confronti della distinzione fra accordo e consenso, prospettata da BETTI, perché la stessa allusione polemica mossa al termine consenso, per il suo significato di *cum - sentire*, sarebbe altrettanto implicita nel termine accordo, "quanto meno se si tenga il dovuto conto dell'origine lessicale: *ad e cor (cordis)*. Il cuore sta ad indicare il fatto interiore e non un fatto esterno, qual è la dichiarazione delle parti".

l'effettiva coincidenza fra interno sentire e volontà esteriorizzata è solo eventuale e, in ogni caso, difficilmente valutabile, posto che ciò su cui l'interprete può indagare è la sola dichiarazione negoziale. Così, a riprova di quanto detto, non poche sono le ipotesi contemplate dal nostro ordinamento nelle quali il contratto risulta concluso, ossia l'accordo si considera raggiunto, benché l'interno volere di una delle parti contraenti difetti o risulti viziato.

È ben vero, infatti, che il codice civile prende in considerazione i vizi del consenso, e dunque si premura che la volontà negoziale del contraente si formi correttamente e sia concreta espressione di libertà ed autonomia, ma, al contempo, tale disciplina è improntata all'esigenza di dar tutela all'affidamento di chi l'altrui dichiarazione di volontà riceve e che, in buona fede, sul contenuto di essa confidi⁵⁰. In questi termini, ad

⁵⁰ Il tema dei vizi della volontà si inserisce nell'alveo delle problematiche concernenti la dicotomia fra interno volere e dichiarazione. Varie sono state le tesi storicamente sostenute al riguardo. Nei primi decenni del 1800 si afferma il modello economico liberale, espressione della società borghese e della sua reazione alle rigidità ed all'immobilismo dell'*ancien regime*. In un simile contesto, in cui la libertà individuale si sostituisce alle limitazioni derivanti dagli *status*, la volontà dell'individuo raggiunge la sua massima esaltazione e pare idonea alla produzione di qualsivoglia effetto giuridico, senza necessità di essere imbrigliata in rigidi formalismi. La volontà del contraente assume un ruolo totalizzante nella disciplina del contratto e, pertanto, ogni alterazione che ne turbi la corretta formazione assume un'efficacia necessariamente invalidante. Nell'ipotesi di una divergenza fra volontà esteriorizzata e ed interno volere è quest'ultimo ad avere la meglio ed a mettere così in discussione l'efficacia del contratto. Sul tema si veda V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, II ed., 2011, p. 37 ss.

Verso la fine dell'800 tale concezione inizia ad entrare in crisi per effetto dell'affermazione di teorie oggettive del contratto, tese ad assicurare, *in primis*, la certezza della circolazione giuridica (espressione di un capitalismo più maturo), minata inevitabilmente da una disciplina dei vizi del consenso che cagioni la caducazione del contratto in ragione di elementi perturbatori dell'interno volere non esternamente apprezzabili. Si afferma così la teoria della dichiarazione, che risale ad E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa II ed., a cura di G. CRIFÒ, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 201, per cui ciò che conta non è il volere interiore del soggetto, ma la manifestazione esteriore della volontà. Tale teoria incorre però nell'inconveniente opposto al dogma della volontà, quello di dar esclusivo rilievo alla dichiarazione, senza tenere in debita considerazione la reale volontà del dichiarante, la quale è comunque elemento essenziale per la formazione del contratto.

esempio, l'art. 1428 c.c. ritiene l'errore causa di annullamento del contratto solo quando, oltreché essenziale sia anche riconoscibile, ossia quando "in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alle qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo". Allo stesso modo, prevale l'affidamento del destinatario nel caso della riserva mentale di uno dei contraenti, ossia la dichiarazione negoziale consapevolmente in contrasto con quanto realmente voluto dal dichiarante. In tale ipotesi, poiché chi riceve l'altrui dichiarazione non può coglierne la divergenza rispetto al reale sentire, né gli si può imporre di indagare su quanto in verità abbia voluto il dichiarante, quest'ultimo rimane vincolato, risultando giuridicamente irrilevante la sua riserva mentale. Ma anche la disciplina della violenza

Le teorie più attuali, affermatesi negli ordinamenti moderni, sono quelle che cercano un temperamento fra le esigenze sottese alle due teorie estreme sopra rilevate. Da taluni (in particolare, si veda S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452; nonché F. SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, p. 147) è stata così avanzata la teoria cosiddetta dell'autoresponsabilità, secondo la quale il dichiarante viene considerato vincolato dal contenuto della propria dichiarazione, anche quando questa non fosse corrispondente alla volontà interiore, tutte le volte che tale divergenza derivi da sua colpa: è la responsabilità dell'agente che giustifica la conservazione degli effetti della dichiarazione. Anche tale teoria non pare però del tutto adeguata a soddisfare l'esigenza di certezza dei traffici, perché, se è vero che chi immette una dichiarazione nel traffico giuridico assume la responsabilità delle conseguenze pregiudizievoli che tale dichiarazione, per sua colpa, produce, tuttavia, non tutela il destinatario tutte le volte in cui la divergenza risulti derivare da errore scusabile. Dunque, la teoria che nel nostro codice civile pare essersi affermata in materia contrattuale è da ultimo quella dell'affidamento (al riguardo, R. SACCO, *Il consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 2006). Secondo tale teoria, ogni volta che sia riscontrabile una divergenza fra dichiarazione contrattuale ed interno volere del dichiarante occorre aver riguardo all'affidamento che detta dichiarazione abbia ingenerato nel destinatario. A differenza della teoria dell'autoresponsabilità, pertanto, che poneva il perno del proprio ragionamento sulla diligenza del dichiarante, la teoria dell'affidamento sposta il proprio baricentro sulla posizione del destinatario, che abbia regolato la propria attività negoziale in ragione di quanto dalla controparte esteriormente manifestato. Se il destinatario, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto accorgersi del vizio, allora il contratto potrà essere caducato; al contrario, se neppure con l'uso della diligenza ragionevolmente attendibile, il destinatario avrebbe potuto rilevare la sussistenza di un elemento perturbatore dell'altrui volere, il dichiarante resterà vincolato agli effetti che dalla propria dichiarazione discendono.

e del dolo determinante induce a ritenere che non vi sia coincidenza fra accordo contrattuale e incontro dei consensi, giacché il rimedio previsto per tali vizi del volere è quello dell'annullabilità del contratto. Nonostante la patologia negoziale il contratto è concluso e, dunque, l'accordo non difetta, anzi risulta produttivo di effetti fino all'eventuale sentenza costitutiva di annullamento.

In verità, in tutte queste ipotesi l'ordinamento astraie dalla volontà vera e ciononostante ritiene il dichiarante vincolato e, dunque, il contratto concluso, per assicurare la certezza e la sicurezza dei traffici e dare prevalente tutela alla legittima aspettativa che la manifestazione, l'esteriorizzazione della volontà, abbia ingenerato nel destinatario.

Il fatto poi che l'accordo non si identifichi necessariamente con l'incontro dei consensi emerge dalla stessa disciplina relativa al perfezionamento del contratto. La sezione I, capo II, titolo II, libro IV del codice civile è, infatti, rubricata "*dell'accordo delle parti*" e contempla i modi di conclusione del contratto, fra i quali lo schema generale è quello rappresentato dalla sequenza fra proposta ed accettazione, atti unilaterali recettizi. L'art. 1326, comma 1, c.c., in particolare, enuncia il principio della cognizione, per cui il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui chi ha fatto la promessa ha conoscenza dell'accettazione dell'oblato, tenendo conto della presunzione di cui all'art. 1335 c.c. Ma, se in queste circostanze può affermarsi che un vero e proprio incontro delle volontà si sia raggiunto, non lo stesso può dirsi quando alla proposta segua l'inizio dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 1327 c.c., ovvero il mero silenzio dell'oblato. In particolare, in tale ultima ipotesi, nella quale, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto si considera concluso per effetto del mancato rifiuto nel termine richiesto dalla natura dell'affare, è evidente come la conclusione del contratto (sempre che di contratto si tratti) sia del tutto svincolata dall'incontro dei consensi, posto che manca qualsivoglia manifestazione di volontà dell'oblato⁵¹.

⁵¹ Sulla natura giuridica della fattispecie negoziale di cui all'art. 1333 c.c. si veda il par. 3, sez. I, cap. III.

Ma, come la dottrina più accorta ha da tempo rilevato⁵², è in particolare dalla disciplina della revoca dell'accettazione⁵³ che può desumersi il possibile scollamento fra incontro delle volontà ed accordo. L'art. 1328, comma 2, c.c. dispone, infatti, che *"l'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione"*. Poniamo che l'oblato accetti la proposta contrattuale indirizzatagli dal proponente, ma che, poco dopo, rivalutata la convenienza, muti il proprio convincimento e decida di revocare l'accettazione. Cosa accade se, nel frattempo, il proponente sia già giunto a conoscenza dell'accettazione? Come emerge dalla norma summenzionata, il contratto è concluso ed è concluso benché la manifestazione di volontà dell'oblato, esternatasi nell'accettazione, non corrisponda più al suo attuale volere. Ciò costituisce ulteriore dimostrazione della rilevanza che nel nostro ordinamento ha la manifestazione di volontà, in quanto conoscibile, e non la volontà in sé stessa. È così l'incontro delle volontà manifestate a determinare il raggiungimento dell'accordo e, in particolare, l'incontro delle dichiarazioni o dei comportamenti giuridicamente rilevanti nei modi prescritti dalla legge agli artt. 1326 e ss. c.c.

In altri termini, il perfezionamento dell'accordo non è un evento apprezzabile in *rerum naturae*, non coincide con l'individuazione di un momento che sia il frutto di conseguenze logiche necessitate, ma è espressione di scelte di politica legislativa, che appalesano come in verità non esista un momento di automatico incontro dei consensi⁵⁴.

Già in questi termini si individua una prima limitazione del valore del consenso traslativo. L'art. 1376 c.c. non fa riferimento ad un effetto reale che consegua ad una

⁵² G. GORLA, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 262 ss.

⁵³ G. GORLA, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 262 ss.

⁵⁴ G. GORLA, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 272 ss., che rileva come *"l'istituto del contratto, più che sulla logica del consensualismo o dell'incontro dei consensi, o della fusione delle volontà che dir si voglia, si rivela fondato sulla tutela delle aspettative della buona fede e sulla composizione degli interessi che ne nascono, in una bilancia che il diritto cerca di attuare nel modo più conveniente e meno imperfetto in un dato ambiente storicamente determinato"*.

presunta fusione fra le volontà interiori delle parti contraenti, ma al “consenso legittimamente manifestato”, ovvero al raggiungimento dell’accordo contrattuale in uno dei modi previsti dalla legge agli artt. 1326 ss. c.c. Alla luce di quanto detto, pare pertanto ben possibile che anche nelle ipotesi in cui non sia dato riscontrare un consenso unanime fra le parti contraenti, ciononostante l’accordo sia raggiunto in uno dei modi tipizzati dal legislatore ed il contratto così concluso produca tutti gli effetti a cui è preordinato, tra i quali, se del caso, anche l’effetto reale.

Chiarito che per consenso delle parti legittimamente manifestato deve intendersi l’accordo raggiunto nei modi di legge, occorre ora dar soluzione al secondo quesito, quello relativo alla presunta sufficienza del solo accordo a determinare il trasferimento della proprietà o di altro diritto. A ben guardare, il dato testuale pare il frutto della ricorrente identificazione definitoria fra contratto ed accordo, per cui il primo si ridurrebbe ad una dichiarazione bilaterale di volontà⁵⁵, al consenso unanime dei contraenti⁵⁶: i termini accordo e contratto sarebbero, dunque, sinonimi e come tali interscambiabili. Se il contratto è l’accordo negoziale fra due o più parti e se, ai sensi del 1376 c.c., l’effetto reale consegue al “*consenso legittimamente manifestato*” dalle parti nei modi di legge, ciò significherebbe, in altri termini, che il trasferimento si produce contestualmente alla conclusione del contratto, per effetto del solo accordo dalle stesse parti raggiunto. Ma è proprio vero che il contratto esaurisce la sua essenza nell’accordo

⁵⁵ B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, 5° ed., a cura di A. MONTEL, Torino, 1951, p. 6.

⁵⁶ Anche in dottrina, come ha rilevato P.M. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1985, p. 192 ss.; P.M. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 54 ss., è diffusa la tendenza ad identificare, sul piano definitorio, il contratto con il mero accordo fra le parti e ad analizzare solo in seguito e separatamente gli altri elementi comunque necessari per la sua valida conclusione, fra i quali in particolare la causa. L’A. distingue, dunque, fra la sineddoche a livello codicistico, della quale si è fatta menzione, e analoga sineddoche diffusa nel formante dottrinale. A titolo esemplificativo della diffusa identificazione fra contratto ed accordo possono citarsi F. SANTORO – PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1970, p. 3; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 23 ss.; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Ventunesima edizione, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2013, p. 481 ss;

e che il nudo patto sia sufficiente per l'efficacia, tanto obbligatoria, quanto reale del contratto?

Come la dottrina ha ampiamente rilevato, la menzionata identificazione fra contratto e accordo pare il frutto di quella che è stata definita come una *sineddoche*⁵⁷, per effetto della quale talvolta le formule codicistiche fanno espresso riferimento ad una parte⁵⁸, volendosi però con essa intendere una porzione di un ben più complesso intero, di un tutto sottinteso. Emblematico di tale scollamento concettuale pare il raffronto fra la definizione codicistica del contratto, la cui essenza viene ridotta al mero accordo, e la successiva elencazione degli elementi essenziali per la sua valida conclusione.

L'art. 1321 c.c. dispone, infatti, che *“il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*. Secondo tale enunciazione generale pare indubbio che, dal punto di vista strutturale, il contratto sia essenzialmente accordo, atto bilaterale o plurilaterale consensuale, nonché atto negoziale. L'accordo, dunque, deriva dalla volontà unanime delle parti contraenti; volontà che però non si limita all'atto, ma si estende agli effetti che da esso derivano. È volontà diretta ad uno scopo⁵⁹: quello di regolare il rapporto giuridico patrimoniale nel modo che meglio corrisponda all'interesse delle parti contraenti. Alla stregua di tale

⁵⁷ P.M. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1985; P.M. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p.52, che rileva la contraddittorietà e poliedricità delle definizioni codicistiche, tanto nel sistema francese, quanto in quello italiano, per cui, ad un tempo, l'accordo è il contratto tutto e parte della sua struttura. Ma si vedano anche R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, p. 596 ss.; F. MESSINEO, *Teoria generale del contratto*, Milano, 2° ed., 1946, p. 52; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, tomo I, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXI, Milano, 1968, p. 387 s., il quale rileva acutamente come l'accordo non possa essere *“al tempo stesso, e il contratto nella sua interezza e un requisito di esso, senza determinare un'anfibologia”*; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 2° ed., 1955.

⁵⁸ F. MESSINEO, *Teoria generale del contratto*, Milano, 2° ed., 1946, p. 52, secondo il quale l'accordo *“secondo la definizione dell'art. 1321 c.c. è, in certo modo, il contratto tutto intero, sì che l'accordo sarebbe, al tempo stesso, la parte e il tutto”*.

⁵⁹ F. SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, p. 107 ss.; P. FAVA, *Il contratto. Trattato teorico - pratico*, 2012, p. 553 ss.

previsione parrebbe potersi sostenere che, per la conclusione di un contratto perfetto ed efficace, sia sufficiente che le parti raggiungano un accordo finalizzato⁶⁰ al raggiungimento del risultato pratico – economico da esse perseguito, con la generica consapevolezza della giuridicità del vincolo assunto vertente su un rapporto suscettibile di valutazione economica. Se l'analisi si esaurisse al solo dato testuale dell'art. 1321 c.c., la mera volontà concorde di regolare un rapporto giuridico patrimoniale parrebbe certamente sufficiente a far sorgere un valido vincolo negoziale avente forza di legge fra le parti e come tale idoneo a produrre tutti gli effetti ai quali il contratto risulti preordinato. Del resto, una simile soluzione risulterebbe di per sé rispettosa del principio dell'autonomia privata, giacché le reciproche situazioni giuridiche soggettive sarebbero incise in ragione di una espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso.

Sennonché, tale ricostruzione risulta insostenibile nell'ottica di un inquadramento sistematico dell'art. 1321 c.c., indispensabile per qualificare in maniera esaustiva l'istituto contrattuale. Benché l'articolo da ultimo menzionato identifichi il contratto con il solo accordo, l'art. 1325 c.c. dispone, infatti, che *“requisiti del contratto sono 1) l'accordo; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità”*. È vero che l'accordo viene nuovamente menzionato, ma il contratto non si esaurisce più in esso. Accanto all'accordo si individuano ulteriori elementi strutturali essenziali, la cui portata si coglie tramite il riferimento all'art. 1418, comma 2, c.c., che contempla le cause di nullità strutturale, disponendo che sia proprio *“la mancanza (o il vizio) di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c.”* a determinare la nullità radicale del contratto.

È così immediatamente percepibile la rilevata sineddoche che connota la definizione codicistica del contratto, in quanto l'accordo, in via di prima approssimazione, si identifica da sé solo con l'intero contratto, ma, dalla lettura della successiva disposizione, si evince invece come esso costituisca solo parte di una struttura ben più complessa. In altri termini, l'art. 1321 c.c., a livello definitorio, induce

⁶⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 37 ss.

prima facie a ritenere che il contratto si esaurisca nel solo accordo, mentre da una visione complessiva, incentrata sul combinato disposto degli artt. 1321 e 1325 - 1418, comma 2, c.c. si deduce chiaramente che esso rappresenti solo uno dei requisiti strutturali del contratto, parimenti necessari per la sua valida conclusione⁶¹.

Com'è stato rilevato⁶², la parziarietà definitoria potrebbe forse trovare una spiegazione nella distinzione fra l'accordo, quale requisito di esistenza del contratto, e gli altri elementi strutturali individuati dall'art. 1325 c.c., la cui mancanza determinerebbe la sola nullità del contratto. Sarebbe, dunque, ravvisabile sotto il profilo patologico la *ratio* della riduzione della definizione di contratto al solo accordo, con successiva e distinta elencazione dei suoi requisiti essenziali. Sennonché, la categoria della inesistenza è controversa ed in ogni caso non codificata dal legislatore. Se ne desume che non vi è alcun appiglio normativo per sostenere che l'inesistenza consegua alla sola mancanza dell'accordo. Anzi una simile insinuazione pare in contrasto con la stessa enunciazione del menzionato art. 1418, comma 2, c.c., che, in merito alle cause di nullità del contratto, richiama genericamente l'art. 1325 c.c. senza

⁶¹ Si tratta di una *sineddoche* ancora più accentuata rispetto a quella rilevata nel sistema francese da P.M. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 53. Infatti, il *Code Civil*, all'art. 1101, definisce il contratto come "*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une o plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*" ed il successivo art. 1108 dispone poi che "*quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: - le consentement de la partie qui s'oblige; - sa capacité de contracter; - un objet certain qui forme le matière de l'engagement; - une cause licite dans l'obligation*". È evidente che una *sineddoche* vi è pur sempre, perché il contratto viene definito come convenzione fra le parti. Ma il successivo art. 1108 enuncia i requisiti essenziali affinché la convenzione possa dirsi valida ed efficace e così, sostanzialmente, l'art. 1101 fa riferimento alla convenzione, con essa volendo certamente intendere una convenzione che sia rispettosa di tutti i requisiti essenziali per la sua validità di cui all'art. 1108 c.c. Nel codice civile del 1942, che si richiama al tenore letterale del codice del 1865, la lacunosità della definizione di cui all'art. 1321 c.c. risulta invece rafforzata, perché il contratto è identificato con il solo accordo, ma poi il successivo art. 1325 c.c. non individua i requisiti essenziali dell'accordo, piuttosto del contratto, con ciò palesando la parziarietà della nozione strutturale di contratto di cui all'art. 1321 c.c.

⁶² P.M. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 60 ss.

in alcun modo distinguere fra difetto dell'accordo e degli altri elementi essenziali dallo stesso ricompresi.

Occorre tuttavia rilevare che, se l'inesistenza è categoria dottrinale elaborata per spiegare quelle ipotesi in cui vi è una divergenza tale rispetto al modello legale di contratto da non potersi neppure sussumere la fattispecie concreta nella categoria astrattamente considerata, certamente il difetto radicale dell'accordo, la mancanza di serie e consapevoli manifestazioni di volontà, comporta che non sia neppure ravvisabile un nucleo minimo in presenza del quale possa parlarsi di contratto. In altri termini, pare innegabile che l'accordo sia requisito minimo per l'esistenza stessa sul piano concettuale di un contratto, se non altro perché ne costituisce altresì elemento perfezionativo.

Tuttavia, le ipotesi in cui il difetto dell'accordo è così radicale da far revocare in dubbio la stessa esistenza di una fattispecie concreta qualificabile in termini contrattuali si riducono ai casi di scuola delle manifestazioni di volontà emesse *docendi causa* ovvero per mera rappresentazione scenica, nelle quali a difettare è la stessa giuridicità del rapporto. In buona sostanza si tratta di ipotesi in cui è palese la mancanza della volontà stessa di assumere un impegno giuridicamente vincolante, ancor prima dell'accordo⁶³. Le circostanze concrete in cui la dichiarazione è emessa sono tali da escludere *in nuce* che le parti intendano giungere alla conclusione di un contratto: le dichiarazioni non sono qualificabili in termini negoziali, perché non è

⁶³ Parte della dottrina ha rilevato come nelle ipotesi delle dichiarazioni di volontà emesse *jocandi* o *docendi causa* non sarebbe riscontrabile né l'esistenza di una volontà, né di una correlata dichiarazione o divergenza fra le stesse. Si tratterebbe di casi in cui manca in radice un comportamento dichiarativo ascrivibile al promittente. Non sarebbero, dunque, dichiarazioni in senso tecnico, non essendo in alcun modo volte alla produzione di effetti giuridici. Si veda, in tal senso, P.M. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 122 ss. e, in particolare, p. 133 e ss. Nei casi delle dichiarazioni emesse ai fini didattici, per scherzo o rappresentazione scenica non si giunge alla conclusione del contratto proprio perché a monte difetta una qualsivoglia dichiarazione di volontà in senso tecnico. Il promittente non vuole il realizzarsi di alcun effetto giuridico conforme alla dichiarazione emessa, giacché, per lo stesso contesto significativa in cui è stata pronunciata, non può in alcun modo ritenersi vincolante per il dichiarante. Si veda anche D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 1950, I, p. 388 ss.

invero ravvisabile alcuna volontà diretta al raggiungimento di uno scopo. Nei casi in cui invece vi è perlomeno l'esteriorità di manifestazioni di volontà negoziali, protese, sulla base delle circostanze fattuali, alla produzione di effetti giuridicamente vincolanti, la mancanza dell'accordo ricade nella disciplina della nullità, di cui all'art. 1418, comma 2, c.c.

Così ad esempio, per quanto concerne il fenomeno simulatorio, con cui le parti pongono in essere l'esteriorità di una dichiarazione di volontà negoziale, in modo tale da renderla ostensibile ai terzi, essendo però fra loro d'accordo che l'atto fittiziamente concluso non produrrà gli effetti ai quali soltanto appare preordinato. Il contratto simulato è nullo e come tale radicalmente improduttivo di effetti, proprio perché, nonostante le dichiarazioni di volontà ufficiali, in esso difetta del tutto l'accordo, essendovi una totale divergenza fra quanto esteriormente dichiarato e quanto dalle parti realmente voluto. Divergenza che non crea la necessità di tutelare l'affidamento di alcuna delle parti, giacché il fenomeno simulatorio si caratterizza per il concorso fra due soggetti cospiranti⁶⁴. Per questo, se la simulazione è assoluta, il contratto simulato non produrrà alcun effetto, mentre, se la simulazione è relativa, potranno al più prodursi gli effetti del diverso contratto dissimulato, quando ricorrano le condizioni poste dall'art. 1414, comma 2, c.c. Diverse sono invece quelle circostanze nelle quali viene in gioco la riserva mentale, ovvero uno dei vizi della volontà di cui agli artt. 1427 - 1440 c.c. La necessità di bilanciare la tutela della volontà effettiva del dichiarante con quella di proteggere l'affidamento del destinatario conduce infatti al rimedio dell'annullabilità.

La rilevata sineddoche non pare così spiegabile facendo riferimento ad una presunta diversa sorte del contratto per il caso della mancanza dell'accordo piuttosto che degli altri elementi di cui all'art. 1325 c.c.

La mancanza dell'accordo, al pari degli altri elementi elencati dall'art. 1325 c.c., determina la nullità strutturale del contratto; nullità per mancanza dell'accordo che deve essere opportunamente intesa, collocandosi nell'ambito dei casi in cui si è

⁶⁴ D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 1950, I, p. 392 ss.

esteriormente in presenza di una manifestazione di volontà negoziale, ma, è solo apparente o solo apparentemente riferibile al dichiarante⁶⁵.

Appurato che l'accordo è non solo elemento perfezionativo, ma altresì essenziale ai fini della validità del contratto, per effetto del combinato disposto degli artt. 1321 e 1325 - 1418, comma 2, c.c., superando lo schermo definitorio racchiuso nella sineddoche, emerge l'esistenza di ulteriori elementi strutturali necessari, a pena di nullità, per la valida conclusione del contratto.

Poniamo pure che il contratto sia stato concluso in uno dei modi di legge e che, pertanto, sussista l'accordo; ciò sarebbe da sé solo sufficiente alla validità del contratto? La risposta a tale quesito è del tutto retorica, perché, com'è evidente, il contratto potrà dirsi perfetto solo se, oltre all'accordo, siano presenti una giusta causa, un oggetto possibile, lecito, determinato o, perlomeno, determinabile ed infine la forma solenne, quando questa sia dalla legge richiesta a pena di nullità. Se ne desume come il solo nudo patto non sia di per sé idoneo alla realizzazione di alcun effetto giuridico, né reale, né obbligatorio.

Svelare la sineddoche significa così dimostrare che, al di là delle conclamate enunciazioni codicistiche in forza delle quali il consenso pare in sé sufficiente a determinare l'effetto giuridico, solo in presenza di una giusta causa e di un accordo vertente su prestazioni determinate, raggiunto nelle forme talvolta richieste dalla legge *ad substantiam*, il contratto sia idoneo a produrre gli effetti programmati dalle parti.

⁶⁵ Come rilevato da V. ROPPO, *Il contratto*, seconda ed., 2011, p. 697 e ss., "la nullità per mancanza dell'accordo occupa uno spazio idealmente compreso fra il territorio dell'annullabilità per incapacità di agire o vizio del consenso e quello dell'inesistenza per mancata conclusione del contratto. Essa non riguarda i casi in cui manca qualsiasi manifestazione di volontà, che appaia diretta a formare l'accordo contrattuale: questi sono casi di inesistenza del contratto. Né riguarda i casi in cui una siffatta manifestazione di volontà esiste, è riferibile alla parte ed è semplicemente viziata da un fattore soggettivo che tocca la parte stessa". L'Autore riconduce anche le dichiarazioni emesse per gioco, finzione scenica o per scopi didattici alla disciplina della nullità per mancanza dell'accordo, ma, a mio avviso, parrebbe più lineare ricondurre le suddette ipotesi all'inesistenza stessa del contratto, difettando, come si è visto, una manifestazione di volontà in senso tecnico, che possa far legittimamente credere che si sia giunti alla conclusione di un contratto.

Degli esempi possono così essere utili per chiarire l'insufficienza del solo accordo a determinare l'effetto traslativo.

Poniamo che Tizio, a fronte del pagamento di un corrispettivo in denaro, si accordi con Caio per la conclusione di una compravendita avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene di cui Caio è tuttavia già proprietario. O, ancora, ipotizziamo un accordo con il quale Tizio, a garanzia di un credito che Caio vanta nei suoi confronti, convenga il trasferimento della proprietà della cosa data in pegno per l'ipotesi di mancata restituzione della somma data a mutuo. In entrambi i casi, pur essendosi raggiunto l'accordo, il contratto resterà *ab origine* improduttivo di effetti, perché radicalmente nullo, nella prima ipotesi, per mancanza della causa in concreto; nella seconda, per illiceità della stessa, giacché il contratto integra un accordo abusivo, che, in frode alla legge, realizza il medesimo risultato vietato dall'art. 2744 c.c. Ma analogamente nullo ed in quanto tale improduttivo di effetti sarà il contratto con il quale le parti si accordino per trasferire la proprietà di un generico bene immobile, sito nel Comune di Cagliari, viziato per indeterminatezza dell'oggetto; ovvero il contratto di compravendita immobiliare concluso oralmente in contrasto con il requisito formale prescritto, a pena di nullità, dall'art. 1350 c.c.

L'inquadramento sistematico dell'art. 1376 c.c. consente così di meglio comprenderne il significato e di verificare come non sia il mero il consenso ad essere traslativo, ma in verità la complessa fattispecie contrattuale, della quale l'accordo, l'incontro delle volontà delle parti, costituisce solo uno dei molteplici elementi costitutivi. Di ciò è data conferma allorché, espandendo l'angolo visuale della ricerca, si proceda ad analizzare, con più ampio spettro, le disposizioni concernenti i modi attraverso i quali si realizza l'acquisto della proprietà. Da tale esame emerge infatti come, fra le vicende acquisitive a titolo derivativo⁶⁶, che determinano la successione

⁶⁶ S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. diritto*, 1, Milano, 1957. L'acquisto a titolo derivativo si presenta al contempo come un fenomeno di acquisto del diritto per un soggetto e di perdita per un altro. Secondo N. COVIELLO e STOLFI, nell'acquisto a titolo derivativo, la perdita del diritto nella sfera giuridica di un determinato soggetto è diretta a produrre l'acquisto in favore di un'altra, dimodoché l'acquisto possa considerarsi come un effetto di tale perdita o diminuzione. Secondo S. PUGLIATTI tale concezione non sarebbe accettabile perché la

dell'avente causa nello stesso diritto facente capo al dante causa, si faccia riferimento più in generale al contratto e non già al nudo consenso. Ed infatti, l'art. 922 c.c. dispone che "la proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per unione o commistione, *per effetto di contratti*, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge".

Sulla base delle stesse disposizioni generali in tema di modi di acquisto della proprietà e, più latamente, di ogni altro diritto, è il contratto e non il solo nudo patto a costituire fattispecie acquisitiva. Benché l'art. 1376 c.c. qualifichi come traslativo il consenso delle parti legittimamente manifestato, al di fuori della rilevata sineddoche, l'effetto reale deve logicamente essere imputato al contratto concluso dalle parti nei modi di legge. Contratto che, come si è visto, richiede la presenza dei requisiti essenziali di cui all'art. 1325 c.c. per la sua perfezione e conseguente efficacia, tanto obbligatoria, quanto reale.

3. La necessaria causalità del trasferimento: dalla "causa lecita per obbligarsi" alla causa del contratto.

Il problema della causalità del trasferimento si intreccia con la ricostruzione dei differenti modelli traslativi, andando così a ripercuotersi sulla stessa nozione di trasferimento, che si delinea, talvolta, come il contenuto di una prestazione, l'oggetto di una mera obbligazione scaturente dal contratto, talaltra, come effetto immediato e diretto dello stesso⁶⁷. In particolare, si tratta valutare il ruolo che, all'interno del nostro

perdita da parte del precedente titolare e l'acquisto da parte del susseguente sono effetti interdipendenti, contemporanei e basati sulla medesima causa giuridica.

⁶⁷ U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto, I. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 78 s., sottolinea efficacemente come, finché permane l'obbligazione di dare, il trasferimento costituisca l'oggetto dell'adempimento, che, in un orizzonte nel quale si ricerca la causa dell'*obligatio*, trova la propria ragione giustificativa nella controprestazione concretamente promessa ed eseguita. Al contrario, il superamento dell'intermediazione logica dell'obbligazione di dare, e della conseguente scissione tra contratto ed atto traslativo, consente

ordinamento, l'evoluzione del concetto di causa ha rivestito nell'affermazione del principio consensualistico.

Solo una lettura combinata delle disposizioni citate nel paragrafo che precede consente, infatti, di cogliere l'effettiva portata innovativa del meccanismo circolatorio in esame, che, con il codice del 1942, consacra l'affermarsi della necessaria causalità del trasferimento. Come si è avuto modo di rilevare, benché dall'art. 1376 c.c. l'effetto reale paia *prima facie* riferibile al solo consenso unanime delle parti contraenti, *rectius* al loro accordo, l'inquadramento sistematico della disposizione suddetta ha consentito di appurare che nessun effetto giuridico possa conseguire al contratto, quando la fattispecie negoziale difetti di taluno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.

In particolare, è l'inestricabile legame fra fattispecie acquisitiva e causa del contratto, che si viene ad affermare nel codice del 1942, ad assumere un rilievo dirimente, perché è proprio per il suo tramite che si coglie la peculiare sorte del trasferimento, allorché l'effetto reale sia direttamente imputabile al contratto causale, segnando così la radicale distinzione del nostro modello traslativo dai sistemi d'Oltralpe di matrice germanica, incentrati sulla separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*.

In altri termini, la portata rivoluzionaria del principio del consenso traslativo si coglie solo nel momento in cui lo si apprezza nel suo progredire di pari passo con l'affermazione del principio causalistico in materia contrattuale. Se il contratto è causale, infatti, ogni vizio o disfunzione che colpisca tale requisito a monte, cagionando la nullità del negozio per un difetto che lo intacchi nella sua fase genetica, non potrà che riverberarsi a valle, impedendo la produzione di qualsivoglia effetto giuridico, anche reale, quando quest'ultimo venga ad essere logicamente ed immediatamente imputato al contratto.

Ma la necessaria causalità del trasferimento è il frutto di una lenta evoluzione del concetto di causa, tutta incentrata sulla determinazione del suo referente obiettivo⁶⁸. È

di considerare il trasferimento come effetto immediato e diretto del contratto, che trova la sua causa nel contratto stesso, dalle cui vicende non può pertanto prescindere.

⁶⁸ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

infatti proprio il mutamento dell'impostazione normativa e dottrinale circa l'elemento oggettivo a cui riferire la giustificazione causale ad incidere pesantemente sulla causalità o meno dell'effetto reale; problema che costituisce l'antecedente di qualsivoglia statuizione in merito al ruolo rivestito dalla causa all'interno del fenomeno negoziale.

Il problema della determinazione del referente obiettivo della causa risponde sostanzialmente al quesito: causa di che cosa? a cosa si riferisce il requisito causale? al contratto, all'obbligazione, o, ancora, all'attribuzione patrimoniale? La varietà delle soluzioni storicamente affermatesi al riguardo si riverbera sulla valenza del requisito causale rispetto all'effetto reale, in concomitanza con l'affermazione della portata traslativa del consenso.

La genesi delle riflessioni dottrinali sul tema risale ai canonisti del XIII - XIV secolo, che, riferendo la causa all'obbligazione, distinguono fra *pacta vestita* e *nuda pacta*. Solo i primi sarebbero dotati di efficacia giuridica vincolante, poiché l'*obligatio* accompagnata dal *vestmentum* causale consente di ricollegare la promessa ad uno degli schemi negoziali tipici. Individuando la ragione giustificativa dell'obbligarsi nel contratto, in questa prima fase, la causa viene sostanzialmente identificata con la fonte dell'obbligazione, la quale, a sua volta, è considerata idonea a produrre l'effetto obbligatorio a condizione che rientri in uno degli schemi negoziali tipici⁶⁹.

Sempre nell'orizzonte delle elaborazioni che riconducono il referente oggettivo della causa all'obbligazione, lentamente le tematiche di maggior rilievo iniziano a concentrarsi sul ruolo, sulla funzione del patto atipico⁷⁰. L'approccio al problema

⁶⁹ Come è stato acutamente rilevato da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 136, è proprio in tale risalente prospettiva della *causa obligationis* che causa e tipo trovano un primo connubio. Se la causa della promessa poteva rinvenirsi esclusivamente in uno dei contratti nominati, ne consegue che questa funge da strumento di determinazione e riordino dei tipi negoziali. È una fase nella quale si assiste al dissolversi della causa nel tipo o nella forma.

⁷⁰ Si tratta della fase in cui si sviluppa una serrata critica alla teoria dei *vestimenta*. Nel 500 la dottrina inizia infatti ad interrogarsi circa l'efficacia obbligatoria del nudo patto, patto non riconducibile ad uno degli schemi tipici. Le investigazioni circa l'idoneità di un patto atipico a

causale rimane ancora atomistico, ma la nozione di causa dell'obbligazione inizia a progredire e a confondersi con la causa del contratto. La causa intesa come mero titolo, fonte contrattuale dell'obbligazione, diviene lentamente ragione del vincolarsi all'interno del contratto⁷¹. In altri termini, se interrogarsi sulla causa dell'obbligazione significa stabilire a quale titolo si sia obbligati (fonte contrattuale), diverso è invece chiedersi quale sia la ratio insita nella vincolatività della fonte stessa. Così, il quesito al quale le elaborazioni dottrinali sulla causa cercano di dare risposta non è più a che titolo si è obbligati, ma perché ci si obbliga con il contratto.

Tale tendenza emerge dal tenore del Code Napoleon del 1804, nonché dal codice civile del 1865, che all'art. 1104 includeva la "causa lecita per obbligarsi" fra i requisiti essenziali per la validità del contratto, precisando, al successivo art. 1119, che "l'obbligazione senza causa, o fondata su una causa falsa o illecita, non può produrre alcun effetto" ⁷².

Tale linguaggio sottende una concezione ancora analitica della causa, orientata a riferire la giustificazione causale non all'intero contratto ma alle singole prestazioni contrattuali da esso scaturenti⁷³. Tuttavia, recependo l'impostazione del codice francese, l'art. 1099 del codice previgente definiva il contratto bilaterale come il vincolo giuridico con il quale i contraenti "si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri". È del tutto evidente, dunque, che, in un orizzonte nel quale il contratto è meramente obbligatorio, quando la causa lecita per obbligarsi diviene elemento essenziale per la validità del contratto, il problema causale tende alla determinazione della ratio del contratto medesimo.

determinare effetti giuridici spostano l'indagine sulla funzione del patto stesso, sulla causalità della fonte.

⁷¹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 187, che, rifacendosi alle elaborazioni di Domat e Pothier, evidenzia la diramazione fra le due tradizionali ragioni dell'obbligarsi: da un lato, la corrispettività fra vantaggi e sacrifici (*controprestazione appreciable a prix d'argent*) e, dall'altra, il modello della donazione, sorretta dal c.d. *motif juste e raisonnable qui tien lieu de la cause*.

⁷² M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. diritto*, VI, Milano, 1960, p. 548 s.

⁷³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di Iudica - Zatti, II ed., Milano, 2011

In un simile contesto, anche il trasferimento del diritto rimane formalmente intermediato dall'obbligazione di dare (pur tacitamente adempiuta per effetto della stessa conclusione del contratto)⁷⁴, che rinviene nell'esistenza del negozio obbligatorio a monte la ratio dello spostamento patrimoniale. Così l'eventuale difetto del requisito causale, inteso come mancanza della fonte giustificativa dell'*obligatio*, non poteva che comportare l'operatività del solo rimedio obbligatorio della ripetizione dell'indebitum. Difatti, ripercorrendo i passaggi dell'autorevole autore⁷⁵, *in tal modo, l'esistenza della causa obligandi venne elevata a requisito indispensabile per la produzione dell'effetto traslativo [...] di conseguenza la mancanza o il vizio della causa attribuiva al tradens esclusivamente un'azione personale per la restituzione, e cioè la *condictio indebiti* o *sine causa*. Un sistema quindi improntato alla maggior certezza dei traffici, alla tutela dei terzi subacquirenti a scapito della proprietà, stante la natura meramente personale della *condictio*.*

Con il codice civile del 1942 si assiste, invece, ad una netta evoluzione concettuale che corre su un doppio binario. Da un lato, emerge il superamento della tradizionale concezione del contratto come meramente obbligatorio, eliminandosi ogni sia pur formale riferimento alle prestazioni contrattuali come costitutive di meri vincoli giuridici. È vero che il contratto, ai sensi dell'art. 1173 c.c., è fonte dell'obbligazione, ma è altresì vero che l'art. 922 c.c. ricomprende il contratto fra i modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo. Non pare più ravvisabile alcuna scissione fra l'atto traslativo ed il contratto meramente obbligatorio, perché è il contratto stesso a divenire, ad un tempo, fonte costitutiva dell'obbligazione e dell'effetto reale. Dall'altro lato, eliminata l'intermediazione formalistica dell'obbligazione, si giunge alla piena affermazione del referente obiettivo della causa nel contratto. In questi termini si esprime, infatti, l'art. 1325 c.c., che ricomprende la causa fra i requisiti essenziali del contratto come atto.

⁷⁴ U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto, I. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 1999, p. 79 ss., che correttamente, sulla base di una disamina dell'art. 1219 del codice previgente, rileva che la portata innovativa dello stesso è stata quella di far coincidere l'esecuzione dell'obbligazione di consegna con l'assunzione dell'obbligazione di dare.

⁷⁵ M. GIORGIANNI, *id.*, p. 550.

Risulta così evidente il netto cambio di prospettiva: se il contratto non è più produttivo di soli effetti obbligatori, ma è altresì fonte dell'effetto reale (trasferimento della proprietà, costituzione o trasferimento di altro diritto reale o di altro diritto) e se, al contempo, la causa non individua più il suo referente nell'obbligazione, ma nel contratto, ricercando la funzione della fonte dalla quale gli effetti scaturiscono, la causa diviene la *ratio* giustificativa tanto dell'obbligazione, quanto dell'attribuzione patrimoniale traslativa.

La *reductio ad unum* che, per effetto dell'art. 1376 c.c., si viene a realizzare fra *titulus e modus acquirendi* ha così comportato l'estensione del rimedio della nullità per mancanza o illiceità della causa anche alla fattispecie acquisitiva del diritto, nell'antecedente formulazione soggetta invece alla tutela prevista per il pagamento indebito, rilevante nei soli rapporti fra *tradens* ed *accipiens*. Difatti, per effetto del ridursi dell'atto traslativo nel contratto causale, la mancanza o illiceità della causa che colpisce il contratto nella sua fase genetica provocandone la nullità impedisce il perfezionarsi della vicenda acquisitiva del diritto.

Se per effetto della netta separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*, i vizi che inficiavano il contratto meramente obbligatorio non rilevavano *ex ante*, non riverberandosi sulla fattispecie traslativa da essa distinta ed attribuendo al *tradens* una mera azione personale di ripetizione dell'indebito⁷⁶, nel momento in cui, con l'affermazione del principio consensualistico, il *modus* viene ad essere inglobato nel *titulus*, ciò comporta inevitabilmente l'estensione dei vizi dell'ultimo al primo.

Così, con l'imputazione del trasferimento direttamente al contratto e l'affermazione di una teoria unitaria della causa, il difetto di quest'ultima comporta l'inefficacia *ab origine* del contratto e conseguentemente la sua inidoneità a determinare il trasferimento. Se, nonostante la nullità del contratto, il bene oggetto dell'atto di

⁷⁶ In merito si veda M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. diritto*, VI, Milano, 1960, p. 550, il quale rileva puntualmente come "per lo innanzi - se è vero che la nuda traditio non era sufficiente a trasferire la proprietà - si riteneva di solito sufficiente che la volontà di trasferre dominium si appoggiasse ad un preesistente titulus acquirendi anche putativo o invalido. [...] Di conseguenza la mancanza o il vizio della causa attribuiva al tradens esclusivamente un'azione personale per la restituzione, e cioè la *condictio indebiti* o *sine causa*".

disposizione venisse consegnato all'acquirente, non per questo risulterebbe trasferito il diritto, con conseguente legittimazione del *tradens*, oltre che alla *condictio indebiti*, all'esperimento dell'azione di rivendica nei confronti dell'*accipiens*⁷⁷.

**4. Raffronto con il principio della separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*.
Diverse conseguenze in ordine alle disfunzioni originarie del *titulus*.**

È evidente, dalla disamina dell'interrelazione fra trasferimento e causa, come gli interessi sottesi alle vicende traslative risultino diversamente bilanciati a seconda che si accolga il principio consensualistico, ovvero quello della separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*. Nella circolazione dei diritti vengono, infatti, in gioco due distinte esigenze: da un lato, la finalità di garantire la rapidità dei traffici e con essa la proprietà, la posizione del reale *dominus*; dall'altra, però, quella opposta, di assicurare che non venga frustrato l'affidamento dei terzi aventi causa dall'acquirente. In altri termini, ogni sistema traslativo è orientato a dar preminente tutela all'una o all'altra di tali contrapposte esigenze.

Per meglio comprendere le conseguenze circolatorie che, sotto il profilo in esame, ha comportato l'accoglimento del principio consensualistico risulta così opportuno un raffronto con i diversi ordinamenti europei che hanno invece accolto il menzionato principio della separazione; principio le cui ripercussioni si apprezzano soprattutto dal punto di vista delle conseguenze relative alle disfunzioni originarie del titolo.

Come già si è avuto modo di rilevare nell'apertura del presente capitolo, è al modello traslativo del diritto romano classico che la scienza giuridica europea, in particolare la dottrina scolastica del diritto comune, fa risalire il fondamento della

⁷⁷ Del resto, non potrebbero neppure in tale ipotesi ravvisarsi i presupposti per l'operatività dell'art. 1153 c.c., nel caso in cui venga trasferito un bene mobile non registrato. Infatti, perché si realizzi l'acquisto a titolo originario fondato sulla regola *possesso vale titolo*, è necessario che il possesso venga dall'*accipiens* conseguito in buona fede, ma soprattutto, ai fini che qui rilevano, sulla base di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto, ossia che, se non fosse per il difetto di legittimazione dell'alienante, trasferirebbe senz'altro il diritto. Così non è nell'ipotesi di contratto nullo.

scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*. In particolare, le elaborazioni del diritto comune si appuntano sul congegno traslativo connotato dalla successione fra *conventio*, l'accordo sullo scopo perseguito dai contraenti, e la *traditio*, ricostruita come fattispecie acquisitiva causale, che richiede per il perfezionarsi del trasferimento la cosiddetta *iusta causa traditionis*⁷⁸. Tuttavia, come illustre dottrina⁷⁹ ha rilevato, il requisito causale da ultimo menzionato deve essere inteso come limitato all'esistenza di un accordo sullo scopo, che trovi nella *traditio* la sua attuazione, mentre non richiede, al contempo, la concreta realizzabilità dello scopo economico - sociale stesso, in ragione del quale ci si è obbligati. Ciò comporta, pertanto, che, la *iusta causa traditionis* si identifichi con l'esistenza di un negozio dal quale scaturisca l'obbligazione di *possessionem tradere*, in assenza del quale, nonostante la consegna, il trasferimento non potrebbe perfezionarsi⁸⁰.

⁷⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 436 ss. Sempre in merito alla *iusta causa traditionis*, B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, 17 - 21 aprile 1990, tomo II, a cura di L. VACCA, p. 441, riporta il fondamentale passo del giurista Paolo, D. 41,1, 31 pr., "*numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa processerit, propter quam traditio sequeretur*", rilevando come tale previsione si ponga in contrasto con le fonti in merito alla *condictio indebiti*. Se, infatti, dalla glossa di Paolo si desume che la proprietà non passi, allorché l'obbligazione sia inesistente, la disciplina della *condictio indebiti* si ricondurrebbe, invece, alla configurazione di un trasferimento astratto, che si produce ancorché il negozio obbligatorio sia nullo.

⁷⁹ M. TALAMANCA, ID.

⁸⁰ A tal riguardo, M. TALAMANCA, ID., sottolinea con particolare chiarezza come gli effetti del trasferimento si producano, nonostante l'impossibilità che lo scopo perseguito si realizzi, legittimando l'alienante ad una mera *actio in personam* per rimuoverli sul piano economico. Si legge così che "*tipico esempio viene offerto dalla solutio: la causa traditionis è l'accordo volto ad adempiere una determinata obbligazione, il quale esaurisce la causa solvendi; ove non esista l'obbligazione da adempiere, che è un presupposto per la realizzabilità della causa solvendi stessa, questo fatto non incide sul trasferimento della proprietà, ma dà luogo alla condictio indebiti, con cui vengono rimossi, sul piano economico, gli effetti del trasferimento*. Pertanto, se il fondamento giustificativo della *traditio* risiede nella *causa solvendi*, nella fonte dell'obbligazione di consegna, è evidente come l'adempimento soddisfi il requisito causale, con la conseguenza che la nullità del *titulus* dà luogo ad un'ipotesi di *indebiti solutio*.

Ora, il modello traslativo bifasico imperniato sulla scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*, fra contratto ad effetti meramente obbligatori e successiva e distinta fattispecie acquisitiva del diritto, ha avuto particolare fortuna nel contesto europeo. Difatti, accanto agli ordinamenti, francese ed italiano, che optarono per la scelta di rottura rispetto al modello romanistico⁸¹, così come ereditato sulla base delle elaborazioni del diritto comune, le altre grandi codificazioni ottocentesche di area germanica rimasero in linea con il principio tradizionale della separazione. Si fa riferimento, in particolare, ai modelli traslativi propri del codice civile austriaco del 1811 e del BGB, emanato nel 1896, ma entrato in vigore nel 1900.

È soprattutto l'ABGB a mostrare piena sintonia con l'insegnamento proveniente dalla tradizione romano - classica, giacché, non solo consacra l'insufficienza del mero contratto consensuale a determinare l'effetto reale e la conseguente necessità di un atto traslativo, consistente, ora nella consegna, ora nell'iscrizione nei pubblici registri⁸², ma, soprattutto, qualifica il rapporto tra *titulus* e *modus acquirendi* in termini causali, in linea con la ricostruzione della *traditio*, quale atto causale e solutorio. Si assiste così alla scissione fra contratto ad effetti meramente obbligatori, il cosiddetto *Verpflichtungs*, dal quale scaturisce l'obbligazione di dare in senso tecnico, di porre in essere un successivo atto di adempimento traslativo, ed il *Verfügungsgeschäft*, l'atto solutorio, il quale solo perfeziona il trasferimento del diritto⁸³. Tuttavia, come si è detto, il modo, la fattispecie

⁸¹ In verità, la rottura con la tradizione romanistica si limitò al superamento della formale necessità della consegna, mantenendosi però, tanto nel Code Napoleon, quanto nel codice del 1865, l'intermediazione logica dell'obbligazione di dare, figlia della risalente ricostruzione del contratto quale fonte di meri effetti obbligatori.

⁸² Dall'art. 1053 dell'ABGB si evince, per quanto concerne i beni mobili, che la vendita sia titolo atto a far acquistare la proprietà, ma che questa si trasferisca solo mediante la successiva consegna. Per quanto concerne i beni immobili, invece, la fattispecie acquisitiva, al ricorrere della quale sola si perfeziona l'alienazione, è rappresentata dall'adempimento pubblicitario, dall'iscrizione nei pubblici registri, che ha quindi efficacia costitutiva. Si tratta del noto modello dell'intavolazione, diffuso anche in Italia nelle province di Gorizia e Trieste, nonché nel Comune di Cortina d'Ampezzo.

⁸³ E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, 2008, p. 28 e ss.

perfezionativa dell'acquisto è causale e trova la propria causa nel contratto obbligatorio a monte, che ne costituisce giustificazione causale esterna.

Un modello analogo risulta, altresì, diffuso in Svizzera⁸⁴, Olanda⁸⁵ e Spagna⁸⁶. In particolare, per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, ciò si evince dall'art. 609 del Código Civil, che, secondo la dottrina unanime consacra il congegno traslativo del c.d. *titulo y el modo*⁸⁷. La disposizione menzionata, infatti, al comma secondo, sancisce che "*la propiedad y lo demas derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten [...] por consecuencia de ciertos contratos mediante tradition*". Proprio come nel sistema austriaco, il trasferimento si realizza per effetto del susseguirsi di due atti: il *titulus*, ossia il contratto meramente obbligatorio, e la successiva fattispecie acquisitiva del diritto, che si realizza con il *desplazamiento de la posesion*, il conferimento del possesso sul bene oggetto del diritto. Ancora una volta il *modus* deve essere assistito da giusta causa, per cui se il contratto a monte dovesse essere nullo, la consegna, mediante la quale si conferisce il possesso sul bene mobile, non sarebbe idonea a far acquistare il diritto; così come non lo sarebbe l'iscrizione nei pubblici registri rispetto alla vicenda circolatoria concernente beni immobili. È evidente, così, che, in assenza del secondo atto della sequenza traslativa, si avrebbe un mero rapporto obbligatorio fra le parti, idoneo a far sorgere un diritto all'acquisto; mentre, dall'altra, se venisse eseguita la sola consegna o iscrizione nei pubblici registri, in difetto di un titolo legittimante, si avrebbe conferimento del solo possesso.

⁸⁴ B. SCHMIDLIN, *Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 305 ss.

⁸⁵ E. SHRAGE, *Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 357 ss.

⁸⁶ E.M. JESÙS GARCÍA GARRIDO, *Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código Civil Español*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 341 ss.

⁸⁷ A. J. VELA SANCHEZ, *La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria*, in *Diario la Ley*, 26 marzo 2009, n. 7143.

Ora, è chiaro che un simile modello traslativo, detto di diritto comune per la sua chiara matrice romanistica, realizzi un equo contemperamento degli interessi in gioco, in quanto tutela il terzo dal rischio di acquisti *a non domino*, subordinando il perfezionamento della fattispecie traslativa ad un successivo atto esteriormente apprezzabile, che dia prova tangibile dell'avvenuto acquisto da parte dell'alienante. Allo stesso tempo, però, se, come si è detto, la causa costituisce elemento essenziale dell'atto di adempimento traslativo e questa si identifica nel negozio a monte, fonte dell'obbligo solutorio, ciò significa che nessun trasferimento potrà perfezionarsi quando il *titulus* risulti viziato. In altri termini, se il negozio obbligatorio è nullo e, come tale, improduttivo di effetti, ed il negozio di puro trasferimento rinviene in esso la propria giustificazione causale, allora anche l'atto traslativo sarà nullo, per mancanza di causa, con conseguente inidoneità a determinare la vicenda reale.

Nel BGB⁸⁸ si afferma, invece, il modello traslativo pandettistico, caratterizzato anch'esso dalla separazione fra titolo e modo, ma con un sensibile dato caratterizzante, che consente di superare la tradizione di diritto comune e di collocarlo in un orizzonte diametralmente opposto rispetto al sistema consensualistico, il cosiddetto *Abstraktionprinzip*⁸⁹.

Il codice civile tedesco postula, per il trasferimento dei diritti, un criterio di separazione fra un contratto obbligatorio, il *Verpflichtungsgeschäft*, dal quale scaturisce, in particolare, l'obbligazione di dare in senso tecnico, ed il successivo atto traslativo solutorio, avente natura consensuale e reale. In verità, la sequenza traslativa si scinde in tre distinti atti: a monte, come si è detto, vi è sempre un contratto obbligatorio causale, il cosiddetto negozio fondamentale, al quale segue per il perfezionamento

⁸⁸ Commento al BGB a cura di Juaernig, 1991, p. 368 ss.

⁸⁹ R. KNÜTEL, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 287 ss.; F.FERRARI, *Principio consensualistico ed Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p. 889 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, 2013, p. 358; F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1970, p. 315 ss.; P.M. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, 2008, p. 35 ss.

della fattispecie traslativa, una seconda fase, che richiede due ulteriori negozi, diversamente disciplinati, a seconda che oggetto del diritto alienato sia un bene mobile o immobile. Per quanto concerne i beni mobili, infatti, il par. 929 BGB prevede che la fattispecie acquisitiva del diritto con funzione solutoria si realizzi mediante un negozio dispositivo astratto accompagnato dalla consegna (*Einingung und Übergabe*⁹⁰). Analogamente per i beni immobili, come previsto dai par. 873 e 925 BGB, è necessario un negozio di attribuzione, l'accordo sul trasferimento dei diritti, l'*Auflassung*, seguito però, come è consueto nelle vicende circolatorie di diritti reali immobiliari, dall'iscrizione sul libro fondiario, il *Grundbuch*.

Ma ciò che, com'è noto, caratterizza tale sistema circolatorio è l'astrattezza del negozio di attribuzione, la sua autonomia rispetto al contratto obbligatorio fondamentale. Il negozio traslativo non rinviene il proprio fondamento nel contratto a monte, ma da esso prescinde, potendo, al più indicare lo scopo dell'attribuzione patrimoniale, lo *Zweck*. La causa non è, dunque, elemento di validità del negozio di adempimento traslativo ed il trasferimento si perfeziona, così, anche nell'ipotesi di nullità del contratto fondamentale. Il diritto si trasferisce, pertanto, prescindendo da ogni accertamento *a priori* circa la giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale; l'atto opera tra le parti anche se non menziona la causa⁹¹.

Tuttavia, il BGB introduce dei correttivi all'astrattezza del negozio traslativo, per cui neppure nell'ordinamento tedesco è ammesso in termini di tendenziale assolutezza un trasferimento del tutto svincolato dalla causa. Difatti, se è vero che l'effetto si produce astraendo dalla validità del contratto obbligatorio fondamentale, per cui il negozio è valido e perfetto anche in ipotesi di nullità del contratto a monte, che non lo scalfisce nella sua dimensione genetica, è altrettanto vero, però, che si assiste ad un recupero di rilevanza della causalità sotto il profilo effettuale, attraverso la *Leistungskondiktion*, sussumibile nel *genus* delle azioni di ingiustificato arricchimento.

⁹⁰ Il par. 929 BGB prevede che "per il trasferimento della proprietà di una cosa determinata è necessario che il proprietario consegni la cosa al compratore e che entrambi concordino che la proprietà si sia trasferita".

⁹¹ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, p. 373 s.

Se manca il *titulus*, ma, ciononostante viene concluso il negozio traslativo, il diritto certamente si trasferisce all'avente causa, stante l'astrattezza della fattispecie acquisitiva; tuttavia, la nullità del *Verpflichtungsgeschäft* rileverà *ex post*, legittimando l'alienante ad agire con l'azione di arricchimento senza causa, rimettendo così in discussione l'effetto prodottosi. Si tratta, però, di un'azione meramente personale, esperibile nei soli confronti dell'*accipiens*. Da ciò ne deriva che, se quest'ultimo ha ulteriormente alienato a terzi, contro questi nulla potrà il *solvens*, risultando in pieno tutelati gli aventi causa dall'*accipiens*. Tramite la previsione dell'azione di arricchimento senza causa viene così escluso un modello di astrazione assoluta, mediante un recupero di causalità degli effetti. A tale stregua, come rilevato da autorevole dottrina⁹², se certo non può parlarsi di un recupero di causalità dell'atto, del negozio di attribuzione, pare però riemergere una rilevanza della causa sotto il profilo effettuale, dell'attribuzione patrimoniale⁹³.

Il sistema traslativo ora delineato, grazie all'astrattezza dell'atto di disposizione, sul quale non si riverberano le conseguenze patologiche dei vizi che inficiano il contratto fondamentale, presenta certamente il vantaggio di garantire efficacemente la sicurezza dei traffici, rendendo inopponibile ai terzi aventi causa dall'*accipiens* la nullità del contratto obbligatorio causale. In questi termini, risulta evidente che la certezza della circolazione giuridica, dell'affidamento maturato dai terzi circa la

⁹² E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 91, che richiama la distinzione effettuata da B. KUPISCH fra causa di giustificazione, la causa solvendi, la *solutio del diritto romano - classico*, per la cui efficacia non era richiesta l'esistenza dell'obbligazione, e il fondamento esterno che rappresenta, invece, la causa di attribuzione. Ecco, se il *titulus* si rivela nullo e, conseguentemente, il pagamento risulta *sine causa*, è proprio la causa dell'attribuzione ad entrare in gioco *ex post*, impedendo il consolidarsi degli effetti che si siano fintanto prodotti.

⁹³ B. KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 433 ss. Al riguardo, risultano particolarmente chiare ed esplicative le parole di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, secondo la quale "in sostanza, l'atto come fonte di produzione di effetti resta, in ogni caso, valido ed efficace a prescindere da qualsiasi ragione che ne giustifichi il funzionamento, viceversa l'effetto traslativo si dimostra parzialmente instabile in rapporto ad un'esigenza di giustificazione del trasferimento del diritto".

titolarità del diritto da parte del disponente, abbia così la meglio sulla tutela della proprietà: il *tradens* perde il suo diritto nonostante la nullità del contratto dal quale l'obbligazione è scaturita. Peraltro, tale conseguenza, perlomeno per la circolazione immobiliare, è in parte temperata dalla previsione di un obbligo di verifica della validità del negozio obbligatorio fondamentale in capo al pubblico ufficiale che debba provvedere all'iscrizione sul *Grundbuch*. Previsione ovviamente sanzionata in meri termini di responsabilità a carico del soggetto inadempiente, senza che in alcun modo ciò possa incidere sull'efficacia del trasferimento⁹⁴.

Pur avendo il pregio di privilegiare la certezza degli acquisti, tuttavia, l'exasperazione del principio della separazione, che conduce a scindere anche il *modus* in una sequenza complessa di due ulteriori atti, determina un notevole appesantimento del meccanismo circolatorio.

Diverse, per non dire diametralmente opposte, sono invece le conseguenze in termini circolatori che derivano dalla sola applicazione del principio consensualistico, del cumulo fra titolo e modo, quest'ultimo assorbito nel contratto medesimo. È evidente, infatti, che un sistema improntato all'immediata imputazione dell'effetto reale al solo contratto, senza necessità di attendere, per il perfezionamento della fattispecie traslativa, né la consegna, né gli adempimenti pubblicitari, favorisca pienamente l'ideale della rapidità e snellezza dei traffici. Del pari, però, svincolare la costituzione del trasferimento da indici circolatori⁹⁵ esteriormente apprezzabili ed ancorarla al solo accordo causale, comporta un'evidente lesione della posizione dei terzi subacquirenti, il cui acquisto non potrà perfezionarsi per l'operatività del principio del *nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse habet*.

È bene però precisare che, così come il BGB introduce degli strumenti calmieratori degli effetti dell'*Abstraktionsprinzip*, anche il nostro codice civile, pur codificando il principio del consenso traslativo, predispose correttivi volti a tutelare l'affidamento

⁹⁴ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 90 ss., in merito agli strumenti contemplati dal BGB per moderare le conseguenze dell'*Abstraktionsprinzip*.

⁹⁵ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, 1933; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 144 ss.

dei terzi; a presidiare l'irrinunciabile valore della certezza della circolazione giuridica. Ci si riferisce, com'è noto, all'art. 1155 c.c., per quanto concerne la circolazione dei beni mobili non registrati, ed alla disciplina di cui all'art. 2644 c.c., in merito alla trascrizione con efficacia tipica, che costituisce il sistema pubblicitario delle vicende dinamiche concernenti diritti reali immobiliari. Entrambe le previsioni ora menzionate a lungo hanno sollevato dibattiti dottrinari, per gli evidenti problemi di coordinamento con il principio generale del consenso traslativo. Come si concilia, infatti, la disciplina in materia di doppie alienazioni, che sancisce la prevalenza di colui che per primo consegua in buona fede il possesso della *res*, ovvero del secondo acquirente primo trascrivente, con il principio consacrato dall'art. 1376 c.c.?

Si tratta di evidenti problematiche inerenti alla tenuta del sistema, che hanno visto contrapporsi distinti orientamenti dottrinari⁹⁶. Superati gli scetticismi delle tesi più

⁹⁶ La difficile convivenza fra le disposizioni citate condusse i primi commentatori a critiche serrate circa l'effettiva portata dell'efficacia traslativa del consenso. In particolare, si restringe l'ambito applicativo del principio alla sola efficacia *inter partes* dei trasferimenti, risultando, invece, necessaria, per l'efficacia *erga omnes*, ora la consegna, ora la trascrizione nei registri immobiliari. In questi termini, si vedano Z. VON LINGENTHAL, *Corso di diritto civile francese*, trad. it., III, Napoli, 1862; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, II, par. 174. In senso ancor più critico si spinge chi ritiene che, o il diritto di proprietà, stante la sua assolutezza, è trasferito ed allora esiste *erga omnes*, o non esiste affatto, con la conseguenza che senza la consegna e la trascrizione alcuna efficacia traslativa può essere riconosciuta al consenso (F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 86 ss.; C. A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942).

In merito, in particolare, alla conciliabilità del consenso traslativo con la disciplina della doppia alienazione immobiliare, si susseguirono molteplici impostazioni dottrinarie. La tesi più risalente ed oggi unanimemente rifiutata è quella di G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1889, incentrata sull'affermazione del carattere meramente relativo della proprietà trasferita per mero consenso. Altra impostazione alquanto isolata è quella avallata da T. RAVÀ, *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1953, il quale ipotizza una sopravvivenza della legittimazione a disporre in capo al comune autore fino al momento dell'intervenuta trascrizione. Più convincente sembrerebbe, invece, la tesi di L. FERRI, *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCALOJA e G. BRANCA, 1977, il quale spiega le norme sulla trascrizione abbandonando l'ottica del diritto sostanziale, collocandosi sul piano della tutela processuale del diritto. A tale stregua l'art. 2644 c.c. si configurerebbe quale disposizione analoga a quelle sulle prove legali, vincolando così il giudice a decidere la controversia dando ragione a chi per primo abbia trascritto. Da ultimo, non è mancata la tesi di chi, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile Commentario*,

risalenti⁹⁷, volte a rinvenire nella disciplina delle doppie alienazioni una conferma del carattere meramente proclamatorio del consenso traslativo, inidoneo in difetto dell'investitura materiale a trasferire il diritto, si afferma un netto mutamento di prospettiva. Occorre prendere atto, infatti, come osservato dalla più attenta dottrina⁹⁸, che, nonostante l'immedesimazione fra titolo e modo operata con l'affermazione del principio consensualistico, in verità, nella disamina del contratto, debbano pur sempre scindersi due distinti piani. Nell'ambito dei rapporti fra le parti, l'atto di autonomia negoziale rileva quale autoregolamentazione degli interessi programmati; mentre diversa valenza assume quando vengano in gioco le posizioni dei terzi, rispetto ai quali il contratto costituisce titolo d'acquisto con mera rilevanza esterna. In altri termini, il principio consensualistico attiene al primo dei profili menzionati, quello del perfezionamento della fattispecie traslativa, che non richiede adempimenti formali ulteriori rispetto alla conclusione del contratto. Al contrario, le fattispecie disciplinate dagli artt. 1155 e 2644 c.c. si riferiscono al piano dell'opponibilità del contratto stesso ai terzi; contratto stavolta inteso come titolo dell'acquisto.

È, dunque, sotto il profilo di quella che viene definita come efficacia riflessa del contratto⁹⁹ che si manifestano gli effetti degli artt. 1155 e 2644 c.c., in termini di risoluzione dei conflitti fra più aventi causa da un comune autore di diritti reali, rispettivamente, mobiliari ed immobiliari¹⁰⁰.

diretto da SCHLESINGER, Milano, 1992, ha sostenuto che la trascrizione opererebbe come condizione risolutiva del primo acquisto non trascritto.

⁹⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 86 ss.; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, p. 447 ss.

⁹⁸ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 7 ss.; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 144 ss.

⁹⁹ V. JHERING, *Die Reflexwirkungen, Oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, 1871, p. 245 ss.

¹⁰⁰ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 35 ss.

Cap. II

Derogabilità del principio consensualistico e obbligazione di dare

1. L'effettiva portata del principio del consenso traslativo. Limitazioni e scelte di politica legislativa.

Dopo aver chiarito che per “consenso delle parti legittimamente manifestato” deve intendersi l'accordo causale, il contratto concluso in uno dei modi di legge nel rispetto dei requisiti di validità prescritti dall'art. 1325 c.c., si tratta, ora, di delimitare l'esatto perimetro dell'art. 1376 c.c. e di verificare se, nonostante la tendenziale assolutezza della sua formulazione, non residuino margini, nei quali il trasferimento del diritto risulti diversamente congegnato. In altri termini, a questo punto dell'indagine, è legittimo domandarsi se il principio consensualistico conviva o meno, al di là delle declamate enunciazioni generali, con la diversa regola della scissione¹⁰¹; se, come efficacemente è stato rilevato, esso costituisca un dogma, ovvero una semplice tendenza¹⁰².

Pare, così, in primo luogo, opportuno effettuare una disamina delle diverse fattispecie codicistiche rispetto alle quali la dottrina ha rilevato possibili eccezioni al modello traslativo consensualistico. In sostanza, si cercherà di ricondurre ad ordine il sistema analizzando quelle che vengono addotte come eccezioni alla regola generale, per comprendere quando effettivamente si possa parlare di deroghe o limitazioni

¹⁰¹ Sul punto si vedano, in particolare, SIRENA P., *Sulla derogabilità del principio consensualistico*, in *Studi in memoria del prof. Michele Giorgianni*, a cura di F. DI GIOVANNI e GRAZIANI C. A., Napoli, 2007; FERRARI F., *Principio consensualistico e abstraktionsprinzip: un'indagine comparatistica*, in *Contratto e impresa*, 1992; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 1998; ID., *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999.

¹⁰² R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 878; R. SACCO, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 165 ss.

legislative al principio del consenso traslativo e quando, invece, ben possa dirsi rispettato.

In particolare, vengono in rilievo le obiezioni anticonsensualistiche dell'illustre autore¹⁰³, secondo il quale *“a chi ben guardi risulterà che il principio consensualistico non si applica a tutti i diritti assoluti; non si applica a tutti i contratti; non si applica a tutte le cose; non si applica a tutti gli effetti del trasferimento. In relazione a taluni diritti, ad alcuni beni, ad alcuni contratti, ad alcuni effetti, s'impone ancora oggi il vecchio modo di acquisto, l'atto esecutivo della convenzione”*. Sacco sottolinea, così, che, nonostante la proclamazione del principio in termini di tendenziale assolutezza, residuerebbero non pochi casi nei quali la consegna, pur non figurando quale fattispecie traslativa nell'impianto generale del codice, pur tuttavia, risulta necessaria o addirittura sufficiente al trasferimento del diritto¹⁰⁴.

A tale stregua, pare senz'altro condivisibile la tesi per cui il principio del consenso traslativo non troverebbe applicazione con riguardo ai contratti costitutivi di garanzie reali¹⁰⁵, effettivamente derogatori rispetto a quanto statuito dall'art. 1376 c.c. Ai sensi dell'art. 2786, comma 1 c.c., infatti, *“il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa”*. E, analogamente, l'art. 2808, comma 2, c.c. dispone che *“l'ipoteca [...] si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari”*. Le norme citate evidenziano come la costituzione del diritto reale di garanzia consegua esclusivamente allo spossessamento, ovvero all'iscrizione nei pubblici registri, in difetto dei quali, la convezione risulta costitutiva di meri effetti obbligatori.

¹⁰³ R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 878 ss.

¹⁰⁴ R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 856; R. SACCO, voce *circolazione giuridica*, in *Enc. diritto*, VII, Milano, 1960, p. 8 ss., in merito all'insufficienza del consenso dell'avente diritto per determinare la circolazione.

¹⁰⁵ R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 882 s.; P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 59 ss.

Com'è noto, sia il pegno che l'ipoteca, in quanto diritti reali, sono caratterizzati dal requisito dell'inerenza, ossia dall'attribuzione al creditore del c.d. diritto di sequela, il diritto di recuperare il bene anche quando sia oramai fuoriuscito dalla sfera giuridica del debitore, in forza della sua opponibilità *erga omnes*. Ma non solo, ciò che più connota i diritti reali di garanzia è la loro ascrivibilità fra le cause legittime di prelazione: riconoscono in capo a colui che ne sia titolare uno *ius prelationis*, ossia il diritto di essere soddisfatto prioritariamente rispetto alla massa degli altri creditori, detti chirografari. Ed è proprio in tale caratteristica derogatoria della *par condicio creditorum*, che risiede la *ratio* della insufficienza del solo accordo causale alla costituzione del diritto reale di garanzia. Lo spossessamento per il pegno e l'iscrizione nei registri immobiliari per l'ipoteca consentono, infatti, l'effettività della garanzia patrimoniale del creditore¹⁰⁶, esposto, in difetto, ad una soddisfazione residuale rispetto al creditore privilegiato, senza che di tale vicenda abbia potuto tener conto al momento del sorgere del vincolo obbligatorio.

La scissione fra contratto meramente obbligatorio, attributivo di un mero diritto a pretendere la consegna della cosa mobile ovvero l'iscrizione nei registri immobiliari, ed il successivo adempimento formale, necessario per la costituzione del diritto, risulta quindi funzionale ad esigenze ulteriori e distinte rispetto al perfezionamento della fattispecie acquisitiva, di tutela della posizione dei creditori, anche futuri, del debitore. Non avrebbe, invero, senso alcuno ritenere che lo spossessamento per il pegno e l'iscrizione per l'ipoteca siano meri requisiti richiesti ai soli fini dell'opponibilità del diritto agli altri creditori, perché proprio nell'assicurare la soddisfazione prioritaria rispetto ad essi risiede la funzione stessa dei diritti reali di garanzia.

Un'ulteriore deroga al principio del consenso traslativo è stata da taluno ravvisata nella disciplina che regola la circolazione dei titoli di credito¹⁰⁷. Le tesi al riguardo sono

¹⁰⁶ P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 60.

¹⁰⁷ R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 896 s.; A. ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966, p. 58 ss.; F. GALGANO, *Sulla circolazione dei titoli di credito*, in *Contratto e*

molteplici e non vi è a tutt'oggi uniformità di vedute, contrapponendosi, di massima, indirizzo consensualista e anticonsensualista¹⁰⁸. Secondo buona parte della dottrina¹⁰⁹ e della giurisprudenza¹¹⁰, la consegna nei titoli al portatore, la girata nei titoli all'ordine e la doppia annotazione, il cosiddetto *transfert*, per quanto concerne i titoli nominativi, sarebbero formalità prescritte ai fini dell'acquisto del diritto cartolare. Tuttavia, la dottrina oggi maggioritaria contesta che possa realmente parlarsi di un'eccezione al consensualismo. Secondo tale ultima ricostruzione, infatti, la proprietà del titolo si trasferirebbe in virtù del solo consenso legittimamente manifestato, alla stregua dell'art. 1376 c.c., e le peculiari formalità imposte per la circolazione cartolare risulterebbero necessarie esclusivamente al fine di far sorgere in capo al portatore la legittimazione ad esercitare i diritti nel titolo incorporati¹¹¹. Del resto, i titoli di credito nient'altro sono che promesse unilaterali di pagamento incorporate in un documento, la c.d. *chartula*, con la conseguenza di estendere ad essi le regole di circolazione previste per i beni mobili.

Ma ancora, è stata da taluni ascritta fra le deroghe al principio del consenso traslativo anche la categoria dei contratti reali¹¹². Si è, infatti, sottolineato come in tali

impresa, 1987, p. 382 ss.; W. BIGIAMI, *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950.

¹⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 492 s.

¹⁰⁹ A. ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966, p. 58 ss.; F. GALGANO, *Sulla circolazione dei titoli di credito*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 382 ss.

¹¹⁰ Trib. Marsala, 24 febbraio 1994, in *Società*, 1994, p. 957 ss.

¹¹¹ P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, III ed., Torino, 2012; P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per ripensare un problema*, in *Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo*, II, Padova, 1992, p. 465 s.; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, 1995; M. CIAN, *Il trasferimento dei titoli dematerializzati fra consensualismo e anticonsensualismo*, in *Giur. Comm.*, 2010, II, p. 80 ss.

¹¹² R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 1993, cap. III, sez. III, p. 855 ss. Per l'esame dei caratteri tipici della categoria si vedano, invece, P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952; A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955; A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare. 1. La costituzione del rapporto*, Milano, 1968; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975; D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e*

fattispecie negoziali la consegna costituisca presupposto indispensabile per l'acquisto del diritto. A tal riguardo, a mio avviso, occorre effettuare una distinzione. In primo luogo, in relazione a taluno dei contratti reali il problema non pare neppure astrattamente porsi, giacché inidonei a determinare l'effetto reale e costitutivi di meri rapporti obbligatori¹¹³. Ma, anche quando si prendano in considerazione i contratti reali traslativi, quali il mutuo, il riporto o la donazione manuale, in verità, l'asserito contrasto con il principio consensualistico pare più che altro il frutto di un'erronea impostazione del problema.

È vero, infatti, che in tali fattispecie negoziali il trasferimento del diritto consegue alla *traditio*, ma è altresì vero che, prima ancora che sotto il profilo effettuale, essa rileva ai fini del perfezionamento del contratto. Insomma, il presunto contrasto fra contratti reali traslativi e principio consensualistico discende da una errata interpretazione dell'art. 1376 c.c., quella secondo cui sarebbe sufficiente il mero incontro dei consensi per determinare l'effetto reale. Se, invece, come si è visto, si supera la sineddoche e si accede alla ricostruzione del principio in esame in termini di diretta ed immediata imputazione del trasferimento al contratto concluso in uno dei modi di legge, non potrà che cogliersi la piena armonia fra realtà e portata del consenso traslativo.

consensualità, Padova, 1998; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 1999; A. BARENGHI, in *Diritto civile*, III, *obbligazioni*, 2. *Il contratto in generale* diretto da LIPARI e RESCIGNO, Milano, 2009.

¹¹³ Si tratta del deposito, contratto reale per effetto del quale, una parte, il depositante, consegna una cosa mobile all'altra, il depositario, il quale assume l'obbligo di custodire la *res* e restituirla in natura. Tale contratto non trasferisce al depositario la proprietà, né risulta idoneo ad immetterlo nel possesso: la consegna è meramente funzionale al sorgere dell'obbligazione di custodia. È del tutto evidente che in questo caso la *traditio* non costituisce fattispecie acquisitiva di un diritto e, pertanto, risulta assolutamente inconferente un presunto contrasto con il principio di cui all'art. 1376 c.c. Secondo la dottrina prevalente sarebbe certamente preferibile ricomprendere fra i contratti reali obbligatori anche il comodato, si veda al riguardo P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, pp. 2 ss. (in particolare, nota 2, p. 2., nella quale si dà atto della controversa natura dei diritti c.d. personali di godimento) e 58 s.

In sostanza, la *traditio* si aggiunge agli altri elementi richiesti per la valida conclusione del contratto¹¹⁴ e, pertanto, il congegno traslativo rimane sostanzialmente ineccepibile: l'effetto reale, perfettamente in linea con quanto prescritto dall'art. 1376 c.c., è direttamente imputabile ad un contratto, per la cui valida conclusione la legge richiede l'elemento materiale della consegna¹¹⁵.

Sempre fra le presunte deroghe al principio del consenso traslativo vengono, peraltro, da Sacco menzionate quelle disposizioni codicistiche nelle quali la mera

¹¹⁴ Come efficacemente rilevato da V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 127 ss., la *ratio* giustificatrice della realtà risiede nella necessità di compensare la debolezza causale dell'atto gratuito. La causa onerosa è, per così dire, una causa "forte", giacché è di immediata percezione la giustificazione di uno spostamento patrimoniale, allorché questo sia bilanciato da una controprestazione. La causa gratuita è invece "debole" e necessita, pertanto, di elementi esterni che la rafforzino, che integrino la debolezza causale, poiché, in difetto, potrebbe dubitarsi della stessa giuridicità del vincolo. Tale funzione assolve, ad esempio, la forma solenne rispetto al contratto di donazione, ovvero la consegna nella donazione manuale, di cui all'art. 783 c.c. Le eccezioni alla realtà (ossia le ipotesi nelle quali il legislatore consente che il contratto reale possa concludersi in forma consensuale) danno conferma della regola stessa individuata dall'A., in quanto sono ammesse esclusivamente rispetto a quei contratti reali non essenzialmente gratuiti. Si fa riferimento, in particolare, alla promessa di mutuo di cui all'art. 1822 c.c.

¹¹⁵ Non pare condivisibile la tesi di chi ritiene che il principio consensualistico sia un'opzione normativa che convive con la regola dell'investitura formale, quale necessità della consegna della cosa al fine della trasmissione della proprietà, ravvisando il *discrimen* fra le due ipotesi nella contrapposizione fra accordo sul trasferimento ed accordo sullo scopo del trasferimento. In tal senso, infatti, R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012, p. 266 ss., secondo il quale il principio del consenso traslativo governerebbe l'efficacia di contratti nei quali il trasferimento è l'effetto finale programmato dalle parti (così nella vendita), mentre quando il trasferimento è mero effetto programmatico, la circolazione sarebbe regolata dal diverso fenomeno dell'investitura mediante *traditio* (es. mutuo o donazione traslativa). Seppure, infatti, possa condividersi la distinzione fra effetto finale ed effetto procedimentale, non pare che essa possa fondare la *ratio* di una presunta inoperatività del principio consensualistico con riguardo ai contratti reali. La strumentalità dell'effetto reale rispetto all'effetto finale, a cui il contratto è da ultimo preordinato (ad esempio il sorgere dell'obbligazione di restituzione del *tandundem eiusdem generis*), non comporta, infatti, alcuna deviazione sotto il profilo effettuale rispetto alla regola consensualistica: la consegna, lungi dal costituire distinta fattispecie acquisitiva del diritto, è inserita nell'*iter* perfezionativo del contratto e, pertanto, non presentandosi da esso scissa, certo non può cogliersi alcuna deroga rispetto al principio fissato dall'art. 1376 c.c.

consegna pare da sé sola sufficiente a determinare il perfezionamento della fattispecie acquisitiva del diritto. Si tratta, in particolare, della volontaria esecuzione della donazione e disposizione testamentaria nulla, di cui rispettivamente agli artt. 799 e 590 c.c., che dà luogo ad irripetibilità dell'attribuzione patrimoniale spontaneamente eseguita dall'erede, in deroga al noto principio per cui "*quod nullum est, nullum producit effectum*"¹¹⁶. Qui, nonostante la mancanza di un *titulus*, di un obbligo giuridicamente vincolante, la mera volontaria esecuzione dell'erede pare idonea a determinare il prodursi della vicenda traslativa, analogamente a quanto accade nell'adempimento delle obbligazioni naturali. Potrebbe, infatti, sostenersi, che così come l'esistenza di un dovere morale e sociale per queste ultime, allo stesso modo il *favor testatoris*, o l'esigenza di assicurare il rispetto e l'attuazione *post mortem* della volontà del donante consentano di ravvisare una giusta causa dell'attribuzione patrimoniale, che ne giustifichi l'irripetibilità.

In questo caso, pare, dunque, operare una limitazione al raggio di applicazione del principio consensualistico, perché, pur essendo fattispecie negoziali inidonee a costituire valide autoregolamentazioni di interessi, la donazione e il testamento nulli possono rilevare quali titoli d'acquisto al fine di assicurare la realizzazione di interessi considerati preminenti rispetto all'imputazione dell'effetto reale al contratto causale.

Ad eccezione della categoria dei contratti reali, che, come si è visto, non costituiscono una deroga al consensualismo, collocandosi la realtà sul piano del perfezionamento della fattispecie negoziale traslativa, in tutte le altre ipotesi analizzate paiono, invece, effettivamente ravvisabili delle limitazioni all'operatività del principio in esame; limitazioni dettate da scelte di politica legislativa, che trovano la loro

¹¹⁶ L'art. 590 c.c. dispone, infatti, che "*la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione*". Parimenti, l'art. 799 c.c. prevede che "*la nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante, che, conoscendo la causa della nullità, hanno, dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione*". Per l'esame di tali disposizioni, si vedano G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 235 ss. e F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974.

giustificazione in esigenze connesse alla natura dei diritti trasferiti ovvero ai particolari e, di volta in volta, prevalenti interessi sottesi alla vicenda acquisitiva¹¹⁷. Tali rilievi consentono, dunque, di affermare che la regola consacrata dall'art. 1376 c.c. non costituisca nel complessivo quadro legislativo un principio assoluto, ma piuttosto una mera tendenza, che non esclude *in nuce* la convivenza con aree governate dal diverso fenomeno della separazione.

2. *L'obbligazione di dare*

Abbandonare la ricostruzione dogmatica del principio consensualistico e coglierne le possibili limitazioni sistematiche conduce ad assumere un'impostazione scevra da preconcetti ed a metterne a fuoco la reale portata. Difatti, l'emersione di fattispecie in relazione alle quali il trasferimento, in ossequio alla preminenza di interessi ritenuti prevalenti dal legislatore, non pare direttamente ascrivibile all'accordo causale, consente di interrogarsi circa la possibilità di individuare ambiti di rilievo dell'obbligazione di dare nel nostro ordinamento.

Sul punto, gli orientamenti dottrinari più risalenti, soprattutto sotto il vigore del codice civile abrogato, tendevano a ritenere che, per effetto della declamazione del principio consensualistico, non solo, l'accordo causale fosse da sé solo sufficiente a produrre l'effetto reale, ma, soprattutto, che tale effetto fosse sempre ed inevitabilmente conseguenza dell'accordo stesso. La lettura dogmatica dell'art. 1376 c.c. conduceva, in altri termini, ad attribuire al principio in esame natura cogente¹¹⁸, escludendo la possibilità che le parti si accordassero per differire il trasferimento ad un

¹¹⁷ P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 55 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 491 ss.

¹¹⁸ G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 1 ss.; C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1988, p. 198; C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto «a domino» della proprietà*, Milano, 1980, p. 56 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 96 ss.

successivo atto di adempimento dell'obbligazione di dare. Se il consenso è traslativo, allora l'effetto reale discende immediatamente dal contratto, potendosi al più ammettere il differimento mediante sottoposizione della dichiarazione negoziale a termine iniziale o condizione sospensiva¹¹⁹.

Tale rigida impostazione, che in un primo momento prevalse, era figlia dall'exasperazione del consensualismo, ereditata dagli interpreti francesi¹²⁰. Come già si è rilevato, infatti, l'art. 1589 *Code Civil* sancisce l'equivalenza fra la promessa di vendita e vendita definitiva¹²¹, impedendo così il riemergere di una separazione fra contratto causale e atto traslativo, come fattispecie acquisitiva da quest'ultimo distinta. Negandosi rilevanza al preliminare di vendita viene sostanzialmente preclusa qualsiasi dissociazione fra *titulus* e *modus*, perché l'accordo con cui le parti si obbligano a trasferire realizza già di per sé il trasferimento stesso¹²².

Ora, però, il codice civile italiano non ripete il principio sancito dal legislatore francese per cui *promesse de vente vaut vente* e, pertanto, non pare essere negata in radice la possibilità che le parti si accordino per regolare il trasferimento del diritto mediante una sequenza bifasica, che scinda il contratto ad effetti obbligatori dal successivo atto di adempimento perfezionativo dell'acquisto. Benché, dunque, parte della dottrina avesse in un primo momento attribuito natura imperativa all'art. 1376 c.c., in verità, tale rigida impostazione non trovava sicuri appigli nel tenore letterale della norma, ben

¹¹⁹ P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 38 ss.

¹²⁰ Vedi *supra*, par. 1, cap. I, p. 18 s.; A.M. DEMANTE e E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analique de Code Civil*, VII, p. 16 ss.

¹²¹ G. ASTUTI, *Promesse de vente vaut vente*, in *Riv. dir. st. dir. it.*, 1953/54, p. 247 ss.; R. SACCO, *Relazione di sintesi*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991, p. 868 ss.

¹²² Il principio "*promesse de vente vaut vente*" ha impedito, nel diritto francese, lo sviluppo dell'istituto del preliminare, ma la prassi ha elaborato strumenti alternativi per scindere effetti reali ed effetti obbligatori. Sul punto si veda A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 98 ss., che effettua un raffronto di diritto comparato sulle diverse sorti del contratto preliminare in ragione dei differenti modelli traslativi accolti.

compatibile con una diversa lettura, secondo la quale l'accordo causale produce l'effetto reale in quanto dalle parti voluto¹²³.

Prevale così oggi il diverso indirizzo interpretativo teso a ritenere che l'art. 1376 c.c. sia una norma dispositiva ed interpretativa della volontà delle parti¹²⁴, canone ermeneutico volto a sancire, nel dubbio, l'immediata produzione dell'effetto reale. Il vero problema, alla luce dell'attuale impostazione dottrina, è, pertanto, quello di stabilire entro quali limiti il principio del consenso traslativo possa essere derogato dalle parti nell'esercizio della loro autonomia privata; quali siano gli argini normativi entro i quali possa essere ammesso nel nostro ordinamento un trasferimento che si realizzi per effetto della separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*. Si tratta, in altri termini, di scandagliare i profili di possibile riemersione dell'obbligazione di dare e per farlo non può certo prescindere da una preliminare disamina delle diverse accezioni nelle quali il *dare* è stato e tuttora viene inteso.

¹²³ In merito, possono ripercorrersi le parole di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 48, il quale sottolinea come "l'interpretazione ancora oggi prevalente sovrappone all'art. 1376 c.c. la formula francesizzante, per la quale il consenso è necessariamente produttivo dell'effetto reale. In verità produce effetti reali il negozio in cui le parti vogliono il trasferimento: in un sistema retto dal principio dell'autonomia contrattuale, che conforma le vicende giuridiche alla volontà dei contraenti, l'art. 1376 c.c. agevola le parti, ma non le vincola contro la loro stessa volontà".

¹²⁴ Sulla derogabilità del principio del consenso traslativo si vedano: R. SACCO, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 905 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, in particolare, nota 104, p. 36; G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in società*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913 ss.; P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999; A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI, Torino, 2009, p. 4 s.; *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 627 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., 2011, p. 871 s.; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 591 ss.; F. FERRARI, *Principio consensualistico ed Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contratto e Impresa*, 1992, p. 889 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, 2013, p. 358 ss.

Sulla base di una ricostruzione storico - comparatistica emerge, infatti, come l'obbligazione di dare sia stata interpretata dalla dottrina in molteplici accezioni¹²⁵, non sempre tutte propriamente afferenti alla questione che qui viene in rilievo.

Di massima, con il termine *dare*, nel suo significato tecnico - giuridico, si intende l'obbligazione avente ad oggetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto; si denota quella peculiare attività consistente nel "*mettere in essere una concreta fattispecie di successione a titolo particolare*"¹²⁶. È in tale significato che, del resto, il *dare* ricorre nelle fonti del diritto romano, nelle quali per *dare rem*, si intende per l'appunto l'obbligazione di porre in essere atti idonei ad assicurare il trasferimento e l'acquisto del diritto¹²⁷. Obbligo che, comunque, per maggiore completezza espositiva, è opportuno precisare come non scaturisse dall'*emptio - venditio*, costitutiva della mera obbligazione di *possessionem tradere*, immettere il compratore nella disponibilità materiale della *res*¹²⁸.

Accanto a quella ora brevemente descritta, che potremmo definire come obbligazione di dare in senso stretto, si colloca poi un differente valore del *dare*, che Dalmartello definisce come "*dare in senso lato*", dalla portata onnicomprensiva. Con esso ci si riferisce tanto al sopra delineato "*dare in senso tecnico*", quanto al mero obbligo di consegnare la *res* mediante conferimento della situazione possessoria o

¹²⁵ A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 1 ss.; A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 214 ss.; L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo, I, *La struttura e l'adempimento*, II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, 2014, p. 316 ss.

¹²⁶ In questi termini l'obbligazione di dare avrebbe raggiunto un significato tecnico, preciso e circoscritto, secondo A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 214.

¹²⁷ Così GAI., *Institutiones*, 4.4., afferma che "*id dari nobis intellegatur, quod ita datur ut nostrum fiat*" e PAUL., D. 50. 17. 167 pr., "*non videntur data, quae eo tempore dentur accipientis non fiunt*".

¹²⁸ Sulla natura delle obbligazioni scaturenti a carico del *venditor* nella vendita romana di epoca classica si veda *supra*, cap. I, par. 1, in particolare per quanto concerne la critica, a mio avviso condivisibile, che L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo, I, *La struttura e l'adempimento*, II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, 2014, p. 317, in particolare nota (61), rivolge a E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, che qualifica il *dare rem* come oggetto dell'obbligazione del venditore di far acquistare la proprietà al compratore.

detentoria. In questo secondo valore il *dare* diviene sostanzialmente l'oggetto dell'obbligazione di consegna, che tende pertanto a sfumare nel *facere*. È in questi termini che il *dare* parrebbe più propriamente identificarsi con l'oggetto dell'obbligazione gravante sul *venditor*¹²⁹.

Più controverso risulta poi un ulteriore significato attribuito all'obbligazione di dare, che discende dalla diversa interpretazione del concetto di "dare in senso tecnico". Non tutta la dottrina è, infatti, unanime nel delimitare l'esatto perimetro di tale obbligazione, avente genericamente ad oggetto il trasferimento.

Secondo una parte della dottrina¹³⁰, nell'alveo del dare in senso tecnico rientrerebbe tanto l'obbligarsi a porre in essere un successivo atto di puro trasferimento, una dichiarazione di volontà negoziale tesa a realizzare la fattispecie acquisitiva, quanto il dovere di eseguire le attività materiali (diverse, dunque, dalla manifestazione di volontà traslativa) che si rendano necessarie perché il contratto possa procurare l'acquisto. Sostanzialmente, secondo tale impostazione dottrinarica, anche l'obbligazione di far acquistare la proprietà al compratore, di cui all'art. 1476 n. 2 c.c. sarebbe inquadrabile nel *genus* del "dare in senso tecnico".

Di tale avviso, risultano senz'altro Dalmartello e Chianale. Il primo, sottolinea, infatti, come, anche nelle c.d. vendite obbligatorie di diritto interno si delinei pur sempre l'obbligazione di dare nel suo valore tecnico - giuridico, seppur con un contenuto diverso ed accessorio rispetto a quello in cui dal debitore sia dovuto un mero atto traslativo, posto che in esse il contenuto del *dare* si atteggia "come dovere di compiere quegli atti o quelle operazioni giuridiche che sono necessarie affinché l'atto traslativo, già compiuto, raggiunga la sua piena efficacia"¹³¹. E, allo stesso modo, anche Chianale pare osteggiare i diversi orientamenti che tendono a ridurre la portata delle obbligazioni di

¹²⁹ È quanto pare emergere dalla lettura di M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 378 ss., con riferimento all'obbligazione di *possessionem tradere*.

¹³⁰ A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 216 s.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 1 s.

¹³¹ A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 217.

cui artt. 1476 n. 2 e 1478 c.c., qualificandole come mere obbligazioni di *facere* del venditore.

Se si aderisce a questo primo filone dottrinale non può che concludersi per una bipartizione etimologica del concetto di *dare*: al *dare* in termini di *possessionem tradere*, come oggetto di un'obbligazione di consegna, si contrappone, infatti, il *dare* in senso tecnico, come obbligo di trasferire, che non si esaurisce però nel mero vincolarsi a porre in essere un successivo e distinto atto traslativo. In altri termini, la prestazione oggetto dell'obbligo di *dare* in senso tecnico può consistere tanto nel porre in essere una dichiarazione di volontà traslativa, quanto nel compiere le diverse attività materiali necessarie a procurare l'acquisto.

Di diverso avviso, risultano invece coloro che in dottrina addivengono ad una sostanziale tripartizione dei significati in cui l'obbligazione di *dare* può essere intesa. Se, infatti, non vi sono difformità di vedute nel momento in cui si tratti di ricomprendere nell'accezione lata del *dare* anche l'obbligazione di consegna, consistente nella mera immissione nel possesso o nella detenzione, le posizioni si allontanano sensibilmente, quando a venire in rilievo sia l'esatta perimetrazione del significato tecnico dell'obbligazione in oggetto.

Al riguardo, vi è chi¹³² ha, infatti, sostenuto che l'obbligazione di *dare* nella sua accezione più circoscritta non si identificherebbe con quella di far acquistare la proprietà al compratore, ma con la sola obbligazione di porre in essere un atto di puro trasferimento; entrambe, peraltro, inquadrabili nel *dare*, inteso in senso lato. Di tale avviso sono sostanzialmente coloro che ritengono che per "dare in senso tecnico" debba intendersi il solo vincolarsi a porre in essere un atto di adempimento traslativo *solvendi causa*, sulla falsa riga dell'obbligo scaturente dal contratto obbligatorio di diritto tedesco. Secondo, tale ricostruzione, dunque, accanto alle obbligazioni di consegna e di *dare* in senso tecnico, dovrebbe collocarsi l'obbligazione di far acquistare la proprietà al compratore di cui all'art. 1476 n. 2 c.c., la quale, pur essendo anch'essa ascrivibile al *dare* in senso lato, sfumerebbe poi nei fatti in un'obbligazione di *facere*, la

¹³² L. CARIOTA - FERRARA, *Negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 224 ss.; *L'obbligo di trasferire*, Roma, 1950.

cui prestazione si sostanzia nel porre in essere adempimenti materiali idonei a procurare l'acquisto del compratore, pur sempre logicamente imputabile all'accordo causale¹³³.

Ora, è del tutto evidente che, in un ordinamento che accoglie il principio del consenso traslativo, a porre problemi di compatibilità con il sistema è proprio l'obbligazione di dare in senso tecnico, sia che la si intenda in termini restrittivi, sia che in essa si ricompnda anche il dovere dell'alienante di adoperarsi per assicurare il perfezionamento della fattispecie traslativa. In ciò probabilmente si spiega la tendenza della dottrina a negarne il rilievo e l'autonomia concettuale, soprattutto a seguito del superamento della formula del costituito possessorio, realizzata dal codice del 1942.

Il codice civile previgente menzionava, infatti, in diversi contesti l'obbligazione di dare: all'art. 1447, che definisce la compravendita come il contratto con cui il venditore si *obbliga a dare una cosa*; all'art. 1219, che dispone, invece, che "*l'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa e di conservarla fino alla consegna*". Si recepisce sostanzialmente l'impostazione del *Code Civil*, che, nonostante l'enunciazione generale del principio consensualistico, mantiene la formale intermediazione dell'obbligazione di *donner*, pur considerata tacitamente adempiuta per effetto della stessa conclusione del contratto.

Con l'emanazione del codice del 1942 scompare, invece, qualsiasi riferimento espresso all'obbligazione di dare, intesa nell'accezione del *donner* di matrice francese e viene meno, peraltro, una classificazione espressa delle diverse tipologie di obbligazioni¹³⁴. Infatti, da un lato, per effetto del combinato disposto degli artt. 1376 e 1470 c.c. si elimina qualsiasi frapposizione logica dell'obbligazione di dare ai fini del

¹³³ G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 136 ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, Milano, 1967, p. 318 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2015, II ed., p. 501 ss.; *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.* fondato da F. Vassalli, VII.1, Torino, 1993, p.82 ss.; P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. SCALOJA e G. BRANCA, Bologna e Roma, 1981, p. 7; A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI ed., Torino, 2009, p. 132 ss.

¹³⁴ Classificazione, invece, prevista dal codice civile del 1865 agli artt. 1219 ss., che distinguevano fra obbligazioni di dare, fare e non fare. Sul punto si veda A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 6 ss.

perfezionamento della fattispecie traslativa, e dall'altro, a livello di classificazione generale, l'obbligo di dare non trova codificazione nel *corpus* normativo.

A fronte di un simile assetto codicistico, come si è detto, la tendenza iniziale è stata quella di negare in radice la possibile sopravvivenza dell'obbligazione di *dare* in senso tecnico, sia che la si intenda come comprensiva del solo obbligo di porre in essere l'atto di puro trasferimento, sia che la si qualifichi come comprensiva dell'obbligazione di fare acquistare la proprietà al compratore. Per tale via, il risultato è stato quello di disconoscere l'autonomia classificatoria del concetto di *dare*: l'obbligazione di dare, in ogni caso, si risolverebbe nel vincolarsi ad un *facere*.

Così, nel nostro ordinamento, potrebbe ascrivere alla categoria del *dare* la sola obbligazione di consegna, corrispondente all'obbligazione di *livrer* del *Code Civil*, espressamente disciplinata dall'art. 1476 n. 1 c.c. e comprensiva del dovere di custodire la *res* fino alla consegna, ai sensi dell'art. 1177 c.c. Obbligo che viene adempiuto mediante l'esecuzione di un'attività diretta ad immettere il creditore nella disponibilità del bene e che, pertanto, si dissolve in un fare.

Alla stessa stregua, come si è visto, si è negata autonoma valenza all'obbligazione di "*far acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto*", di cui all'art. 1476 n. 2, ricondotta anch'essa fra le obbligazioni di *facere* del venditore.

Sebbene l'accoglimento del principio consensualistico abbia condotto ad un contestuale insabbiamento dell'obbligazione di dare, scomparsa dal tenore letterale delle disposizioni codicistiche, ciò non può dirsi sufficiente a negarne la potenziale sopravvivenza, perlomeno in forma latente. Un esame attento delle numerose fattispecie traslative disciplinate dal codice civile consente, infatti, di individuare non pochi profili di emersione dell'obbligazione di dare.

3. Deroga apparente al principio del consenso traslativo: le vendite c.d. obbligatorie.

Non sempre il trasferimento è effetto cronologicamente immediato del contratto di compravendita. Sebbene questa sia la regola, non mancano ipotesi in cui l'effetto traslativo è differito al verificarsi di un evento successivo rispetto al raggiungimento dell'accordo. È quanto accade quando, al momento della conclusione del contratto, l'alienante non abbia la legittimazione a disporre del diritto (vendita di cosa altrui); la cosa che costituisce oggetto del diritto non sia ancora venuta ad esistenza (vendita di cosa futura), ovvero sia stata individuata solo nel genere (vendita di cosa generica)¹³⁵. In tutti questi casi, in cui l'acquisto non può essere contestuale alla conclusione della vendita, sorge a carico dell'alienante l'obbligazione, poc'anzi menzionata, di *fare acquistare la proprietà della cosa o il diritto al compratore*, prevista dall'art. 1476 n. 2 c.c.

È proprio il delinarsi di tale peculiare obbligazione a caratterizzare le vendite c.d. obbligatorie; categoria alla quale rimangono così estranee quelle fattispecie negoziali in cui, pur essendo l'effetto reale differito, non pare in alcun modo ravvisarsi il sorgere del suddetto vincolo a carico dell'alienante. In tale ottica, rimangono al di fuori della disamina in oggetto le vendite sottoposte a termine iniziale o a condizione sospensiva, le quali subordinano al decorso del termine o al verificarsi dell'evento futuro ed incerto dedotto in condizione l'efficacia del contratto, tanto reale quanto obbligatoria¹³⁶. Analoghe considerazioni paiono poi potersi svolgere rispetto alla vendita con riserva

¹³⁵ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.* fondato da F. Vassalli, VII.1, Torino, 1993, p. 93 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI ed., Torino, 2009, p. 128 ss.

¹³⁶ Secondo A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI ed., Torino, 2009, p. 135 ss. dovrebbe nettamente distinguersi fra vendita obbligatoria e vendite ad effetti differiti o sospensivamente condizionati. La vendita ad effetti differiti ricorre, infatti, nell'ipotesi di sottoposizione a termine iniziale, che, dilazionando la sua efficacia al decorrere di un *dies certus an*, non determina il sorgere dell'obbligazione di cui all'art. 1476 n. 2 c.c., vista la certezza in ordine al (futuro) verificarsi dell'effetto reale al solo scadere del termine. Allo stesso modo, l'obbligazione del venditore di far acquistare la proprietà al compratore non pare scaturire dalla vendita sospensivamente condizionata, nella quale tutti gli effetti del contratto sono subordinati al verificarsi di un evento futuro ed incerto; *"attraverso la clausola condizionale penetra nel negozio, con efficacia subordinante, un piano di interessi estrinseco all'assetto tipico della compravendita"*.

della proprietà. Benché taluni¹³⁷ l'abbiano inquadrata nella categoria delle vendite obbligatorie, l'acquisto del diritto è in questo caso condizionato esclusivamente al pagamento dell'ultima rata di prezzo da parte del compratore.

Ora, concentrando la nostra attenzione sulle tipologie di vendite pacificamente ascritte alla categoria in esame, la valutazione del congegno traslativo che le caratterizza in termini di compatibilità o meno con il principio consensualistico dipende dal differente assunto di partenza in merito all'esatta qualificazione dell'obbligazione di cui all'art. 1476 n. 2 c.c.

Siamo, infatti, proprio certi che nelle vendite c.d. obbligatorie di diritto interno sia ravvisabile la scissione fra *titulus* e *modus acquirendi* che caratterizza gli ordinamenti che accolgono il principio della separazione? Come si è detto, la risposta a tale quesito discende dalla differente ricostruzione dottrinale circa l'esatta perimetrazione dell'obbligazione di dare in senso tecnico. Naturalmente coloro che ricomprendono anche l'obbligazione di fare acquistare la proprietà o il diverso diritto al compratore nell'accezione tecnica del *dare*, che non si esaurirebbe nel mero porre in essere un atto negoziale traslativo, vedono nelle vendite obbligatorie una chiara eccezione al principio consensualistico; un'ipotesi di riemersione del trasferimento bifasico, imperniato sulla scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*.

Diversa è invece la posizione di coloro che, tenendo nettamente distinte l'obbligazione di dare in senso tecnico e quella di cui all'art. 1476 n. 2 c.c., confinano le ipotesi di deroga al consenso traslativo a quelle sole fattispecie nelle quali l'alienante si obblighi a concludere un successivo e distinto atto di disposizione, al quale sia esclusivamente imputabile l'effetto reale.

L'opzione per l'una o per l'altra posizione dottrinale potrà effettuarsi solo dopo aver passato in rassegna i peculiari caratteri delle fattispecie negoziali tradizionalmente qualificate come vendite obbligatorie, soffermandoci, in particolare, sulle modalità con le quali si perfeziona in esse il congegno traslativo.

¹³⁷ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1971, p. 428 ss.; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 214 ss.

Ai sensi dell'art. 1472, comma 1, c.c. "nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza"¹³⁸. Si tratta della cosiddetta *emptio rei speratae*, avente ad oggetto un bene giuridico non ancora esistente al momento della conclusione del contratto, in sintonia con la previsione generale di cui all'art. 1348 c.c., che ammette la prestazione di cosa futura. Bene che viene dedotto in contratto come futuro e non attuale, perché, in caso contrario, se il compratore fosse convinto in buona fede di acquistare una *res* già venuta ad esistenza, si avrebbe un'immediata inattuazione dell'attribuzione patrimoniale traslativa, contestuale alla conclusione della vendita.

Numerose sono state le tesi avanzate circa la natura giuridica di tale contratto. Taluni hanno parlato di vendita sospensivamente condizionata alla venuta ad esistenza della *res*¹³⁹, alla quale è stato obiettato come l'evento condizionale, al quale si subordina l'efficacia del contratto, non possa essere rappresentato da uno dei suoi elementi essenziali, l'oggetto per l'appunto.

Altri hanno, invece, descritto la vendita di cosa futura come fattispecie negoziale a formazione progressiva, provvisoriamente incompleta: vendita *in itinere* che si perfeziona con la venuta ad esistenza del bene che ne integra l'oggetto¹⁴⁰. Pare, tuttavia, aver colto nel segno chi¹⁴¹ ha rilevato come l'oggetto della vendita non sia il bene nella sua materialità, ma il bene giuridico promesso, il bene mentalmente dedotto dalle parti in contratto. Ne consegue, ripudiata la tesi del bene c.d. reale¹⁴², l'immediata

¹³⁸ Per l'esame della vendita di cosa futura si vedano, in particolare, M. GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962; A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI ed., Torino, 2009, p. 47 ss.; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957; M. G. FALZONE CALVISI, *La vendita di cosa futura*, in *La vendita* a cura di M. BIN, vol. III.1, Padova, 1995, p. 591 ss.

¹³⁹ P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, p. 151 ss.

¹⁴⁰ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1971, p. 177 ss.

¹⁴¹ A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI ed., Torino, 2009, p. 47 ss.;

¹⁴² Tesi sostenuta da G. B. FERRI, *La vendita in generale*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, XI, Torino, 1984, p. 198 ss.

perfezione del contratto, in tutti i suoi elementi essenziali, nonostante la futura venuta ad esistenza della *res*.

La tesi oggi maggiormente accreditata in dottrina ed in giurisprudenza è però certamente quella che qualifica il contratto in esame come vendita obbligatoria, dalla quale, dunque, non potendo promanare l'effetto reale al momento della perfezione del contratto, sorge in capo al venditore proprio la descritta obbligazione di cui all'art. 1476 n. 2 c.c.; obbligazione che, in questo caso, si risolve nel dovere dell'alienante di adoperarsi affinché il bene pattuito venga realmente ad esistenza, con le caratteristiche descritte in contratto.

Ma, a ben guardare, tale vincolo obbligatorio non comporta una scissione logica nella produzione dell'effetto reale; non determina un ritorno alla separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*, e ciò lo si coglie, se si analizza il perfezionarsi del congegno traslativo al momento della venuta ad esistenza della *res*. Come emerge dal citato art. 1472, comma 1, c.c., il compratore acquista il diritto nel momento in cui il bene giuridico programmato viene ad esistenza, ma come si realizza tale fattispecie acquisitiva? In un primo momento, con la venuta ad esistenza della *res*, il venditore acquista a titolo originario, ma, nell'istante logico immediatamente successivo, in forza del contratto di compravendita, il diritto si trasferisce al compratore a titolo derivativo.

L'effetto reale, dunque, pur essendo differito cronologicamente al momento della venuta ad esistenza del bene che costituisce oggetto del diritto, rimane giuridicamente imputabile al solo contratto, senza che, nella suddetta sequenza traslativa possa ravvisarsi una deroga al consensualismo. In ultima analisi, è, infatti, sempre all'accordo causale che può farsi risalire l'effetto reale, meramente dilazionato sul piano temporale.

Per quanto concerne la vendita di cosa altrui¹⁴³ occorre, invece, effettuare una distinzione di base, incentrata sullo stato psicologico di buona o mala fede dall'acquirente al momento della conclusione del contratto. Se, infatti, il compratore

¹⁴³ Per un generale inquadramento dell'istituto si vedano, fra i tanti, L. CARIOTA FERRARA, *Negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936; R. CAVALLO BORGIA, *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972; A. LUMINOSO, *La compravendita*, VI ed., Torino, 2009, p. 47 ss.; F. A. REGOLI, *La vendita di cosa altrui*, in *La vendita* a cura di M. BIN, vol. III, 1, Padova, 1995, p. 861 ss.

acquisto, facendo incolpevole affidamento, sulla effettiva titolarità del diritto da parte del disponente, è al momento stesso della conclusione del contratto che egli attende di perfezionare il suo acquisto, in forza dell'art. 1376 c.c. Non si avrà, pertanto, vendita obbligatoria, ma immediata violazione della *lex contractus*, con conseguente legittimazione ad esperire i rimedi propri della garanzia per evizione.

A venire qui in rilievo è, invece, l'ipotesi in cui il compratore sia in mala fede al momento della vendita, ossia consapevole dell'altruità del diritto. È in questo caso, infatti, che trova legittimamente applicazione il disposto di cui all'art. 1478, comma 1, c.c., per cui "*se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore*". Nell'ipotesi di mala fede dell'acquirente, dunque, la vendita di cosa altrui si delinea pacificamente come fattispecie negoziale obbligatoria, connotata anch'essa dall'obbligazione di cui all'art. 1476 n. 2 c.c., per il cui adempimento il venditore ha un congruo termine, secondo quanto previsto dall'art. 1183 c.c.

Ora, anche in tale ipotesi, l'acquisto da parte del compratore prescinde da un successivo e distinto atto traslativo e pare rinvenire il proprio fondamento nell'accordo. L'art. 1478, comma 2, c.c., sancisce, infatti, che "*il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa*"¹⁴⁴. In altri termini, per effetto dell'acquisto dal reale *dominus*, si sana il difetto di legittimazione dell'alienante e, nell'istante logico immediatamente successivo (esattamente come accade nella vendita di cosa futura), il diritto si trasferisce al compratore a titolo derivativo, in forza di quanto previsto dal contratto di compravendita. La sopravvenuta legittimazione del disponente elimina, per così dire, l'ostacolo che si frapponeva all'immediata efficacia traslativa del contratto, in ragione dell'operare del principio per cui *nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse habet*.

¹⁴⁴ In verità l'art. 1478, comma 2, c.c. indica solo uno dei possibili modi in cui il venditore può adempiere all'obbligazione di fare acquistare la proprietà al compratore. È anche possibile, infatti, che il venditore procuri l'acquisto al compratore mediante una serie di acquisti a titolo originario. In questo caso vi è comunque la cooperazione del venditore nel procurare il perfezionamento della fattispecie acquisitiva, giacché concorre alla determinazione del titolo astrattamente idoneo.

Per quanto concerne, da ultimo, la vendita di cosa generica¹⁴⁵, secondo quanto previsto dall'art. 1378 c.c., "la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo fra le parti o nei modi da esse stabiliti". Anche in questa ipotesi la vendita, per la genericità dell'oggetto, è inidonea a determinare un immediato effetto reale, e sorge dal contratto l'obbligo di cui all'art. 1476 n. 2 c.c.; obbligo che viene adempiuto mediante l'individuazione: la specificazione esatta del bene che, all'interno del *genus* di riferimento, costituisce l'oggetto del diritto alienato.

Il riferimento all'*accordo fra le parti*, ha indotto taluni ad attribuire all'individuazione natura negoziale ed a concepirla quale atto traslativo successivo e distinto, al quale solo imputare l'effetto reale. Tuttavia, la dottrina maggioritaria ritiene che, pur ammettendosi la natura negoziale dell'individuazione, il trasferimento dipenda comunque dall'accordo raggiunto con la conclusione del contratto, non rilevando l'individuazione quale nuovo e distinto impegno traslativo¹⁴⁶.

I congegni traslativi che connotano le differenti tipologie di vendite obbligatorie parrebbero così deporre a favore della loro ricostruzione in termini di perfetta sintonia con il principio del consenso traslativo, essendo l'effetto reale differito cronologicamente ma sempre giuridicamente scaturente dal consenso legittimamente manifestato con la conclusione del contratto.

Di certo tale opinione non è condivisa da coloro che spiegano anche il meccanismo traslativo delle vendite obbligatorie facendo ricorso all'obbligazione di dare in senso tecnico¹⁴⁷. Seguendo il ragionamento di tali autori, poiché per *dare* si intende trasferire la proprietà o altro diritto, l'obbligazione di dare in senso tecnico non si esaurirebbe nel porre in essere una successiva manifestazione di volontà traslativa, ma potrebbe ben imporre al debitore – alienante anche il compimento di sole attività materiali.

¹⁴⁵ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.* fondato da F. Vassalli, VII.1, Torino, 1993, p. 97 s.; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 147 ss.

¹⁴⁶ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.* fondato da F. Vassalli, VII.1, Torino, 1993, p. 97 ss.

¹⁴⁷ A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 222 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 34 ss.

Com'è stato al riguardo rilevato da Dalmartello, “ciò che consente di unificare concettualmente nella categoria dell'obbligazione di dare forme così disparate ed eterogenee di attività, quali sono l'attività materiale dovuta in questi casi (vendite obbligatorie) e l'attività volitiva (obbligo di compiere l'atto traslativo) [...] è soltanto un criterio teleologico, dal momento che tutte quelle forme di attività non sono dovute in quanto tali, ma in vista del risultato giuridico che da esse dipende e che deve esser procurato al creditore (trasferimento del diritto)¹⁴⁸.

Benché tale tesi abbia avuto l'indubbio vantaggio di porre in evidenza la rilevanza dell'obbligo di dare nel nostro ordinamento, superando quelle impostazioni che tendevano a negarne l'autonomia concettuale, deve, tuttavia, ritenersi preferibile la diversa ricostruzione che non ravvisa nelle vendite c.d. obbligatorie il ritorno alla separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*, negando così che rappresentino una deroga al principio del consenso traslativo.

Nelle vendite di cose determinate solo nel genere, future o altrui, l'accordo è finalizzato al trasferimento e non già diretto alla costituzione di un'obbligazione a trasferire; l'obbligazione di “far acquistare la proprietà al compratore” sarebbe meramente strumentale ad assicurare la realizzazione di un effetto traslativo, sempre scaturente dal contratto, che non richiede, dunque, per il suo perfezionamento un'ulteriore manifestazione di consenso¹⁴⁹.

Si concorda così con la dottrina attualmente maggioritaria che restringe la nozione di obbligazione di dare in senso tecnico alle sole ipotesi in cui l'alienante si vincoli a trasferire mediante un successivo negozio di puro trasferimento, poiché solo in esse si intravede il meccanismo traslativo improntato alla separazione fra contratto obbligatorio e successivo atto di adempimento traslativo. Nelle vendite obbligatorie di diritto interno (ben distinte dalla vendita obbligatoria in senso proprio del diritto

¹⁴⁸ A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 228, il quale sottolinea, peraltro, come in tale accezione l'obbligazione di dare in senso tecnico fosse intesa anche nella *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale del libro delle obbligazioni*, in particolare all'art. 315.

¹⁴⁹ G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 631 ss.

tedesco) l'obbligazione di cui all'art. 1476 n. 2 c.c. risulta, invece, adempiuta al seguito di verificarsi di eventi non negoziali che rendono possibile il perfezionarsi dell'acquisto a titolo derivativo che trova la propria causa nel contratto. Non vi è, pertanto, alcuna deroga al principio consensualistico: il differimento cronologico dell'effetto reale che pare *prima facie* un'eccezione al consenso traslativo, ne costituisce invero una piena conferma.

4. Profili di emersione dell'obbligazione di dare in senso tecnico. Atti di adempimento traslativi di matrice codicistica.

Per verificare la tenuta del principio del consenso traslativo e scandagliare i possibili profili di emersione del diverso modello della separazione, accolto dai Paesi di area germanica, occorre soffermare la nostra indagine sul concetto di obbligazione di dare in senso tecnico così come ora restrittivamente delineata, limitata cioè a quelle sole fattispecie in cui il trasferimento si presenti logicamente e giuridicamente intermediato dal compimento di un negozio attuativo dell'obbligo traslativo contrattualmente assunto.

È proprio tale obbligazione a porre, infatti, i più evidenti problemi di compatibilità all'interno di un sistema improntato al trasferimento per solo effetto dell'accordo causale. Tant'è che è proprio in tale accezione che la dottrina, da più parti, ne aveva sempre negato la configurabilità nel nostro ordinamento.

Ebbene, nonostante le tradizionali ragioni giuridiche ritenute ostative alla prospettazione della figura del c.d. pagamento traslativo nel nostro ordinamento (contestazioni strutturali e causali che vedremo nel dettaglio nel successivo capitolo), risulta doveroso precisare come non poche siano le previsioni codicistiche nelle quali il trasferimento pare realizzarsi per effetto della separazione fra contratto ad effetti meramente obbligatori (*titulus*) e successivo atto traslativo *solvendi causa (modus)*. È, in altri termini, lo stesso impianto codicistico a denunciare, accanto al modello traslativo di cui all'art. 1376 c.c., l'esistenza di fattispecie in cui il trasferimento risulta intermediato dall'obbligazione di dare in senso tecnico.

A venire in rilievo è senz'altro, in primo luogo, la dibattuta figura del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o mobili registrati¹⁵⁰. L'art. 1706, comma 2, c.c. dispone, infatti, che *“se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante. In caso d'inadempimento si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre”*. Trattandosi di un mandato senza rappresentanza, il mandatario agisce per conto del mandante ma in nome proprio, con la conseguenza che gli effetti del negozio concluso dal mandatario ricadranno nella sua stessa sfera giuridica, pur essendo obbligato, in forza del mandato, a *ritrasferirli al mandante*. Peraltro, in forza dell'art. 1707 c.c., che regola i conflitti fra mandante e creditori del mandatario, *“i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio, purché [...] trattandosi di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di trasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo”*. È in particolare da tale ultima disposizione che si desume come il mandatario adempia all'obbligo di dare di cui all'art. 1706, comma 2, c.c. mediante un *atto di trasferimento*, posto in essere in attuazione del mandato e da sé sufficiente a realizzare l'effetto reale. Tanto ciò è vero che è proprio tale atto ad essere soggetto a trascrizione e non già il contratto di mandato a monte, a riprova del fatto che l'effetto reale (la vicenda traslativa) è imputabile al solo atto di esecuzione posto in essere dal mandatario, mentre il mandato rimane contratto meramente obbligatorio. Questi indici parrebbero chiaramente deporre per la qualificazione dell'obbligazione di

¹⁵⁰ In merito alla figura del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili e beni mobili iscritti in pubblici registri si vedano G. DI ROSA, *Il mandato*, I, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2012; B. CARPINO, *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di M. BESSONE, vol. XIV, Torino, 2007; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.* a cura di CICU e MESSINEO, Milano, 1984; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da VASSALLI, Torino, 1957. Per quanto concerne, in particolare, la problematica del rapporto con il principio consensualistico si vedano poi G. MACCARONE, *Considerazioni di ordine generale sull'obbligazione di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 636 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 735 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 265 ss.; A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 219 ss.

cui all'art. 1706, comma 2, c.c. in termini di *dare in senso tecnico*. Del resto, come emerge dal tenore letterale della norma, se l'obbligazione resta inadempita, il mandante è legittimato ad agire per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, con l'emanazione di una sentenza costitutiva che tenga luogo dell'atto non concluso¹⁵¹. Non trova, pertanto, applicazione il rimedio coattivo di cui all'art. 2930 c.c., che deporrebbe, invece, per la natura meramente ricognitiva dell'atto del mandatario, volto al conferimento della sola situazione possessoria, essendosi il trasferimento già prodotto in forza del mandato.

Benché, dunque, sia il rimedio accordato dall'art. 1706, comma 2, c.c. per il caso di inadempimento del mandatario, sia il richiamo da parte dell'art. 1707 c.c. alla trascrizione dell'atto di trasferimento in favore del mandante, paiano confermare la presenza di un assetto traslativo, imperniato sulla separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*, la dottrina ha talvolta (soprattutto nei primi anni di applicazione del nuovo codice) dubitato che l'acquisto del mandante avvenga in forza di un atto di puro trasferimento concluso dal mandatario. Sono state così prospettate diverse ricostruzioni del congegno effettuale traslativo desumibile dalla previsione letterale di cui all'art. 1706, comma 2, c.c., volte a negare ogni possibile profilo di emersione dell'obbligo di dare nel nostro ordinamento, nella ricerca di un ideale di coerenza al consensualismo all'interno del sistema.

In tale ottica, taluni hanno ritenuto che l'atto di cui all'art. 1706, comma 2, c.c. rivestirebbe mero carattere ricognitivo di un trasferimento prodottosi in forza del mandato, necessario al solo fine di assicurare la continuità delle trascrizioni, ai sensi dell'art. 2650 c.c. Il trasferimento non sarebbe perciò intermediato dall'acquisto del mandatario, obbligato a ritrasferire al mandante, ma si produrrebbe direttamente in favore del mandante sulla base del contratto concluso dal mandatario con il terzo.

¹⁵¹ A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 219, il quale precisa come ulteriore conferma del chiaro sorgere di un'obbligazione di dare in senso tecnico si abbia proprio soffermando l'attenzione sul rimedio previsto in caso di inadempimento. Il mandante non deve, infatti, ricorrere all'esecuzione forzata per la consegna o il rilascio (che gli darebbe il possesso o la detenzione della *res*, ma all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2932 c.c.

Secondo tali autori, infatti, il contratto concluso dal mandatario sarebbe da sé solo sufficiente a realizzare il trasferimento della proprietà c.d. sostanziale *recta via* dalla sfera giuridica del terzo a quella mandante, mentre l'atto del mandatario risulterebbe necessario per conferire al mandante la proprietà formale, o meglio la mera legittimazione a disporre¹⁵². Così, l'atto del mandatario, impropriamente qualificato come di ritrasferimento, altro non sarebbe se non quel titolo idoneo alla trascrizione, richiesto dall'art. 2657 c.c.

Altra parte della dottrina, partendo sempre dall'assunto di fondo per cui il diritto si trasferirebbe direttamente ed immediatamente dal terzo al mandante in ragione del solo contratto concluso dal mandatario, ha invece prospettato la tesi del c.d. doppio acquisto automatico¹⁵³. Nel mandato ad acquistare beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri si avrebbero in verità due acquisti logicamente successivi (dal terzo al mandatario ed un secondo, dal mandatario al mandante), ma cronologicamente contestuali. In altri termini, il congegno traslativo non sarebbe dissimile da quello proprio delle vendite c.d. obbligatorie: il mandatario sarebbe, infatti, obbligato a fare acquistare la proprietà al mandante, concludendo il negozio gestorio, di modo che, una volta concluso, il diritto verrebbe, sì, in prima istanza acquisito dal mandatario, ma, nell'istante logico immediatamente successivo, in forza del mandato, si trasferirebbe direttamente nella sfera giuridica del mandante.

¹⁵² Tale impostazione dottrinarica, che prospetta una distinzione fra titolarità del diritto (che si trasferirebbe direttamente dal terzo al mandante) e legittimazione a disporre, è stata in dottrina seguita ed ampiamente argomentata da T. RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1952, I, p. 249 ss.; S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, ora compreso in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 419 ss. Sul tema si vedano anche A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 21 ss.; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 639.

¹⁵³ C. SANTAGATA, *Del mandato - Disposizioni generali*, in *Commentario al cod. civ.* a cura di SCIALOJA - BRANCA, artt. 1703 - 1709, Bologna - Roma, 1985, p. 376 ss.; MENGONI - REALMONTE, voce *Disposizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 143 ss.

Entrambe le tesi ora delineate prestano però il fianco a molteplici critiche e risultano oggi superate dall'opinione maggioritaria, che vede nella previsione di cui all'art. 1706, comma 2, c.c. una chiara riemersione dell'obbligo di dare¹⁵⁴. In primo luogo, infatti, non paiono aver colto nel segno nel momento in cui non tengono in debita considerazione la distinzione fra mandato con e senza rappresentanza¹⁵⁵. Se nel mandato senza rappresentanza, in cui non vi è la *contemplatio dominii*, si ammettesse che l'attività negoziale posta in essere dal mandatario in suo nome, pur nell'interesse del mandante, produca i suoi effetti direttamente nella sfera giuridica del *dominus*, verrebbe del tutto a svanire il discrimine con la figura del mandato con rappresentanza, il cui dato caratterizzante è proprio rappresentato dall'immediata imputazione degli effetti nella sfera giuridica del mandante, in forza della spendita del nome operata dal mandatario al momento della conclusione del contratto con il terzo.

Ancor più pregnante pare poi l'obiezione che correttamente rileva come entrambe le tesi sopraesposte, che negano l'efficacia traslativa dell'atto di trasferimento in favore del mandante, si scontrino inevitabilmente con il disposto dell'art. 1707 c.c. Come può, infatti, ammettersi la trascrizione di un atto che non realizzi una vicenda traslativa immobiliare?

È vero che il codice contempla la trascrizione di contratti obbligatori (locazione immobiliare ultranovennale, contratto preliminare), ma è altresì vero che, in assenza di una previsione espressa, trova applicazione l'art. 2645 c.c. che consente di estendere il novero degli atti soggetti a trascrizione solo allorché questi siano comunque idonei a produrre taluno degli effetti dei contratti di cui all'art. 2643 c.c.¹⁵⁶ Allo stesso modo,

¹⁵⁴A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 21 ss.; ID, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1984, p. 229 ss.; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 636 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano, 1975, p. 201 ss.; V. CARNEVALI, voce *Mandato (dir. civ.)*, in *Enc. giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1990, p. 4 ss.

¹⁵⁵ G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 640.

¹⁵⁶ Collocandosi dall'angolo visuale della natura dell'atto, la dottrina si era a lungo affaticata nell'individuare classificazioni coerenti degli atti soggetti a trascrizione in relazione

non può ritenersi che il problema si risolva ammettendo la trascrizione del contratto di mandato, perché, se quest'ultimo fosse idoneo alla produzione degli effetti reali, il legislatore ne avrebbe espressamente sancito la trascrizione con efficacia dichiarativa.

Pertanto, deve certamente convenirsi con la dottrina più moderna che, anche in ossequio ad una ricostruzione ermeneutica fedele alla lettera della norma, ritiene che dal mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sorga un vero e proprio obbligo di dare in senso tecnico¹⁵⁷, da eseguirsi mediante un atto di adempimento traslativo.

Analoghi rilievi critici si prospettano con riguardo alla figura del mandato senza rappresentanza *ad alienare* beni immobili o mobili registrati. Anche rispetto a tale figura la dottrina, infatti, ha avanzato diverse ricostruzioni del meccanismo effettuale e taluni autori ne hanno messa in discussione la stessa configurabilità nel nostro ordinamento. Le incertezze derivano, in particolare, dalle asserite lacune nella continuità delle trascrizioni che una simile fattispecie negoziale verrebbe a determinare. Difatti, l'acquirente non potrebbe trascrivere il suo acquisto né contro il mandatario, giacché questi non è il titolare del diritto alienato, né contro il mandante, che non è parte del contratto concluso con il terzo¹⁵⁸.

alla loro struttura ed alle loro peculiari caratteristiche. Oramai però la dottrina maggioritaria ha abbandonato tale impostazione ed è concorde nel ritenere che oggetto della trascrizione sia non già l'atto, quanto piuttosto gli effetti che dallo stesso scaturiscono. Conferma di ciò è desumibile, per l'appunto, dal tenore letterale dell'art. 2645 c.c., nella parte in cui dispone che *"del pari deve rendersi pubblico, agli effetti dell'articolo precedente, ogni altro atto o provvedimento che produce [...] taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c. [...]"*. Una volta accolta tale impostazione, incentrata sul profilo effettuale e non più strutturale dell'atto, è evidente il minimo comune denominatore degli atti soggetti a trascrizione: l'analogia di effetti dagli stessi prodotti, ossia la costituzione, modificazione o estinzione di diritti reali su beni immobili. A tal riguardo si vedano, in particolare, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, II ed., in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, 1998, p. 71 ss.; L. FERRI, *La trascrizione immobiliare - Libro sesto, Tutela dei diritti*, Artt. 2643 - 2696, in *Commentario al cod. civ. a cura di SCIALOJA e BRANCA*, Bologna - Roma, 1977, p. 27 ss.

¹⁵⁷ Peraltro, è particolarmente discusso se nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili la fonte dell'obbligazione di dare sia il mandato o la legge.

¹⁵⁸ Si veda, al riguardo, G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 641 ss., il quale richiama in particolar modo le

Tuttavia, i problemi di coerenza con il sistema della pubblicità dichiarativa dei trasferimenti immobiliari si superano agevolmente se si accede alla ricostruzione che oggi ha maggior credito in dottrina; quella che ravvisa, anche nel mandato ad alienare beni immobili o mobili registrati, un atto preliminare di trasferimento posto in essere dal mandante in favore del mandatario. A tale stregua, infatti, la trascrizione dell'atto di trasferimento a carico del mandante ed in favore del mandatario evita il difetto nella serie continua delle trascrizioni, in sintonia con il disposto di cui all'art. 2650 c.c. Ci troviamo così in presenza, anche in tale ipotesi, di un'obbligazione di dare in senso tecnico scaturente dal mandato, secondo quanto previsto dall'art. 1719 c.c., che sostanzialmente impone al mandante di assicurare gli adempimenti che risultino necessari per consentire al mandatario l'esecuzione dell'incarico¹⁵⁹.

Ma le ipotesi di emersione dell'atto di adempimento traslativo, in deroga alla diretta imputazione del trasferimento al contratto causale, non si esauriscono alla sola area del mandato ad acquistare o alienare beni immobili o mobili registrati.

Considerazioni analoghe solleva, infatti, la figura del legato di cosa altrui, disciplinata dall'art. 651 c.c.¹⁶⁰ Con riferimento all'ipotesi di cosa appartenente ad un

obiezioni a tale figura per contrasto con l'art. 2650 c.c. avanzate di L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano, 1975, p. 6 ss.

¹⁵⁹ Non pare infatti prospettabile la diversa ricostruzione che, partendo dall'analogo presupposto del doppio trasferimento, ritiene tuttavia che il primo (quello dal mandante in favore del mandatario) sia effetto immediato dello stesso contratto di mandato. Tale assunto si scontra, infatti, non solo con la natura meramente obbligatoria del mandato (che se così non fosse, sarebbe contemplato dal legislatore fra gli atti soggetti a trascrizione), ma ancor di più con i principi generali, allorché se ne rivenga il fondamento in un'asserita "autorizzazione a disporre" insita nella stipula del contratto di mandato; istituto disciplinato dal par. 185 BGB, ma del tutto sconosciuto al nostro ordinamento. In tal senso si veda N. COVIELLO, *Della trascrizione*, II ed., Torino, 1915, p. 255.

¹⁶⁰ La questione è affrontata, in particolare, da A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 24 ss.; P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Torino, 1999, p. 38 ss., in particolare, p. 49; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 648 ss.; A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 222; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 36 ss.; ID.,

terzo, la disposizione citata, dopo aver precisato che il legato è nullo, salvo che il testatore fosse consapevole dell'altruità della *res* e ciò si evinca dal testamento o da altra dichiarazione scritta, sancisce per l'appunto che, nel caso di validità del legato, "l'onerato è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo e a trasferirla al legatario, ma è in sua facoltà di pagarne al legatario il giusto prezzo".

Malgrado anche in tale ipotesi il disposto della norma lasci scarso adito a dubbi, non sono mancate opinioni dottrinali contrarie alla ricostruzione del trasferimento in favore del legatario secondo un meccanismo bifasico, che imputi l'effetto reale ad un atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico. Taluni hanno così spiegato la fattispecie in esame estendendo sostanzialmente ad essa le previsioni dettate dall'art. 1478 c.c. per la vendita di cosa altrui¹⁶¹. Se il bene oggetto della disposizione testamentaria non è di proprietà del *de cuius*, il legato è meramente obbligatorio e, in particolare, da esso sorge l'obbligazione per l'onerato (erede o legatario) di acquistare la *res* dal terzo titolare. Tuttavia nel momento stesso in cui l'onerato acquista dal terzo, il diritto si trasferisce immediatamente ed automaticamente all'onorato, senza necessità di un successivo e distinto atto di ritrasferimento. Allo stesso modo, nel caso in cui la *res* legata sia di proprietà dell'onerato, il diritto si trasferirebbe automaticamente al legatario al momento stesso dell'accettazione dell'eredità, ovvero con l'apertura della successione quando ad essere onerato sia a sua volta un legatario.

Tale ricostruzione è stata però esposta a molteplici contestazioni, prima fra tutte quella attenta ad un preciso raffronto fra il disposto dell'art. 1478 c.c. e quanto sancito dall'art. 651 c.c.¹⁶². Se fosse vero che il congegno traslativo del legato di cosa altrui non

Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa, nota a Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 239 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti a «a non domino»*, Milano, 1994, p. 200 ss.

¹⁶¹ S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Rivista dir. comm.*, I, 1940, p.530 ss.; M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 157 ss.

¹⁶² Per le critiche alla tesi che riduce il congegno effettuale di cui all'art. 651 c.c. a quello previsto per la vendita di cosa altrui si vedano in particolare G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 649 s.; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano, 1994, p. 200 ss.

è dissimile da quello proprio della vendita obbligatoria non si spiegherebbe il diverso tenore letterale fra le due norme. L'art. 651 c.c. dispone, infatti, che "l'onerato è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo *ed a trasferirla al proprietario*". Perché mai il Legislatore dovrebbe precisare che l'onerato, una volta acquistato dal terzo, è obbligato a ritrasferire al legatario, se l'acquisto in favore di quest'ultimo fosse effettivamente automatica conseguenza dell'intervenuto acquisto dal terzo? Si tratterebbe di una precisazione del tutto inutile ed in contrasto con l'effettivo funzionamento del congegno traslativo. E, infatti, a riprova della contraddittorietà di un tale assunto, ove l'effetto reale sia effettivamente soltanto differito sul piano cronologico al sopravvenire della legittimazione a disporre dell'alienante, la norma recita espressamente che "*il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa*".

Già sulla base di questo primo rilievo critico pare evidente come possa affermarsi che tale acquisto a titolo particolare *mortis causa* passi per il tramite dell'adempimento di un'obbligazione di dare in senso tecnico. Ma, se non fosse sufficiente, un'ulteriore argomentazione a favore dell'imputazione dell'effetto reale ad un atto traslativo *solvendi causa* pare desumersi dall'art. 649, comma 2, c.c., che in buona sostanza delimita l'esatto ambito di efficacia reale del legato. La norma citata dispone, infatti, che "*quando oggetto del legato è la proprietà di una cosa determinata o altro diritto appartenente al testatore, la proprietà o il diritto si trasmette dal testatore al legatario al momento della morte del testatore*". È così tale disposizione a fissare i presupposti affinché il legato abbia efficacia reale; presupposti in mancanza dei quali, con argomentazione *a contrario*, il legato non può che avere efficacia meramente obbligatoria. Se si ammettesse un effetto reale quale diretta ed immediata conseguenza dell'acquisto da parte dell'onerato, palese sarebbe il contrasto non solo con il tenore letterale dell'art. 651 c.c., ma altresì con l'art. 649, comma 2, c.c., che sancisce l'efficacia obbligatoria della disposizione testamentaria quando oggetto del legato sia una cosa non appartenente al testatore.

Peraltro, com'è stato rilevato dalla dottrina più accorta¹⁶³, affermare che, alla stessa stregua della vendita di cosa altrui, nell'istante in cui l'onerato acquista dal terzo, in adempimento dell'obbligazione scaturente dal legato, il diritto si trasferisca immediatamente al legatario, significa giungere a conclusioni inaccettabili sul piano logico - giuridico. Difatti, per effetto di una simile ricostruzione, il legatario risulterebbe aver acquistato *mortis causa* dal testatore un diritto del quale questi non è mai stato titolare.

Pertanto, pare potersi affermare che anche nella fattispecie di cui all'art. 651 c.c. sorga a carico dell'onerato un obbligo di dare, che deve essere adempiuto mediante un vero e proprio atto di puro trasferimento in favore del legatario.

Altra figura negoziale degna di particolare nota in una disamina incentrata sul possibile delinearsi di trame effettuali alternative rispetto al meccanismo del consenso traslativo, è quella del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati¹⁶⁴. Numerosi dubbi ed incertezze sono stati, infatti, sollevati in merito all'effettivo profilarsi di un'obbligazione di dare in senso tecnico in tale peculiare fattispecie traslativa.

Se nella normale sequenza preliminare - definitivo non può ravvisarsi una deroga alla piena operatività del principio consensualistico, perché, come si è visto, è con esso compatibile un differimento temporale dell'effetto reale, nel preliminare ad esecuzione anticipata, invece, il trasferimento pare conseguenza di un atto meramente esecutivo del precedente obbligo di dare. Come sappiamo, con il preliminare le parti si obbligano a concludere un successivo contratto, detto definitivo, del quale predeterminano tutti

¹⁶³ L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano, 1975, p. 200 s., richiamato da V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 747 e da G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 650, nota (57).

¹⁶⁴ Per l'esame della controversa fattispecie si vedano, in particolare, R. ALESSI, *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 1972, p. 439 ss.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati - Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991; P. FAVA (a cura di), *Il contratto. Trattato teorico - pratico*, Milano, 2012, p. 1312 ss.; G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 941, nota (63); G. GABRIELLI, *Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente*, in *Studium iuris*, 1995, p. 176 ss.

gli elementi essenziali, accordandosi per differire ad una seconda manifestazione di volontà la realizzazione degli effetti concordati. È evidente che in tale scissione temporale non vi è deroga al principio consensualistico, perché è pur sempre all'accordo causale espresso con il definitivo che si imputa l'effetto reale. Ma se le parti si accordano per attuare subito il regolamento di interessi programmato, rinviando il solo effetto reale alla successiva stipula di un atto traslativo, ben pare delinearci l'obbligazione di dare in senso tecnico che sottende la scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*¹⁶⁵.

Le posizioni sostenute al riguardo da dottrina e giurisprudenza¹⁶⁶, tuttavia, non sempre convergono su tale ultimo rilievo. Taluni riducono anche il fenomeno del contratto preliminare ad effetti anticipati alla normale sequenza fra preliminare e definitivo; individuando l'unico tratto differenziale rispetto alla figura del preliminare c.d. puro nella sola modalità cronologica di esecuzione delle prestazioni finali di pagamento del prezzo e di consegna¹⁶⁷. Altri autori¹⁶⁸, invece, hanno qualificato il contratto in esame come se fosse già un definitivo, con la conseguenza che la successiva stipulazione redatta per atto pubblico è stata considerata mero negozio ricognitivo, di riproduzione dell'accordo nella forma necessaria ai fini della pubblicità dichiarativa.

La dottrina maggioritaria, però, sostiene che nella contrattazione preliminare ad effetti anticipati sia individuabile non già l'obbligazione di concludere un successivo contratto (peculiare *species* di obbligo di *facere*), quanto piuttosto l'obbligazione di dare nella sua accezione più restrittiva, di vincolare il debitore a porre in essere un atto di adempimento traslativo. Il trasferimento risulta così articolato in un procedimento

¹⁶⁵ R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati - Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991, p. 2 s.

¹⁶⁶ Per un esame degli orientamenti giurisprudenziali in merito alla natura del preliminare ad effetti anticipati si vedano A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 26 ss.; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 682 ss.

¹⁶⁷ Aderisce a tale impostazione C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2015, p. 181 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, 1962, p. 32.

¹⁶⁸ Si tratta in particolare della tesi avanzata da L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, p. 49 ss.

complesso, scandito da un primo contratto meramente obbligatorio (costitutivo in particolare dell'obbligazione di dare in senso tecnico) ed un secondo negozio traslativo *solvendi causa*. Del resto, conferma di un tale assunto di fondo si ha allorché si badi a quanto statuito dall'art. 2645 *bis*, c.c., in merito alla trascrizione del contratto preliminare. In particolare, al secondo comma, si legge che *"la trascrizione del definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1 [...] prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del preliminare"*. Ora riguardando la norma alla luce della prospettata ricostruzione teorica, è chiaro che l'atto che costituisca comunque esecuzione del preliminare, al quale la norma fa riferimento, nient'altro possa essere se non proprio quell'atto di puro trasferimento che chiude il peculiare congegno traslativo tipico della contrattazione preliminare ad effetti anticipati.

Ad essere particolarmente dibattuta è così ora l'esatta qualificazione della natura giuridica degli atti che compongono la sequenza traslativa, questione sulla quale però non occorre soffermarci ora, giacché costituirà oggetto specifico del successivo capitolo, dedicato alla struttura ed al problema causale della controversa figura del pagamento traslativo.

Le riflessioni finora svolte potrebbero in verità estendersi ad ulteriori fattispecie codicistiche¹⁶⁹, in relazione alle quali si ripropongono i medesimi indici sintomatici che

¹⁶⁹ Gli esempi di obbligazioni di dare in senso tecnico potrebbero moltiplicarsi. Rientrano nelle ipotesi controverse le prestazioni traslative poste in essere in esecuzione degli obblighi di risarcimento del danno in forma specifica, di cui all'art. 2058 c.c.; gli accordi traslativi fra coniugi in sede di crisi familiare (in merito, si veda, in particolare, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999; F. GAZZONI, *Babbo natale e l'obbligo di dare*, commento a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. Civ.*, 1991; M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. Civ.*, 1988); l'adempimento dell'obbligazione naturale quando abbia ad oggetto una prestazione di *dare*; l'obbligazione restitutoria in natura, prevista dall'art. 2041, comma 2, c.c. per l'arricchimento senza causa; il negozio fiduciario, che può imporre l'obbligo di ritrasferire al fiduciante o al terzo. Al riguardo, si vedano, in particolare E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, p. 823 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 36 ss. e, soprattutto, p. 265 ss.; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Torino, 2007, p. 21 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 735 ss.

ci hanno condotto a ravvisare nelle ipotesi appena delineate i tratti caratteristici della riemersione dell'obbligo di dare. Tuttavia una tale disamina, pur pertinente, ci condurrebbe ad allontanarci dal fulcro della presente indagine, che, una volta riscontrata, nelle trame del codice, l'esistenza di trasferimenti improntati al diverso principio della separazione, deve ora procedere ad individuare entro quali limiti i privati, nell'esercizio della loro autonomia privata, possano obbligarsi a dare, in deroga al disposto dell'art. 1376 c.c. La breve digressione in merito ad alcune ipotesi di obbligazione di dare nel codice civile consente, in altri termini, di ammettere che quando la legge prevede un obbligo di trasferire, l'effetto reale possa essere imputato al successivo atto di adempimento dell'obbligo stesso e consente ora di aprire la via ad una più approfondita disamina incentrata sulle obiezioni strutturali e causali alla generale configurabilità del pagamento traslativo, come strumento atipico rimesso alla libera volontà delle parti per la regolamentazione dei loro assetti di interessi.

Capitolo III

Atto traslativo e autonomia privata

Premessa. Critiche tradizionali alla figura del c.d. pagamento traslativo.

Il riscontro di ipotesi legislative nelle quali sia possibile intravedere l'obbligazione di dare nella sua accezione tecnico - giuridica non costituisce di per sé prova dell'ammissibilità in via generale della figura del cosiddetto pagamento traslativo. Certo l'individuazione di non poche fattispecie in cui il trasferimento del diritto viene di fatto a realizzarsi per effetto della separazione fra contratto obbligatorio e successivo atto di adempimento traslativo rappresenta un indice sintomatico a favore di una soluzione positiva, ma non consente certo di stabilire entro quali limiti l'istituto possa realmente delinearsi. Così, una volta appurato che il legislatore, con l'affermazione del principio consensualistico, non ha negato a monte la sopravvivenza dell'obbligazione di dare, lo scopo dell'indagine diviene quello di comprendere se i privati, al di là delle menzionate ipotesi codicistiche, possano programmare un trasferimento che si realizzi per effetto di un atto traslativo *solvendi causa* e, se del caso, come debba ricostruirsi una simile figura nel nostro ordinamento.

Tradizionalmente furono sollevate molteplici obiezioni dottrinali alla figura del c.d. pagamento traslativo, che ad un primo inquadramento sistematico presenta evidenti criticità sia di ordine strutturale che causale.

In primo luogo, le argomentazioni contrarie si appuntavano sul combinato disposto degli artt. 42, comma 2, Cost. e 922 c.c.¹⁷⁰ La norma costituzionale sancisce, infatti, che la legge riconosce e garantisce la proprietà privata e "ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti". In ossequio a tale disposizione è poi l'art. 922 c.c. a fissare i modi di

¹⁷⁰ In merito si veda G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 651 ss.; L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, parte III, in *Trattato delle obbligazioni* a cura di L. GAROFALO, I, *la struttura e l'adempimento*, tomo II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, 2014, p. 323 ss.

acquisto della proprietà, precisando, dopo l'elencazione delle fattispecie acquisitive a titolo originario, che la proprietà si acquista "per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge".

Proprio la previsione normativa da ultimo citata condurrebbe ad escludere la configurabilità del c.d. pagamento traslativo per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, il riferimento espresso al contratto, operato dall'art. 922 c.c., unitamente a quanto sancito dall'art. 1376 c.c., precluderebbe in buona sostanza che gli acquisti a titolo derivativo *inter vivos* si realizzino per il tramite di atti aventi natura non negoziale. E, inoltre, anche a voler ricorrere alla clausola di chiusura prevista dalla norma (clausola che consente di considerare l'elencazione come meramente esemplificativa), questa limiterebbe comunque l'apertura agli altri modi di acquisto previsti dalla legge, negando che diverse ed ulteriori fattispecie acquisitive possano essere rimesse alla volontà dei privati. L'atto traslativo di adempimento dell'obbligazione di dare non sarebbe così idoneo ad assicurare l'acquisto del diritto, perché i privati sarebbero vincolati a ricorrere ad uno dei modi espressamente indicati dal legislatore, che ancora sempre all'accordo causale il perfezionamento della fattispecie traslativa.

A questo punto, pare evidente che la prima contestazione all'ammissibilità del pagamento traslativo derivi da un assunto di fondo in assenza del quale non sarebbe apprezzabile il delineato contrasto con il disposto dell'art. 922 c.c. Difatti, per poter affermare che l'istituto in esame strida con la previsione normativa che limita i modi di acquisto del diritto alle sole fattispecie negoziali, è evidentemente necessario partire dal presupposto di fondo per cui l'atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico non sarebbe un negozio giuridico, ma un mero atto giuridico in senso stretto o, addirittura, un semplice fatto giuridico.

Si è così sostenuto che, siccome l'adempimento di un'obbligazione ha natura giuridica di atto dovuto, l'atto traslativo *solvendi causa* non potrebbe produrre il

trasferimento del diritto in quanto mero atto esecutivo¹⁷¹, non assistito dalla volontà degli effetti che da esso discendono.

In verità, tale critica consegue all'assunto tutt'altro che provato della natura necessariamente dovuta e meramente esecutiva dell'atto di adempimento, avente esclusivamente funzione solutoria della preesistente obbligazione¹⁷². La sua qualificazione in termini di mero atto giuridico in senso stretto si desume, in particolare modo, dall'art. 1191 c.c., ai sensi del quale "il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità". Ciò significa che per la validità dell'adempimento non è richiesta la capacità di agire, ossia l'idoneità a porre in essere atti negoziali, destinati ad incidere sulla sfera giuridica del soggetto agente. A contrario se ne desume pertanto che, se il pagamento può essere effettuato anche da un soggetto incapace, gli effetti dello stesso non possano in alcun modo essere ricollegati alla volontà del *solvens*. Per la validità dell'atto non è, in altri termini, necessario il c.d. *animus solvendi*, essendo sufficiente la mera corrispondenza fra il comportamento tenuto dal debitore e la prestazione dovuta.

Non tutta la dottrina è, peraltro, unanime nell'escludere la possibile natura negoziale dell'adempimento. Anzi maggioritaria è oggi l'opinione che tende a ritenere che non vi sia incompatibilità logica fra atto dovuto e negozio giuridico¹⁷³. La qualifica di atto dovuto discende, infatti, dalla funzione solutoria della preesistente obbligazione, ma ciò non vincola la struttura dell'adempimento medesimo, che può ciononostante avere natura negoziale. Nulla vieta, in sostanza, che un'obbligazione legale o convenzionale venga adempiuta per mezzo di un atto di autonomia privata. Tanto ciò è vero che è l'ordinamento stesso ad offrirci esempi di atti di adempimento

¹⁷¹ Contrario alla natura negoziale del c.d. pagamento traslativo è, in particolare, A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Rivista dir. civ.*, I, 1994, p. 781 ss.

¹⁷² Sostenitori della natura dell'adempimento come atto giuridico in senso stretto sarebbero fra gli altri R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1956, p. 556 ss., richiamato anche da V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 754; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 79 ss.

¹⁷³ A. DE MARTINI, voce *Obbligo a contrarre*, in *Nss. Digesto*, XI, 1987, p. 693 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, p. 29 ss.

aventi natura negoziale. Così, a titolo esemplificativo, ne sarebbero prova il contratto definitivo e la *datio in solutum* traslativa, di cui all'art. 1197, comma 2, c.c., per la quale è necessario che intervenga l'accordo tra debitore e creditore¹⁷⁴.

In verità, però, per quanto concerne la prima delle suddette ipotesi, non tutta la dottrina è unanime nell'attribuire natura negoziale al definitivo: la qualificazione della sua natura giuridica dipende dalla diversa ricostruzione dei rapporti con il preliminare e da quella che viene individuata come fonte del rapporto contrattuale finale. Taluni svalutano, infatti, la portata del definitivo e riconoscono nel preliminare la fonte esclusiva del rapporto contrattuale. In questi termini, il definitivo sarebbe ridotto a mero atto esecutivo di un assetto di interessi che trova la propria ragion d'essere nel

¹⁷⁴ Ulteriore esempio della possibile natura negoziale dell'atto di adempimento è dato dall'art. 2034 c.c., che disciplina l'esecuzione delle obbligazioni naturali. Difatti, quando viene spontaneamente data esecuzione ad un dovere morale o sociale, l'atto di adempimento non è giuridicamente dovuto (non è coercibile qualora non spontaneamente adempiuto: difetta l'elemento della responsabilità patrimoniale – il c.d. *Haftung*), ma è libero; è espressione dell'autonomia negoziale del *solvens*. Prova ne è data dalla disposizione citata, che, contrariamente a quanto sancito dall'art. 1191 c.c., dispone espressamente che “non è ammessa la ripetizione di quanto spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, *salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace*”. Poiché rileva la capacità di agire del *solvens*, l'atto è riconducibile ad una sua libera espressione di volontà. In tal senso si esprime A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Rivista dir. civ.*, II, 1989, p. 530, secondo la quale “la mancanza di obbligatorietà, comunque, non impedisce di configurare tali atti come pagamenti traslativi in quanto si tratta di atti diretti sempre al trasferimento della proprietà in esecuzione di un'obbligazione preesistente che costituisce idoneo riferimento causale”.

Non tutta la dottrina è però unanime nell'attribuire natura negoziale all'adempimento dell'obbligazione naturale. Taluni ritengono, infatti, che il riferimento alla capacità del *solvens* sia frutto dell'opzione legislativa per il c.d. principio di autoresponsabilità e non espressione della natura negoziale dell'adempimento, in quanto non sarebbe ravvisabile alcuna autoregolamentazione degli interessi, già prefissati dalla regola morale o sociale a cui il *solvens* si limita a dare esecuzione. Non sarebbe, pertanto, necessaria, ai fini della validità dell'adempimento, la capacità legale di agire, quanto piuttosto la capacità naturale, con conseguente applicabilità della disciplina di cui all'art. 428, comma 1, c.c.: l'adempimento sarebbe così annullabile qualora si provi, oltre all'incapacità di intendere e di volere del *solvens*, che ne sia derivato un grave pregiudizio per il suo autore. Di tale avviso è E. MOSCATI, *Ripetizione dell'indebito*, in *Commentario del Cod. civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1981, p. 283 ss.; e sul punto si veda anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, 2011, p. 568 ss.

solo preliminare¹⁷⁵. Tuttavia, pare senz'altro preferibile la tesi intermedia, che rinviene nel definitivo, che pure è atto esecutivo di un obbligo scaturente dal preliminare, un vero e proprio negozio giuridico bilaterale. Il definitivo avrebbe così una duplice natura, essendo al contempo atto esecutivo dell'obbligo di contrarre e nuova manifestazione di volontà negoziale con causa propria¹⁷⁶. Del resto, la natura contrattuale del definitivo pare desumersi dal tenore letterale degli artt. 1351 e 2932 c.c. Il primo, infatti, nel chiarire il requisito formale richiesto per la valida conclusione del preliminare, dispone che "è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il *contratto definitivo*". E analoga qualificazione emerge dall'art. 2932 c.c., che contempla, a fronte dell'inadempimento dell'obbligo scaturente dal preliminare, la possibilità di ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del *contratto non concluso*¹⁷⁷.

Se l'attuazione dell'obbligo di contrarre avviene per il tramite di un atto negoziale, ciò significa, giungendo alle dovute conseguenze, che non sempre e necessariamente l'adempimento è atto giuridico in senso stretto ovvero un fatto giuridico, non assistito neppure dalla volontà dell'atto medesimo. Ciò che conta ai fini della struttura dell'adempimento è, infatti, il contenuto della prestazione dovuta¹⁷⁸. Se di regola l'atto solutorio non richiede una dichiarazione di volontà del debitore (così quando la prestazione implichi mere attività materiali), non si può però escludere che vi siano

¹⁷⁵ T. RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1952, I, p. 249 ss.; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 118 ss.

¹⁷⁶ A tal riguardo, in particolare V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, p.619 ss. parla di *doppiezza della causa* del contratto definitivo, che "*per un verso ha causa solvendi: le parti lo concludono per adempiere l'obbligo assunto col preliminare. Ma al tempo stesso ha un'altra sua propria causa tipica, normalmente di scambio*". Tuttavia, la doppiezza della causa ben potrebbe superarsi nell'ottica della causa in concreto, che può far emergere le svariate sfaccettature del definitivo, nel quale convivono funzione solutoria e natura negoziale.

¹⁷⁷ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, p. 34 ss.

¹⁷⁸ M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958, p. 27 ss., il quale rileva la natura variabile dell'adempimento, distinguendo addirittura fra obbligazione con prestazione negoziale e non negoziale.

circostanze in cui l'adempimento comporti lo svolgimento di attività giuridicamente qualificate, quali la manifestazione di volontà negoziale.

Per tale via, la dottrina maggioritaria è così giunta a riconoscere natura negoziale all'atto di puro trasferimento, superando l'asserito contrasto con il disposto dell'art. 922 c.c.

Ma, a ben guardare, il problema della natura giuridica di un eventuale pagamento traslativo nel nostro ordinamento resta aperto; dibattuto non solo fra coloro che negano la sua negozialità e coloro che l'affermano, ma anche, qualora si accolga la soluzione positiva, in merito alla sua struttura unilaterale o bilaterale. Problema quest'ultimo, che si intreccia con quello della generale ammissibilità di negozi unilaterali idonei a realizzare effetti reali e che verrà opportunamente sviluppato (ripercorrendo le varie tesi sostenute al riguardo) nel prosieguo del presente capitolo.

Accanto ai problemi di matrice strutturale posti dalla figura del pagamento traslativo si collocano poi le obiezioni più stringenti, relative alla supposta violazione del principio causalistico, consacrato dall'art. 1325 n. 2 c.c., che vieppiù impedirebbero di ammettere una simile figura nel nostro ordinamento.

Difatti, comunque lo si voglia qualificare dal punto di vista della natura giuridica, il pagamento traslativo concreta ad ogni modo un'attribuzione patrimoniale unidirezionale, in sé muta circa la propria giustificazione causale. A fronte del trasferimento della proprietà o di un diverso diritto, *l'accipiens* non esegue alcuna controprestazione e questo conduce ad escludere il sinallagma tipico della *causa venditionis* (e di qualsiasi altra causa onerosa di scambio). Del pari, però, deve negarsi la riconducibilità della figura in esame alla *causa donandi*, perché la funzione solutoria dell'atto è in aperta antitesi con il connotato dello spirito di liberalità¹⁷⁹. L'attribuzione

¹⁷⁹ In questi termini si è espressa la stessa Suprema Corte nella fondamentale sentenza 21 dicembre 1987, n. 9500, in merito alla qualificazione della natura giuridica della proposta di trasferimento di un immobile rivolta da un genitore alla figlia, in esecuzione dell'obbligo legale di mantenimento. Proprio la circostanza che la promessa di trasferire trovi la propria *ratio* nel suddetto obbligo legale esclude la pertinenza del riferimento alla donazione per mancanza dell'*animus donandi*. Per un esame di tale sentenza si vedano A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Rivista dir. civ.*, II, 1989, p. 525 ss.; M. COSTANZA, *Art. 1333*

patrimoniale traslativa in favore *dell'accipiens* non è sorretta dalla libera volontà di arricchire il destinatario, scevra da qualsiasi tornaconto personale, ma è comunque atto dovuto: è posta in essere in esecuzione di un'obbligazione di dare in senso tecnico scaturente dal contratto obbligatorio a monte.

L'impossibilità di ravvisare nel pagamento traslativo una delle cause legali tipiche aveva condotto così parte della dottrina, specie quella più risalente, a ritenere tale fattispecie acquisitiva inconcepibile in ragione dell'astrattezza del trasferimento realizzato per il suo tramite¹⁸⁰. Astrattezza derivante per l'appunto dalla circostanza che la causa non risultasse contenuta in uno degli schemi legali tipici, bensì estrinseca rispetto all'atto traslativo stesso.

Un simile ragionamento collide, però, con la previsione dell'art. 1322, comma 2, c.c., che riconosce alle parti il potere di concludere contratti anche non corrispondenti ai tipi legali, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico; potere di concludere contratti innominati che prescinde da qualsivoglia distinzione fra contratti obbligatori e ad effetti reali. Alla luce di tale previsione, dunque, l'attribuzione di un diritto non deve necessariamente essere realizzata da un atto che concreti una delle cause tipiche, ben potendo essere effettuata per qualsiasi finalità, purché risponda ad interessi meritevoli di tutela giuridica¹⁸¹. Pertanto, non può certo dirsi privo di una valida ragione giustificativa il trasferimento che venga realizzato per adempiere ad un preesistente debito, perché anche la *causa solvendi* deve ritenersi funzione idonea a fondare uno spostamento patrimoniale.

Ma soprattutto, è stato rilevato che parlare di astrattezza come sinonimo di atipicità rifletta una concezione oramai superata della causa, che non si identifica certo

c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa, in *Giustizia civ.*, 1988, p. 1237 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 735 ss., in particolare, par. 1 e 2.

¹⁸⁰ Sostengono l'astrattezza di un eventuale atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico nel nostro ordinamento T. RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1952, I, p. 260 ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 268; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 98 ss.

¹⁸¹ In tali termini si veda G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 371 s.

con il tipo legale¹⁸². Se si accoglie, infatti, la teoria della causa in concreto¹⁸³, tesa a rinvenire il fondamento giustificativo della complessiva operazione negoziale nella quale l'atto traslativo è inserito, non può certo comportare astrattezza il fatto che la giustificazione dello spostamento patrimoniale venga individuata al di fuori della struttura negoziale che di fatto realizza il trasferimento. In altri termini, la ricostruzione più attuale del concetto di astrattezza non ha nulla a che fare con il fatto che la *ratio* del trasferimento si rinvenga all'interno dell'atto traslativo in sé considerato ovvero al di fuori dello stesso¹⁸⁴.

Pertanto, nel caso dell'atto di adempimento dell'obbligazione di dare la giustificazione causale dovrà essere ricercata *aliunde*, nella fonte dell'obbligo medesimo, senza che ciò possa comportarne una censura di astrattezza nei termini poc' anzi prospettati.

Tale precisazione permette di indirizzare il nostro ragionamento verso una distinzione fondamentale (che sarà poi meglio sviluppata nella sez. II del presente capitolo), quella fra prestazioni traslative che si realizzano per il tramite di contratti ad

¹⁸² In merito alle diverse accezioni con cui è stato inteso il negozio astratto si vedano E. BETTI, *Astrazione (negozio astratto)*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1957; V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 52 ss.; R. SACCO, voce *Negozio astratto*, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995, p. 48 ss.; B. TROISI, *Appunti sull'astrattezza negoziale*, in *Rassegna dir. civ.*, 1987, p. 81 ss.; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000; ID., *Note preliminari sull'ammissibilità di un trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbligazioni*, 1995, p. 199 ss.

¹⁸³ Per l'affermazione della teoria della funzione economico - individuale in luogo di quella economico sociale (teorizzata, com'è noto da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa II ed., a cura di G. CRIFÒ, Napoli, 1994, p. 180 ss.) si vedano, in particolare, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, 1992; B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico - individuale*, in *Giust. Civ.*, 2007, I, p. 1988 ss.; C.M. BIANCA, *La causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2014, p. 251 ss.

¹⁸⁴ V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 92 ss.; L. CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 136 ss.; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965; G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 933 ss.

effetti reali ed attribuzioni patrimoniali, anch'esse traslative, che si collocano però al di fuori dello schema contrattuale: si perfezionano cioè mediante atti di puro trasferimento, in sé neutri, che concretano tipiche ipotesi di prestazioni isolate¹⁸⁵. La bipartizione, che è stata prospettata dalla fondamentale teorizzazione di Giorgianni¹⁸⁶, ripercorre la dicotomia di matrice germanica fra negozi fondamentali e negozi di attribuzione patrimoniale, improntata al diverso atteggiarsi della giustificazione causale (interna o esterna all'atto),¹⁸⁷ ed è stata determinante nell'evoluzione interpretativa che ha condotto al definitivo superamento dell'obiezione tradizionale di astrattezza mossa alla figura del pagamento traslativo.

Tuttavia, se pure per il tramite della ricostruzione dottrina ora menzionata, si è giunti a negare la critica più risalente della presunta astrattezza per difetto di tipicità, non può però prescindere da un'approfondita disamina in punto di giustificazione causale dell'atto di adempimento che isolatamente realizzi un'attribuzione patrimoniale, giacché, comunque lo si intenda, presenta pur sempre peculiarità innegabili, diversamente ricostruite dai diversi orientamenti dottrinali.

Se, infatti, è pacifico che, quando l'effetto reale sia direttamente imputabile al contratto causale, la giustificazione dello spostamento patrimoniale si identifichi con la causa del negozio medesimo (non a caso Giorgianni afferma che i contratti ad effetti reali *sunt causa sui ipsius*), ben più complesso è, invece, procedere al suo accertamento quando il trasferimento sia effetto di prestazioni che non sono inserite all'interno di

¹⁸⁵ Il tratto distintivo della categoria delle prestazioni isolate è il carattere unilaterale dell'attribuzione patrimoniale, la cui giustificazione causale non si può desumere dallo schema dell'atto, che si riduce alla nuda e neutrale prestazione. In tal senso si veda E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 8, secondo la quale i tratti essenziali e tipizzanti della categoria sono il *silenzio strutturale dell'atto*, la *negozialità della fonte* (carattere sul quale, tuttavia, la dottrina non è unanime – si veda A. DI MAJO), *l'unilateralità dell'attribuzione che ne scaturisce*.

¹⁸⁶ M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. diritto*, VI ed., Milano, 1960, p. 547 ss. e *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1974, p. 5 ss. rappresentano il primo fondamentale contributo alla teorizzazione della controversa categoria delle prestazioni isolate.

¹⁸⁷ In merito alla categoria dei negozi di attribuzione patrimoniale, detti anche negozi di prestazione, si veda A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 784 s., che in particolare si riferisce alla fondamentale opera di A. SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerl. Rechts*, Tübingen, 1906, p. 1 ss.

una struttura contrattuale. In tali attribuzioni patrimoniali la causa non può essere agevolmente intesa come funzione, ma – stando alla teorizzazione di Giorgianni - si concretirebbe sostanzialmente nell'enunciazione dello scopo (*Zweck*) perseguito da colui che realizza l'attribuzione stessa: si identificherebbe con l'enunciazione della funzione solutoria dell'obbligazione preesistente¹⁸⁸.

Riemerge, quindi, perlomeno nell'insegnamento ora delineato, la nozione di causa in senso soggettivo, intesa come scopo dell'attribuzione patrimoniale traslativa, distinta dalla c.d. causa oggettiva o remota, che ne rappresenta il fondamento esterno (la fonte dell'obbligazione di dare che coincide con la causa del contratto fondamentale – *der Grund*)¹⁸⁹.

Ora, prospettato il fondamento teorico della causa del pagamento traslativo – che coincide sostanzialmente con quello delle prestazioni isolate -, la problematica che si cercherà di sviluppare e risolvere nel presente capitolo attiene all'effettiva sufficienza della mera *expressio causae* ai fini della validità dell'atto di puro trasferimento. In altri termini, riconosciuto l'indubbio merito della prospettazione enunciata, si cercherà di stabilire in quale accezione la causa del pagamento traslativo debba essere intesa e quali problematiche sorgano, tanto in punto di accertamento, quanto di determinazione delle conseguenze per il suo vizio o difetto. Come si vedrà, infatti, sul punto si articolano diversi orientamenti dottrinali, che pervengono a soluzioni differenti in particolar modo sotto il profilo dei rimedi conseguenti alla mancanza di causa.

Nel tentativo di superare le critiche tradizionali all'ammissibilità della figura, si analizzeranno, dunque, nel dettaglio la natura giuridica e la causa dell'atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico alla ricerca di una soluzione che soddisfi il principio del consenso traslativo, o meglio, che possa condurre ad una

¹⁸⁸ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 748 ss.

¹⁸⁹ Si assiste ad uno sdoppiamento della nozione di causa: la causa soggettiva, c.d. *Zweck*, o *expressio causae*, affianca la causa in senso oggettivo, detta *Grund*, ossia la causa remota, la fonte dell'obbligo a cui la prestazione si collega. Sul punto si vedano A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 785; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 8 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. diritto*, VI ed., Milano, 1960, p. 564 ss.

pacifica convivenza con lo stesso, nell'ottica di un inquadramento sistematico che tenga al contempo in debita considerazione il principio causalistico ed il ruolo dell'autonomia privata nell'ambito degli spostamenti patrimoniali¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Come rilevato da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 6 ss., il problema delle prestazioni isolate (nella cui categoria rientra l'atto di puro trasferimento) sottende il dilemma sull'attualità e sulla funzione della causa, specie nella prospettiva dell'accertamento del suo difetto, e coinvolge altresì i lati incerti del principio consensualistico, con riguardo alla sua derogabilità, non assimilabile *in toto* alla violazione della regola causale.

Sez. I. La natura giuridica dell'atto di adempimento traslativo.

1. La tesi dell'atto dovuto o atto giuridico in senso stretto.

Com'è stato opportunamente rilevato dalla più attenta dottrina¹⁹¹, per evitare le interferenze della figura dell'atto traslativo *solvendi causa* con la regola consensualistica ed il principio causale, si sono contrapposte soluzioni che hanno cercato di comporre il presunto contrasto sul terreno dell'autonomia privata ed altre che, invece, hanno spostato l'indagine dall'area della causa a quella della natura giuridica dell'atto, collocando così la figura del pagamento traslativo al di fuori della tematica negoziale.

In particolare, la tesi della non negozialità dell'atto solutorio è il frutto del pensiero di un Autore¹⁹², che, nel tentativo di procedere alla ricostruzione unitaria della categoria dell'adempimento, ha affermato l'incompatibilità logica fra il carattere dovuto dell'atto di attuazione del rapporto obbligatorio ed un suo possibile contenuto negoziale. In questi termini, la ricostruzione dogmatica in punto di adempimento è stata estesa alla figura del pagamento traslativo del quale si è così negata la natura negoziale, stante la sua finalità meramente solutoria del preesistente obbligo di dare.

La qualificazione della prestazione isolata traslativa come atto giuridico in senso stretto avrebbe del resto il vantaggio di sottrarre la figura alle note obiezioni in punto di causa. Difatti, com'è noto, la regola consensualistica che domina la circolazione giuridica si nutre del principio causale e ciò comporta che giammai un trasferimento possa perfezionarsi se non assistito da giusta causa. Ora, se una tale regola pare

¹⁹¹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 13 s., che individua le tre direzioni nelle quali si indirizza la ricostruzione della categoria delle prestazioni isolate: "quella applicativa, che utilizza la robusta teorizzazione della causa soggettiva o per fornire un inquadramento dogmatico a fattispecie tradizionalmente controverse o per dare accesso a nuove figure atipiche di discussa rilevanza causale; quella teorica che ripercorre la strada della causa tentando di superare la logica dell'eccezionalità, o quanto meno della duplicazione del concetto, e quella - sempre teorica - che abbandona il piano del dibattito causale per spostare l'attenzione sul terreno della qualificazione degli atti".

¹⁹² A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 368 ss.; ID, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 781 ss.

inconfutabile quando l'effetto reale sia direttamente imputabile al contratto, viene da domandarsi se analoga tenuta abbia, invece, quando ci si collochi al di fuori dell'area negoziale¹⁹³.

In altri termini, il tentativo effettuato dall'Autore è stato quello di verificare se i dubbi di compatibilità della figura del pagamento traslativo con il nostro sistema degli spostamenti patrimoniali non possano essere superati abbandonando il terreno della giustificazione causale, intesa come funzione perseguita dal negozio, per accedere ad una diversa accezione della stessa, che tenga conto della differente natura giuridica dell'atto solutorio.

Obiezione tradizionale all'ammissibilità dell'atto traslativo *solvendi causa* é, infatti, quella incentrata sulla sua astrattezza in spregio al disposto dell'art. 1325 n. 2 c.c., non essendo l'attribuzione del diritto supportata né dalla *causa donandi* (in quanto l'esistenza dell'obbligazione di dare esclude lo spirito di liberalità), né dalla *causa venditionis*, per difetto, nella fattispecie acquisitiva, di una controprestazione che dia giustificazione sinallagmatica al trasferimento effettuato dal disponente.

Ora, come si è visto, una simile eccezione è frutto di quell'orientamento che non solo identifica la causa con il tipo legale, ma che altresì limita l'indagine causale al solo negozio. È ovvio che in una tale prospettiva l'atto di adempimento dell'obbligo di dare non possa che considerarsi privo di causa, non potendosi ravvisare in esso alcuna delle cause negoziali tipiche. Ma delle due l'una: o si indaga l'elemento causale delle prestazioni isolate, andando al di là dell'accezione della causa come funzione, o (opzione che, in verità, non stride con la prima) si ricostruisce il pagamento traslativo come atto giuridico in stretto, qualificazione che conduce a sottrarlo all'ambito applicativo dell'art. 1325 c.c.¹⁹⁴

È proprio questa la via scelta dall'orientamento in esame, che cerca di risolvere il problema dell'atto di puro trasferimento mutando la prospettiva dell'indagine.

¹⁹³ Secondo A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 784 è, infatti, da dubitare che la regola consensualistica possa dominare trasferimenti che non si realizzino nelle consuete forme contrattuali.

¹⁹⁴ Come rilevato da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 22 s. nel ricostruire la tesi della non negozialità sostenuta da DI MAJO.

Il primo passaggio del pensiero dell'Autore è incentrato sul riscontro di una serie di ipotesi in cui la mancanza della causa pare esulare dall'area di applicazione della regola consensualistica: è sottratta al rimedio della nullità per cedere il passo alla *condictio indebiti*. In particolare, l'esame si concentra sul fondamento che sorregge la ripetibilità di ciò che è stato prestato senza causa ed, all'inverso, sulla giustificazione del mantenimento dell'attribuzione patrimoniale, nelle ipotesi di irripetibilità dell'eseguita prestazione. Vengono così addotte, a titolo esemplificativo, talune fattispecie in cui gli assetti patrimoniali instaurati da atti di prestazione, che non trovano fondamento in un rapporto giuridico fra le parti, risultano non più rimuovibili: adempimento dell'obbligazione naturale (art. 2034 c.c.); pagamento per causa turpe (art. 2035 c.c.); conferma o esecuzione volontaria della disposizione testamentaria nulla (art. 590 c.c.) o della donazione anch'essa nulla (art. 799 c.c.)¹⁹⁵.

In tutte queste ipotesi la prestazione non si fonda su un rapporto giuridico preesistente (perché, o non è giuridicamente vincolante, o è nullo), ma l'esecuzione della prestazione, realizzando in fatto l'assetto di interessi, rende l'attribuzione non più rimuovibile per ragioni non riconducibili *ad unum*. Potrà fondare l'irripetibilità della prestazione eseguita il fatto che la *traditio* trovi origine in un dovere morale o sociale, ovvero nell'esigenza di ottemperare alla volontà del testatore o del donante, ovvero, ancora nella finalità di escludere la ripetizione in favore di un *solvens* anch'esso immorale, ma, in ogni caso, la ragione giustificativa non si identificherà mai con l'esistenza di una valida causa negoziale. Il ragionamento conduce, dunque, ad affermare che la causa debba talvolta essere intesa non già come funzione del negozio, ma come valida ragione giustificativa dell'attribuzione patrimoniale ed orientare il rimedio della ripetizione dell'indebito piuttosto che quello della nullità, limitato all'operatività della regola consensualistica in ambito contrattuale¹⁹⁶.

Il primo tassello del pensiero sviluppato dall'Autore mette, dunque, in dubbio la negoziabilità delle prestazioni isolate mediante l'individuazione di un raggio di

¹⁹⁵ A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 786 ss.

¹⁹⁶ P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 66 ss.

eccezioni alla regola consensualistica e causale, che dovrebbe dar prova di un'area extra - negoziale dominata dal rimedio della *condictio indebiti*¹⁹⁷.

A questo punto si snoda il secondo passaggio del ragionamento e l'indagine si concentra sulla figura del pagamento traslativo, atto destinato all'attuazione di un rapporto obbligatorio preesistente. Così come nelle fattispecie poc'anzi analizzate, per orientare il rimedio della ripetizione, è necessario imputare la prestazione eseguita ad un preesistente rapporto, se pur per predicarne l'inefficacia o l'invalidità, e legittimare in tal modo la restituzione, analogamente nell'atto traslativo *solvendi causa* il pagamento è imputato all'obbligazione di dare preesistente al fine di giustificarne l'effetto estintivo. Ma, alla luce di tali conclusioni, siamo proprio sicuri che l'atto solutorio ad efficacia reale abbia natura negoziale?

In verità, pare più opportuno ricostruirlo in termini diversi. Ripercorrendo le parole dell'Autore¹⁹⁸ "*se veramente l'atto di individuazione dello scopo è in funzione del riferimento dell'attribuzione ad un rapporto o ad una causa ad esso esterno, aliunde posto, occorre riconoscere che, anche la volontà del solvens dovrà essere in funzione di tale imputazione e non di altro effetto*". Ciò equivale a dire che la volontà del *solvens* non è volontà negoziale, poiché l'enunciazione dello scopo dell'attribuzione patrimoniale ha la mera finalità di imputare il pagamento ad un rapporto preesistente, che costituisce esso soltanto fonte volitiva dell'effetto. In altri termini, l'atto di adempimento dell'obbligo di dare è atto giuridico in senso stretto, in quanto la c.d. causa soggettiva, lo *Zweck*, inteso come enunciazione dello scopo perseguito dal debitore, si risolve nella mera imputazione dell'atto alla funzione solutoria, mentre l'effetto scaturisce direttamente ed immediatamente dalla fonte legale o convenzionale dell'obbligazione, a prescindere da una volontà in tal senso del *solvens*¹⁹⁹.

In questi termini vengono così ricostruiti da Di Majo l'atto di trasferimento del mandatario in attuazione del mandato, di cui all'art. 1706, comma 2, c.c., ovvero l'atto

¹⁹⁷ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 30 ss.

¹⁹⁸ A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 791 s.

¹⁹⁹ A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 790 ss., in particolare, p. 792.

traslativo dell'onerato in adempimento del legato di cosa altrui, ai sensi dell'art. 651 c.c. Difatti, in queste ipotesi, seppure le prestazioni traslative paiano concretare libere manifestazioni di volontà negoziale, in verità risultano caratterizzate dalla mera imputazione all'adempimento di obblighi preesistenti scaturenti dalla legge o dal contratto²⁰⁰.

Benché la soluzione ora prospettata paia *prima facie* sottrarre la figura del pagamento traslativo ai dubbi di compatibilità con il sistema, collocandola al di fuori del terreno negoziale (campo esclusivo di applicazione del consenso traslativo e del connesso principio causale), invero, ad un'analisi più attenta, presta il fianco a critiche, foriere di non pochi ostacoli dogmatici²⁰¹.

Si deve, così, in primo luogo, avallare l'opinione di coloro che contestano la premessa di fondo della ricostruzione di Di Majo, partendo dall'assunto per cui non vi sarebbe incompatibilità logica fra la qualificazione per così dire funzionale di ogni atto di adempimento come dovuto ed il contenuto negoziale di taluni atti esecutivi di un preesistente rapporto obbligatorio, consistenti nella conclusione di un vero e proprio atto di autonomia privata²⁰². E, infatti, come già si è rilevato, ne costituisce esempio il contratto definitivo, con cui si adempie all'obbligo di contrarre scaturente dal preliminare e, al contempo, si conclude un atto negoziale dotato di causa propria.

Ciò detto, non si vede perché mai dovrebbe, invece, negarsi natura negoziale all'atto traslativo *solutionis causa*, nel quale non si ravvisano differenze strutturali rispetto al definitivo. Anche in quest'ultimo caso, infatti, l'atto è solutorio, nel senso che con esso si adempie ad un'obbligazione *aliunde* posta, e non si comprende perché

²⁰⁰ A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 370 ss.

²⁰¹ Le critiche più convincenti alla ricostruzione prospettata da Di Majo provengono da V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 753 ss. ed E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 30 ss., la quale rileva puntualmente che "anche ipotizzando una generale qualificazione in termini di mero atto delle prestazioni isolate o quantomeno del pagamento traslativo, il presunto superamento di taluni ostacoli introduce al contempo una cascata di quesiti ulteriori".

²⁰² Sul punto si veda V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 753 ss., che critica in maniera estesa la qualificazione giuridica del pagamento traslativo elaborata da Di Majo.

tale funzione sarebbe compatibile con la qualificazione contrattuale dell'atto nel solo caso del definitivo, mentre la precluderebbe in radice nelle ipotesi ascritte alla categoria dei pagamenti traslativi²⁰³.

Secondo Di Majo il disconoscimento del carattere negoziale alle figure da ultimo menzionate troverebbe il proprio fondamento nell'impossibilità di affermare la negozialità rispetto all'effetto reale, posto che la causa del trasferimento risiede nella fonte legale o convenzionale dell'obbligazione, avendo la volontà del disponente la mera funzione di imputare il pagamento all'estinzione dell'obbligo preesistente.

Di contrario avviso, è, invece, altra parte della dottrina, certamente da ritenersi preferibile²⁰⁴, secondo la quale "è vero che la causa del trasferimento è nella precedente obbligazione; ma ciò non toglie che se il debitore non manifesta la volontà di trasferire il bene al creditore, non si verifica l'effetto traslativo"²⁰⁵. In altri termini, la funzione solutoria dell'atto di trasferimento del mandatario, ovvero dell'onerato, non esclude che per il perfezionarsi della fattispecie acquisitiva si renda necessaria una nuova manifestazione di volontà del *solvens*, la quale sola può costituire attuazione dell'obbligo di dare. Del resto, della natura negoziale di talune prestazioni isolate traslative si ha conferma sol che si badi alle fattispecie della *datio in solutum* o dell'adempimento del terzo²⁰⁶.

²⁰³ In merito alla qualificazione giuridica del contratto definitivo si veda A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, p. 783 s., che, in particolare nella nota (5), contesta le dottrine che sostengono la possibile natura negoziale dell'adempimento, adducendo l'esempio del definitivo. Sul punto, infatti, l'autore aderisce all'intuizione di R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 557 ss., che individua nel definitivo un atto dovuto, la cui prestazione ha contenuto negoziale. Fra atto dovuto e negozio vi sarebbe così un rapporto di contenente a contenuto. Una volta liberatosi dell'involucro dell'atto dovuto, il definitivo sarebbe, pertanto, in grado di spiegare la sua funzione negoziale, rispetto alla quale riproduce appieno la regola consensualistica, non potendosi classificare come atto meramente solutorio.

²⁰⁴ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 756 s.

²⁰⁵ V. MARICONDA, ID.

²⁰⁶ È particolarmente persuasiva l'esemplificazione di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 31 s., secondo la quale, per l'appunto, le ipotesi della *datio in solutum* e dell'adempimento del terzo sono in ontologico contrasto con la tesi della non negozialità. Difatti, "la volontà di produrre l'effetto traslativo rispetto al bene x non potrebbe certamente sorreggere anche la traslatio di y, solo perché quest'ultimo è il bene consegnato, o analogamente la volontà

Peraltro, è ben vero che la tesi della non negoziabilità ha il vantaggio di mettere a tacere le obiezioni causali alla figura del pagamento traslativo, sottratto in tal modo al raggio applicativo dell'art. 1325 c.c., ma è altresì vero che una simile prospettazione apre la via alle contestazioni strutturali, già sopra delineate, dell'inidoneità di un atto non negoziale a costituire fattispecie acquisitiva di un diritto. È, infatti, inevitabile, aderendo alla tesi dell'atto giuridico in senso stretto, il contrasto con il disposto dell'art. 922 c.c.²⁰⁷.

Sulla base del tenore di tale previsione codicistica gli atti giuridici in senso stretto non costituiscono idonei modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo, essendovi espressamente contemplato il solo contratto. Potrebbe, invero, farsi ricorso all'inciso di chiusura che richiama *“gli altri modi di acquisto previsti dalla legge”*, ma tale inquadramento limiterebbe le ipotesi di pagamento traslativo ai soli casi tipizzati dal legislatore.

Lungi dal favorire l'inquadramento sistematico della figura del pagamento traslativo, la soluzione ora prospettata condurrebbe alle conseguenze esattamente opposte: irrigidire l'operatività del principio consensualistico, rendendolo sostanzialmente inderogabile ad opera dell'autonomia privata, la quale potrebbe farvi eccezione nei soli e tassativi casi previsti dal legislatore, alla stregua di quanto statuito dall'art. 922 c.c. Se, dunque, si voglia dare respiro alla derogabilità della regola consensualistica²⁰⁸, come si ritiene preferibile in un ordinamento orientato al canone di cui all'art. 1322 c.c., la fattispecie acquisitiva del diritto non potrà che essere qualificato in termini negoziali.

di trasferire da A a B non potrebbe mai giustificare il trasferimento da C a B, solo perché C ha operato la consegna”.

²⁰⁷ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 31; G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 651 ss.; L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, III, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO, *La struttura e l'adempimento*, II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, 2014, p. 326 ss.;

²⁰⁸ Queste sono le efficaci parole al riguardo pronunciate da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 31.

2. La negozialità del c.d. pagamento traslativo: contratto o atto unilaterale?

Acclarata la natura negoziale dell'atto traslativo *solvendi causa*, resta ora da stabilire se ad esso debba attribuirsi struttura unilaterale, ovvero bilaterale e, pertanto, contrattuale. Si tratta di questione intimamente connessa ad altra problematica di fondo del diritto privato, quella dell'idoneità del negozio unilaterale alla produzione di effetti reali²⁰⁹.

È opinione diffusa in dottrina che il pagamento traslativo debba necessariamente avere natura contrattuale, perché una diversa soluzione risulterebbe contraria non solo al principio della signoria del singolo sulla propria sfera giuridico - patrimoniale, ma altresì non troverebbe sostegno alcuno nell'ottica di un inquadramento sistematico della fattispecie. Sotto tale ultimo profilo, infatti, l'orientamento contrattualista ha sempre incentrato le proprie argomentazioni sul disposto degli artt. 922 e 1376 c.c., in forza dei quali, come già si è sopra delineato, qualsivoglia fattispecie acquisitiva del diritto non può che assumere veste contrattuale²¹⁰. E, invero, la prima delle disposizioni citate, lungi dal far riferimento all'atto unilaterale, menzionerebbe il solo contratto fra i modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo, dando così conferma alla previsione dell'art. 1376 c.c., che, come sappiamo, richiede per il perfezionamento

²⁰⁹ Si sono occupati del dilemma relativo alla natura unilaterale o bilaterale del pagamento traslativo, V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 757 ss.; G. MACCARONE, *Considerazione d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 660 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 525 ss.; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 479 ss.; G. B. PORTALE, *Il principio consensualistico e il conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 933 ss., in particolare p. 939 s., nota (63); C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 311 ss.

²¹⁰ Ulteriori conferme dell'idoneità del solo contratto a determinare la vicenda traslativa potrebbero desumersi anche da altre previsioni codicistiche. Così, a titolo esemplificativo, G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 661 (il quale aderisce, per l'appunto, alla tesi contrattualistica), cita l'art. 1058 c.c., a norma del quale "le servitù prediali possono essere costituite per contratto o per testamento", e l'art. 1350 nn. 1 e 2 c.c., ai sensi del quale debbono concludersi per iscritto "i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili" ed "i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta".

della vicenda traslativa l'accordo fra disponente ed acquirente. Ricostruire il pagamento traslativo in questi termini significa richiedere sostanzialmente per la produzione dell'effetto reale l'adesione del creditore alla dichiarazione di volontà del *solvens* e, con ciò, rendere solo apparente la deroga al principio del consenso traslativo, esattamente come accade nelle ipotesi in cui il trasferimento si perfeziona per effetto della sequenza fra preliminare e definitivo. La separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*, propria delle fattispecie in cui si delinea l'obbligazione di dare in senso tecnico, non introdurrebbe così nel sistema un'area nella quale il principio consensualistico venga, per così dire, messo tra parentesi. Anche l'atto di esecuzione dell'obbligo di dare, risolvendosi in un contratto, sarebbe, infatti, pienamente rispettoso del disposto dell'art. 1376 c.c.: l'effetto reale sarebbe, in ultima analisi, anche nell'ipotesi del c.d. pagamento traslativo, direttamente scaturente da un contratto causale. Del resto, pare opportuno rilevare come anche negli ordinamenti che accolgono il principio della separazione, primo fra tutti quello tedesco, a prescindere dal profilo causale, l'atto diretto al trasferimento del diritto sia sempre congegnato come negozio bilaterale²¹¹.

È vero che il solo richiamo al tenore dell'art. 922 c.c. non parrebbe da sé determinante, giacché, com'è stato obiettato, la norma prevede l'inciso di chiusura per cui, in ogni caso, *“la proprietà si acquista [...] negli altri modi stabiliti dalla legge”*, non escludendo che tra questi possa essere ricompreso anche l'atto unilaterale²¹². Tuttavia, a tale censura l'orientamento maggioritario ha risposto rilevando come, malgrado l'apertura ad altre fattispecie traslative tipizzate dal legislatore, non sarebbe dato rilevare ipotesi normative che contemplino la produzione dell'effetto reale per atto unilaterale *inter vivos*. In altri termini, il richiamo agli altri modi di acquisto previsti dalla legge si risolverebbe in un mero *flatus vocis*, essendo in verità ogni fattispecie

²¹¹ Vedi *supra* par. 4, cap. I, in merito al sistema traslativo previsto dal BGB. Inoltre, per la natura senz'altro bilaterale dell'atto attributivo del diritto, secondo la dottrina tedesca, si veda F. RANIERI, *Brevi note sull'origine del negozio reale e astratto*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1970, p. 315 ss.

²¹² G. MACCARONE, *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 663.

traslativa connessa ad un negozio a struttura bilaterale. E del resto, di ciò si avrebbe conferma allorché si passino in rassegna le norme del codice civile e ci si avveda che l'unico atto idoneo alla produzione di soli effetti reali sia la donazione traslativa: un contratto a formazione bilaterale, che richiede cioè per il suo perfezionamento l'accettazione del donatario²¹³.

Peraltro, giungendo a negare la stessa ammissibilità della figura per la sua astrattezza, taluni hanno sottolineato come la tassatività dei modi di acquisto a titolo derivativo sarebbe imposta dall'esigenza di salvaguardare il principio del *numerus clausus* dei diritti reali²¹⁴, improntato alla precipua finalità di contenere le limitazioni alle facoltà di godimento e disposizione spettanti al proprietario. In verità, però, il richiamo alla tassatività dei diritti reali non pare conferente, perché l'art. 922 c.c. gioca su un piano ben distinto rispetto a quello concernente il numero chiuso dei diritti reali. L'atipicità delle fattispecie acquisitive dei diritti non implica, infatti, per ciò solo, che si configuri una vicenda patrimoniale concernente un diritto reale non tipizzato dal legislatore²¹⁵. E, inoltre, non soltanto non vi è correlazione fra atipicità dei modi di acquisto e tassatività dei diritti acquistati, ma, altresì, una simile impostazione pare il frutto della confusione fra il concetto di efficacia reale (concernente il trasferimento della proprietà, ovvero la costituzione o il trasferimento di altro diritto) e la diversa nozione di diritto reale.

Ma soprattutto, l'orientamento contrattualista nella qualificazione della natura giuridica dell'atto traslativo *solutionis causa* trae il proprio convincimento da una ricostruzione del sistema circolatorio che tenga conto del principio di relatività degli effetti contrattuali, posto a tutela del valore dell'accordo come baluardo dell'autonomia privata; espressione della sovranità del singolo sulla propria sfera giuridico - patrimoniale. A tale stregua, dunque, la dottrina prevalente nega che l'atto unilaterale

²¹³ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 758.

²¹⁴ L. BARASSI, *I diritti reali*, Milano, 1934, p. 50 ss.; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 3 ss.

²¹⁵ Sul punto si veda la contestazione di L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO, I, *La struttura e l'adempimento*, II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, p. 327 ss.

sia capace di determinare l'effetto reale, perché ciò si porrebbe in contrasto con quanto sancito dall'art. 1372, comma 2, c.c.

Ed invero, nonostante l'interpretazione sistematica della disposizione citata abbia condotto a superare le iniziali rigidità, il principio di relatività è rimasto intatto nel suo nucleo essenziale dell'intangibilità in senso sfavorevole dell'altrui sfera giuridica²¹⁶. Ora, poiché l'effetto reale è potenzialmente implicante per il destinatario, potendo comportare a suo carico l'assunzione di oneri ed obblighi, dovrebbe escludersi che si venga a determinare in assenza di una manifestazione di volontà del soggetto la cui sfera venga ad essere incisa. In altri termini, è la natura stessa dell'effetto prodotto dal pagamento traslativo ad escludere *in nuce* la sua configurabilità in termini di negozio unilaterale, dipendendo sempre il perfezionamento della fattispecie acquisitiva dall'accettazione espressa dell'acquirente.

A ben guardare, tali conclusioni sono conseguenza dell'applicazione al negozio unilaterale dei risultati dalla dottrina raggiunti in merito alla natura dell'attribuzione in favore del terzo, che costituisca oggetto della fattispecie negoziale di cui all'art. 1411 c.c. Difatti, pur trattandosi di un contratto, il problema, anche in tale contesto, è quello di apprezzare quali effetti possano incidere la sfera giuridica del terzo in assenza di

²¹⁶ Tradizionalmente il principio in esame era inteso in termini di tendenziale assolutezza, ben potendo essere tradotto con l'antico brocardo per cui "*alteri stipulari nemo potest*", tutelando la sfera giuridica del terzo da qualsiasi intrusione, tanto favorevole, quanto sfavorevole. Superando l'iniziale impostazione di matrice romanistica, la dottrina si è però affaticata nel tentativo di coglierne l'attuale portata. Si è così limitato il suo raggio applicativo alla sola efficacia diretta del contratto *inter alios* concluso, mentre non precluderebbe la sua efficacia c.d. riflessa (in merito alla distinzione fra effetti diretti e riflessi si veda in particolare C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 73 ss., il quale rileva come l'individuazione del fenomeno dell'efficacia riflessa risalga agli studi di R. JHERING, *Die reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jhar. Dogm.*, X, 1871, p. 245 ss.). Peraltro, la previsione dell'art. 1411 c.c. ha consentito una reinterpretazione del principio, volta a porre il contratto a favore di terzi in una posizione non derogatoria, bensì compatibile con l'art. 1372, comma 2, c.c. Il combinato delle due norme deve, infatti, condurre ad una lettura restrittiva del principio di relatività, che ammetta la produzione di effetti favorevoli per il terzo, purché l'effetto non sia stabile e si consenta, pertanto, al soggetto la cui sfera sia stata incisa la facoltà di rifiuto (rifiuto - eliminativo, posto che il terzo acquista fin dal momento della stipulazione in suo favore).

una sua previa accettazione in senso tecnico; entro quali margini la contrattazione a favore del terzo sia compatibile con il principio dell'autonomia privata. Se certamente il congegno di cui all'art. 1411 c.c. è sempre stato considerato idoneo ad attribuire al terzo la titolarità di un diritto di credito, controverso è, invece, se la stipulazione in suo favore possa concernere la costituzione di un diritto reale minore ovvero il trasferimento della proprietà o di altro diritto. La giurisprudenza pare ammettere che il ricorso all'art. 1411 c.c. sia possibile solo con riguardo ai diritti reali non implicanti neppure potenzialmente obblighi ed oneri - limitatamente, dunque, alle servitù prediali²¹⁷ -, mentre solo in isolati *obiter dicta* pare generalizzare la previsione indistintamente ad ogni posizione di diritto reale²¹⁸. Di massima, invece, la dottrina²¹⁹ si è sempre ritenuta contraria all'utilizzabilità dell'art. 1411 c.c. per determinare l'effetto reale, in quanto sempre potenzialmente pregiudizievole per il destinatario: un effetto definito *pesante*, che, in quanto tale, richiede un *accordo forte*, scaturente da un'accettazione espressa del soggetto la cui sfera sia riguardata²²⁰.

Ciò chiarito, la dottrina contrattualistica estende tali considerazioni anche al pagamento traslativo, che, essendo diretto al trasferimento di un diritto (effetto reale implicante la sfera del destinatario) non potrebbe che rivestire necessariamente veste contrattuale. La diversa soluzione si porrebbe, infatti, in contrasto con il principio di relatività e determinerebbe un'inammissibile intrusione nella sfera giuridica

²¹⁷ Si tratta delle sentenze alle quali fa opportunamente riferimento V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 761. In particolare si segnalano Cass. 14 dicembre 1982, n. 6871 e Cass. 25 febbraio 1980, n. 1371. Più di recente, sempre in merito all'idoneità dell'art. 1411 c.c. alla costituzione di servitù prediali in favore del terzo, si vedano Cass. 30 ottobre 2006, n. 23343, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Servitù* n. 11 e Cass. 27 giugno 2011, n. 14180.

²¹⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 545.

²¹⁹ R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Greco*, II, Padova, 1965, p. 951 ss.; L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 4 ss.

²²⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 123 s.

dell'*accipiens*, alla cui manifestazione di volontà deve essere subordinato il perfezionarsi della vicenda traslativa²²¹.

Ulteriore ragione a sostegno della natura contrattuale del pagamento traslativo è stata poi desunta dal disposto dell'art. 1987 c.c., ai sensi del quale "*la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge*". Si è, infatti, rilevato²²² che se la norma tutela l'autonomia privata (la prevalenza dell'accordo) in relazione agli effetti obbligatori, limitando alle sole ipotesi tipizzate dal legislatore i casi in cui la dichiarazione unilaterale del promittente possa determinare il sorgere di un'obbligazione a suo carico e del correlato diritto di credito in capo al promissario, *a fortiori* il valore dell'accordo dovrebbe essere preservato quando vengano in gioco effetti reali, precludendo così che un atto unilaterale atipico possa perfezionare una vicenda traslativa, potenzialmente pregiudizievole per il destinatario.

Su posizioni nettamente contrapposte è orientata, invece, la diversa tesi dottrina tesa a rinvenire nell'atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico una chiara ipotesi di negozio unilaterale²²³; tesi che, allontanandosi dalle statuizioni dell'opzione contrattualistica, pare più attenta alla vicenda circolatoria che in concreto venga a realizzarsi allorché si profili la figura del pagamento traslativo.

²²¹ Una tale conclusione dovrebbe essere, peraltro, supportata dal tenore dell'art. 1190 c.c., ai sensi del quale "*il pagamento fatto al creditore incapace di riceverlo non libera il debitore [...]*". Ciò significa che la ricezione dell'adempimento, richiedendo la capacità dell'*accipiens*, implica una sua manifestazione di volontà in ordine all'esattezza della prestazione eseguita.

²²² L'argomentazione è stata, in particolare, svolta da V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 765, secondo il quale "*né va dimenticato che, quanto meno con riferimento agli atti unilaterali fonte di obbligazione, l'art. 1987 c.c. detta la regola della tipicità degli stessi: sicché sarebbe paradossale che mentre le promesse unilaterali fonti di obbligazioni sono tipiche vi possono essere atti unilaterali atipici capaci di determinare l'acquisto di diritti reali in capo al destinatario dei relativi effetti*".

²²³ Sostengono la tesi della natura unilaterale dell'atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico, in particolare, F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. proc. dir. civ.*, 1976, p. 467 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 320 ss.; G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 525 ss.

In primo luogo, l'esame si concentra in maniera più attenta sull'inciso finale dell'art. 922 c.c., traendo in particolar modo spunto dal raffronto con il suo antecedente nel codice civile abrogato. A tal riguardo, è stato rilevato²²⁴ che, mentre l'art. 710 cpv. del codice del 1865 prevedeva espressamente che la proprietà, oltre che per successione e donazione, potesse trasmettersi "*per effetto di convenzioni*", subordinando così in ogni caso la fattispecie acquisitiva al raggiungimento di un accordo, analoga statuizione non è ripetuta dal richiamo di chiusura dell'art. 922 c.c. L'argomento incentrato sulla previsione normativa del solo contratto fra i modi di acquisto della proprietà non parrebbe più, dunque, dotato di validità alla luce del tenore letterale della norma citata, la quale, come già si è visto, contempla in generale *gli altri modi stabiliti dalla legge* e il che non esclude testualmente che il *modus acquirendi* possa essere rappresentato da un atto unilaterale.

Peraltro, l'obiezione avanzata dalla dottrina maggioritaria circa l'irrilevanza del richiamo finale dell'art. 922 c.c., stante l'impossibilità di rinvenire nel tessuto normativo del codice negozi unilaterali diretti a realizzare un effetto reale, non pare in alcun modo determinante. Già ad un primo approccio, infatti, pare dubbio che la mera constatazione dell'assenza di atti unilaterali traslativi possa costituire valida ragione giuridica per escluderne a monte l'ammissibilità. In altri termini, seppure fosse vero il rilievo dell'inesistenza di negozi unilaterali traslativi, ciò non sarebbe, in ogni caso, motivazione sufficiente per negare che il legislatore, proprio in forza dell'art. 922 c.c., possa congegnare una fattispecie acquisitiva mediante atto unilaterale. Ma, a ben guardare, non pare neppure fondata la prospettata inesistenza di negozi unilaterali diretti a realizzare l'effetto reale.

²²⁴ Si tratta di un'argomentazione correttamente prospettata da F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 480, il quale rileva come la tesi di SCUTO, *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1915, p. 363 secondo cui, "*se la proprietà non si trasferisce in base all'atto costitutivo del rapporto obbligatorio, la convenzione traslativa può ritrovarsi nel pagamento*" fosse corretta rispetto alla previsione dell'art. 710 cpv. cod. civ. abrogato, ma non sia più valida sotto il vigore dell'art. 922 c.c. Rilievo condiviso da V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 765.

Non sono, infatti, sconosciute nel nostro ordinamento ipotesi in cui un diritto si trasferisce per effetto della sola dichiarazione unilaterale del disponente, senza necessità che ad essa aderisca l'acquirente, pur facendo salvo il suo potere di rifiuto²²⁵.

In primo luogo, può farsi menzione dell'art. 785 c.c. che disciplina la c.d. donazione obnuziale. La norma statuisce, infatti, che *"la donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o entrambi gli sposi o dei figli nascituri da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio"*. Se ne desume un chiaro discostamento dalla normale disciplina della donazione, giacché l'attribuzione patrimoniale in favore del donatario si perfeziona senza necessità di una sua accettazione espressa, in forza di una presunzione di interesse del destinatario a riceverla. Rispetto a tale figura si sono prospettate soluzioni divergenti. Taluni hanno, infatti, ravvisato nella semplificazione che la contraddistingue la sostituzione dell'onere di accettazione con quello di rifiuto, rimanendo nell'orbita contrattuale e ascrivendo la fattispecie all'art. 1333 c.c.; altri²²⁶, invece, hanno ritenuto che in essa potesse certamente individuarsi un'ipotesi di negozio unilaterale²²⁷.

Al riguardo, pare certo condivisibile l'opinione dell'Autrice²²⁸ che ha rilevato come la vicenda traslativa disciplinata dall'art. 785 c.c. non paia sussumibile negli schemi del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, perché, il mancato rifiuto del donatario, a differenza di quanto accadrebbe nella fattispecie di cui all'art. 1333 c.c., non gioca alcun ruolo nel perfezionamento dell'acquisto.

²²⁵ In tal senso si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 537.

²²⁶ L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 36 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.* diretto da RESCIGNO, X ed., 1982, p. 43 s.

²²⁷ In tal senso si veda A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1965, p. 158 ss.; G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1983, p. 403 ss.

²²⁸ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 538.

Altra ipotesi di attribuzione unilaterale traslativa è quella prevista per l'acquisto del legato *per vindicationem* dall'art. 649 c.c.²²⁹, quando abbia ad oggetto la proprietà di una cosa determinata o altro diritto su un bene appartenente al testatore. In questo caso, infatti, "la proprietà o il diritto si trasmette dal testatore al legatario al momento della morte del testatore" e, ciò che più rileva, "il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare". Anche per effetto del legato, l'onorato acquista automaticamente al momento dell'apertura della successione, senza necessità di un suo previo assenso, pur restando salvo il suo potere di rinunzia, che determina il venir meno dell'effetto accrescitivo con effetti *ex tunc* - rifiuto eliminativo -.

Ecco che già la sola individuazione di talune ipotesi normative in cui la vicenda acquisitiva prescinde da un atto di assenso dell'acquirente consente di porre perlomeno in dubbio le tradizionali argomentazioni che, partendo dall'interpretazione dell'art. 922 c.c., negano natura unilaterale al pagamento traslativo.

Ma l'argomentazione più convincente elaborata dai sostenitori dell'unilateralità della figura è molto probabilmente quella che, muovendo da un'attenta analisi degli interessi in gioco, riscontra l'inutilità del ricorso allo strumento contrattuale²³⁰.

Il pagamento traslativo, essendo diretto alla realizzazione di una vicenda traslativa ha necessariamente struttura negoziale; necessita per la produzione di un effetto siffatto una manifestazione di volontà del *solvens* finalizzata all'effetto reale. Tuttavia, non può, al contempo, sottacersi la seconda anima dell'atto, che, diretto all'adempimento di un obbligo di dare preesistente, ha innegabile funzione solutoria. E proprio in tale doverosità del pagamento traslativo risiede la ragione della sua sottrazione alla dimensione contrattuale. L'attribuzione patrimoniale traslativa è già regolata a monte dal precedente contratto obbligatorio fra le parti, al quale il pagamento si limita a dare attuazione, e, pertanto, non è necessaria un'adesione del creditore alla dichiarazione traslativa del *solvens*, essendo il suo consenso già stato espresso in sede di definizione del programma pattizio da cui è scaturita l'obbligazione

²²⁹ Come rilevato da A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989.

²³⁰ F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 481.

di dare. L'atto traslativo *solutionis causa* non può, in altri termini, avere struttura contrattuale, in quanto in esso non è ravvisabile alcuna autoregolamentazione degli interessi in gioco, ma piuttosto conferma dell'assetto precedentemente delineato²³¹. In ciò risiede il *discrimen* con la sequenza preliminare - definitivo. Anche il definitivo ha funzione solutoria, ma l'obbligo scaturente dal preliminare si riferisce alla prestazione di un consenso per la conclusione di un contratto dotato di causa propria²³². È sul piano

²³¹ Sul punto è interessante la posizione di U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto - La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 1999, p. 89 ss., che delinea in merito alla natura giuridica del pagamento traslativo la tesi del c.d. negozio non contratto. L'A. introduce, infatti, nella categoria dei negozi giuridici una bipartizione. Da un lato vi è il contratto, che costituisce un'autoregolamentazione di interessi e rispetto al quale la causa si presenta quale elemento strutturale, la cui mancanza incide sul giudizio di validità dell'atto; dall'altro, invece, vi è il c.d. negozio non contratto, caratterizzato dalla mera conferma di un assetto di interessi già predeterminato. Alla stregua di tale ricostruzione, a monte del pagamento traslativo non si delinea un contratto ad effetti obbligatori, piuttosto un negozio di configurazione o normativo, il cui dato caratterizzante si esprime nella predeterminazione del contenuto causale dei contegni successivi. Così, ripercorrendo le parole dell'A., "nel caso del negozio di configurazione l'attribuzione traslativa, che discende dal completamento della fattispecie complessa, cessa di essere l'effetto di un contratto ad efficacia reale tipico e resta mera attribuzione reale, la cui causa deve essere rinvenuta all'esterno dell'accordo di configurazione. Questo, come ormai chiaro, svolge soltanto la funzione di predeterminare la rilevanza causale dei comportamenti successivi, ma non serve a spiegare direttamente ed in forma immediata l'effetto traslativo".

²³² Si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 545. Di contrario avviso è, invece, G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, il quale rileva che "se si ammette che l'atto posto in essere in adempimento dell'obbligazione scaturente dal contratto preliminare ha inevitabilmente natura contrattuale, non si può poi ritenere che uno stesso atto in un caso richiede il consenso dell'accipiens e del solvens per il prodursi dell'effetto traslativo e nell'altro caso ritiene sufficiente la sola dichiarazione di volontà dell'accipiens". Tuttavia, tale affermazione non pare sostenibile perché è il contenuto dell'obbligazione che dev'essere adempiuta nell'uno, piuttosto che nell'altro caso, a giustificare il particolare profilo causale dell'atto solutorio, che si riverbera sulla struttura dell'atto medesimo. Nella sequenza preliminare - definitivo, l'obbligo ha ad oggetto la prestazione di un nuovo consenso: le parti si accordano circa gli elementi essenziali del futuro contratto, ma differiscono ad un momento successivo la stipula del contratto stesso (è evidente che in tale ipotesi la natura contrattuale del definitivo sia diretta conseguenza dell'oggetto stesso della prestazione). Diverso, è invece il caso dell'atto di adempimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico, che ha in sé funzione meramente solutoria e rinviene la propria giustificazione in un assetto di interessi interamente determinato a monte.

causale, dunque, che si apprezza la differenza fra contratto definitivo e atto traslativo *solvendi causa*, che trova la propria *ratio* nel rapporto antecedente ed esclude la necessità di una nuova manifestazione di consenso da parte dell'*accipiens*; consenso che risulterebbe di regola del tutto esorbitante.

È evidente che il carattere ultroneo di un'adesione del creditore alla volontà traslativa del *solvens* venga meno in tutte quelle ipotesi in cui il pagamento si discosti dall'assetto di interessi precedentemente configurato. Ciò è ad esempio quanto accade quando si concreti una *datio in solutum* traslativa, che per determinare il perfezionamento della fattispecie acquisitiva necessita inevitabilmente del consenso del creditore²³³.

Se ne desume conseguentemente che, di regola, il pagamento traslativo ha struttura giuridica unilaterale, limitandosi a dare attuazione ad un regolamento d'interessi voluto dall'*accipiens*, potendo però riemergere una sua configurazione contrattuale (manifestazione di un nuovo consenso da parte del creditore), ogni qual volta l'attribuzione traslativa si discosti da quella dedotta nel rapporto obbligatorio precedente.

Certo potrebbe rilevarsi che tale prospettazione troverebbe in ogni caso l'ostacolo logico del principio di intangibilità in senso sfavorevole dell'altrui sfera giuridica, che, a tutela dell'autonomia privata del creditore, precluderebbe, ad ogni buon conto, l'ammissibilità nel nostro ordinamento di negozi che unilateralmente determinino l'effetto reale. In verità, però, l'orientamento da ultimo esaminato consente, nella sua logica di rivalutazione della funzione solutoria ai fini strutturali, di rileggere l'unilateralità del pagamento traslativo in termini di potenziale sintonia con il principio di cui all'art. 1372, comma 2, c.c.

Non possono, infatti, considerarsi aprioristicamente svantaggiosi effetti rispetto ai quali l'*accipiens* abbia manifestato a monte il proprio consenso. Malgrado si tratti di effetti reali, non realizzano un'indebita ingerenza nella sfera giuridica del creditore,

²³³ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 545 e s.

perché sono conseguenza di un atto di attuazione di un precedente rapporto tra le parti, che ne costituisce giustificazione causale.

Tuttavia, per rendere compatibile una simile ricostruzione del pagamento traslativo con il principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica, non può sottacersi la rilevanza della previsione di una facoltà di rifiuto da parte del destinatario, sulla quale, com'è stato rilevato²³⁴, alcuno dei primi sostenitori dell'unilateralità aveva posto adeguata attenzione. È vero, infatti, che l'effetto realizzato dal pagamento traslativo è già stato programmato con l'accordo causale a monte, ma è anche vero che si tratta pur sempre di effetto reale, implicante oneri ed obblighi, che necessitano della forma minimale del consenso rappresentata dal rifiuto eliminativo. In altri termini, l'effetto traslativo si produce ed il creditore acquista in forza della sola dichiarazione di volontà del *solvens*, ma all'*accipiens* deve essere accordata una facoltà di rinuncia, volta a porlo in condizione di valutare proficuamente l'esattezza della prestazione.

È proprio nel contesto di una opportuna rivalutazione del rifiuto nell'ambito dei pagamenti traslativi che si situa la disputa circa l'applicabilità alla suddetta vicenda circolatoria dello schema negoziale di cui all'art. 1333 c.c.

3. Segue. Applicabilità della fattispecie negoziale di cui all'art. 1333 c.c.

Prima di affrontare il problema della sussumibilità delle prestazioni isolate traslative nell'ambito applicativo dell'art. 1333 c.c., è necessario soffermarsi sulla questione preliminare della qualificazione dogmatica dell'istituto, che, pur essendo definito dal legislatore *contratto con obbligazioni del solo proponente*, ha sollevato vivaci dispute dottrinarie in merito alla sua effettiva natura giuridica. Non si tratta di una disquisizione di carattere puramente teorico, giacché il diverso assunto di fondo in merito alla struttura negoziale dell'art. 1333 c.c. ha condotto a soluzioni differenziate in punto di applicabilità alla figura del pagamento traslativo. L'indagine circa l'idoneità

²³⁴ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 764 s., che pure accoglie la tesi della natura contrattuale del pagamento traslativo, per ragioni cautelative della posizione del creditore.

del congegno di cui all'art. 1333 c.c. alla produzione di effetti non soltanto obbligatori, ma altresì reali, si intreccia, infatti, con il quesito di base relativo alla sua natura unilaterale o contrattuale.

La dottrina maggioritaria²³⁵, fedele al tenore letterale della norma, qualifica il negozio ivi disciplinato in termini certamente contrattuali. Del resto, l'art. 1333 c.c. dispone che *“la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata”* ma, soprattutto, *“il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso”*. Nonostante non contempra l'accettazione, perlomeno espressa, dell'oblato, la norma configurerebbe un procedimento del tutto coerente con il modello contrattuale. Difatti, a tenore della norma, il negozio non si conclude nel momento in cui la proposta giunge a conoscenza dell'oblato (ciò varrebbe a configurarlo come atto unilaterale recettizio: destinato a produrre i suoi effetti dal momento in cui giunga a conoscenza del destinatario), ma solo allorché alla proposta segua il mancato rifiuto nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. Il sopraggiungere della proposta alla conoscenza dell'oblato vale solo a rendere tale proposta irrevocabile, vincolando il proponente alla certa conclusione del contratto nell'ipotesi di mancato rifiuto. Pur essendo concorde nella qualificazione contrattuale dell'istituto, l'orientamento maggioritario si dirama poi quando venga in oggetto il ruolo attribuito al mancato rifiuto²³⁶. In merito, infatti, si alternano tesi che ritengono necessaria la struttura bilaterale ed altre che, invece, ammettono la formazione unilaterale del contratto.

²³⁵ Aderiscono alla tesi contrattualistica, fra i tanti, S. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro IV, Delle obbligazioni – Artt. 1321 – 1352*, Bologna – Roma, 1960, p. 161 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet – Art. 1333*, 1980, p. 76 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966, p. 341 ss.; A. TORRENTE e P. SCHELESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Milano, 2013, p. 495.

²³⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.* a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2011, p. 120 ss.

Taluni, partendo dal presupposto che non possa aversi contratto senza bilateralità, qualificano il mancato rifiuto in termini di accettazione tacita²³⁷, per cui il silenzio avrebbe valore giuridico corrispondente ad una volizione negoziale, se il contegno omissivo del privato sia conseguenza di una ponderazione volontaria e consapevole. Altri, invece, attribuiscono, al mancato rifiuto una valenza di requisito oggettivo, che, per previsione legislativa, produrrebbe gli stessi effetti dell'accettazione²³⁸. Entrambe le tesi ora richiamate si espongono, però, alla critica, difficilmente contestabile, per cui il silenzio, per rilevare come manifestazione tacita di volontà, dovrebbe essere circostanziato. Diversamente, nel congegno perfezionativo dell'art. 1333 c.c. vi sarebbe una mera inerzia non qualificata da alcunché, alla quale, pertanto, non pare possibile attribuire un significato espressivo della volontà di accettare. Le tesi che, pur in diverso modo, vedono nell'art. 1333 c.c. un'accettazione tacita si espongono perciò all'obiezione della finzione²³⁹ di sussistenza della volontà presunta, per forzare lo schema contrattuale nei meandri della bilateralità²⁴⁰.

Così, traendo spunto dalla critica al dogma del consensualismo²⁴¹, si afferma, fra le teorie contrattualistiche, quella che, negando la necessaria formazione bilaterale del contratto, ammette la ricostruzione dell'art. 1333 c.c. come contratto che si perfeziona per il solo tramite della dichiarazione del proponente, essendo vano qualsiasi tentativo di qualificare il mancato rifiuto come accettazione.

²³⁷ In tal senso sono A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Milano 1962, p. 116 s.; G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 27 ss.; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 395 ss.

²³⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Libro IV - *Delle obbligazioni*, artt. 1321 - 1352, Bologna - Roma, 1970, p. 161 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 287 ss.

²³⁹ In tal senso si vedano le parole di C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 1987, p. 265, il quale rileva come il principio del contratto non possa essere salvato attraverso una finzione: "è una finzione il ravvisare un'accettazione nel silenzio del promittente".

²⁴⁰ Sul punto si veda P. FAVA, *Il contratto - Trattato teorico - pratico*, Milano, 2012, p. 1069 ss.

²⁴¹ Si tratta di considerazioni che sono state svolte *supra* (cap. I, par. II) soprattutto allorché si è sviluppata la nota critica al consensualismo di G. GORLA (si veda, in particolare, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966).

L'assunto di fondo che nega l'identificazione forzata fra contratto ed incontro di proposta e accettazione ha così condotto taluni a ricostruire l'art. 1333 c.c. in termini di "contratto senza accordo"²⁴². Ma, in verità, una tale estremizzazione dei concetti, pur avendo il pregio di aver superato assiomi dogmatici in materia di formazione del contratto, pare scontrarsi inevitabilmente con il dato normativo. Non soltanto, infatti, l'art. 1325 c.c., annovera l'accordo fra i requisiti essenziali per la valida conclusione del contratto, ma ancor prima è l'art. 1321 c.c. ad ostare alla prospettazione enunciata, giacché nella definizione generale del contratto ne individua il dato essenziale e caratterizzante proprio nell'accordo.

Così, se non può mettersi in dubbio che per aversi contratto sia necessario l'accordo, ciò che preme sottolineare è cosa debba intendersi per accordo. A ben guardare, infatti, non sempre e necessariamente l'accordo è raggiunto allorché vi sia la sequenza tipica di proposta - accettazione. Questo è lo schema generale delineato dal combinato disposto degli artt. 1326 - 1335 c.c., ma accanto ad esso si collocano degli ulteriori schemi di perfezionamento negoziale che, pur prescindendo dall'incontro dei consensi mediante reciproche manifestazioni di volontà, determinano ciononostante il raggiungimento dell'accordo. In altri termini, l'accordo non sarebbe fenomeno naturalisticamente apprezzabile, ma il frutto di opzioni legislative che lo tipizzano anche in contesti in cui non pare esservi stato un effettivo scambio dei consensi. Alla stregua di tale impostazione dottrinarina, pertanto, nella fattispecie negoziale di cui

²⁴² In tal senso si veda, in particolare, R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 15 ss. e ID, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in studi in onore di P. GRECO, II, Padova, 1965, p. 953 ss. Il presupposto di tale ricostruzione dottrinarina è che l'accordo non sia necessario in ogni fattispecie contrattuale: lo è certamente quando il contratto sia sinallagmatico, ossia preveda a carico di entrambe le parti vantaggi e correlati sacrifici. Allorché, invece, i sacrifici siano sopportati da una sola delle parti e vi siano esclusivi vantaggi a favore dell'altra non è necessario l'accordo: il contratto si perfeziona con la dichiarazione unilaterale del proponente, salvo il potere di rifiuto dell'oblato, che si pone quale *condicio iuris* risolutiva dell'effetto incrementativo già prodottosi. In merito a tale orientamento dottrinario imperniato sulla critica al consensualismo si veda anche P. FAVA, *Il contratto - Trattato teorico - pratico*, Milano, 2012, p. 1075 s.

all'art. 1333 c.c., la formazione unilaterale sarebbe compatibile con un accordo, per così dire, *debole o a struttura leggera*²⁴³.

Non si dimentichi, però, che, partendo dalla critica al consensualismo e portandola alle sue estreme conseguenze, altra brillante dottrina ha sostenuto l'indole unilaterale del negozio disciplinato all'art. 1333 c.c.²⁴⁴. Il passaggio dalla tesi del contratto a formazione unilaterale (in particolare da quella che prescinde dall'accordo) a quella del negozio unilaterale è, in verità, breve. Una volta che si neghi il rilievo dell'accordo nelle fattispecie negoziali che comportino soli vantaggi per una parte è evidente che parlare di contratto paia il frutto di uno stravolgimento dei concetti giuridici e che ben più coerente risulti, invece, la ricostruzione in termini di unilateralità del congegno ivi disciplinato. Secondo i fautori di tale prospettazione dottrina²⁴⁵, pertanto, la qualificazione in termini contrattuali dell'istituto in esame è frutto di una forzatura, che cerca di ricostruire come accordo ciò che accordo non è. Non può cioè fingersi che vi sia accordo anche laddove non risulti in alcun modo ravvisabile al solo fine di salvare lo schema contrattuale. Del resto, rilevano, non avrebbe senso attribuire, come fa la norma, la facoltà di rifiuto se ci trovassimo in presenza di un'attribuzione patrimoniale fondata sull'accordo fra le parti. Delle due l'una: o c'è l'accordo, seppur in una sua variante, per così dire, debole, e allora è possibile ravvisare una volontà del destinatario dell'attribuzione patrimoniale anteriore al suo stesso perfezionarsi; oppure, c'è il rifiuto eliminativo, che impedisce la mera conservazione di effetti già prodottisi nella sfera giuridica incisa.

²⁴³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.* a cura di SCIALOJIA e BRANCA, Milano, 2011, p. 121.

²⁴⁴ La tesi è stata sviluppata da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 185 ss.

²⁴⁵ La tesi è, in particolare, sostenuta da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 185 ss., che qualifica l'art. 1333 c.c. come l'archetipo della categoria dei negozi unilaterali soggetti a rifiuto, e da C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2015, p. 259 ss., che qualifica la proposta di cui all'art. 1333 c.c. come promessa unilaterale rifiutabile, che diviene obbligatoria alla scadenza del termine per il rifiuto.

L'articolo 1333 c.c. diverrebbe così l'archetipo della categoria dei negozi unilaterali soggetti a rifiuto²⁴⁶. Si tratterebbe di negozi che, in considerazione del carattere oneroso per una sola delle parti, sono idonei a produrre i loro effetti in ragione della sola dichiarazione del promittente, non richiedendo al destinatario un'adesione *ex ante*. Tuttavia, poiché giammai un effetto pur accrescitivo potrà consolidarsi *contro* la volontà del soggetto la cui sfera giuridica sia incisa, viene fatta salva la facoltà di rifiuto del destinatario; rifiuto eliminativo con efficacia *ex tunc*, che consente dunque il ripristino dello *status quo ante*.

E proprio la ricostruzione da ultimo prospettata pare quella, a mio avviso, più convincente ed alla quale, del resto, pare aver aderito la stessa giurisprudenza di legittimità²⁴⁷. Ci troviamo quindi al di fuori dell'ambito contrattuale per rientrare nell'alveo delle promesse unilaterali rifiutabili, ammissibili, alla luce dell'art. 1987 c.c., in quanto tipizzate dal legislatore con la generale previsione di cui all'art. 1333 c.c.

Ma, se si conclude per la configurazione della sequenza negoziale di cui all'articolo da ultimo menzionato in termini di unilateralità, resta ora da valutare se possa costituire lo schema in cui incasellare la struttura dell'atto traslativo *solutionis causa*.

Certamente non nutrono dubbi in merito coloro che avallano la struttura non solo contrattuale, ma altresì bilaterale della fattispecie in commento, non prospettandosi a tale stregua problemi di frizione con il principio cardine dell'intangibilità in senso sfavorevole dell'altrui sfera giuridica. Mediante la finzione dell'accettazione tacita laddove, invece, vi è una mera inerzia, vengono meno gli ostacoli logico - giuridici ad estendere l'applicazione dell'art. 1333 c.c. al di là dei confini letterali dell'efficacia

²⁴⁶ Dell'esistenza di tale categoria negoziale si avrebbe conferma codicistica anche al di là del dato normativo di cui all'art. 1333 c.c. Analoga struttura avrebbero, infatti, l'art. 785 c.c., l'art. 1236 c.c., che tiene conto dell'eventuale interesse del debitore all'adempimento, e l'art. 649 c.c. In tutti questi casi, l'autonomia privata è tutelata dal meccanismo del rifiuto, così come, del resto nell'art. 1411 c.c., che, pur essendo una fattispecie contrattuale, è volta ad attribuire un diritto al terzo, estraneo al negozio *inter alios* concluso.

²⁴⁷ Fondamentale sul punto è Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, n. 9500, con nota di M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1241 ss.; più recenti, ma sostanzialmente conformi, sono Cass., sez. III, 3 aprile 2001, n. 4888 e Cass., sez. II, 31 ottobre 2008, n. 26325.

obbligatoria. Certo, il tenore letterale della norma parrebbe escludere una simile estensione, riferendosi alla sola proposta di *concludere un contratto da cui derivino obbligazioni per il solo proponente*. Ma, la dottrina favorevole all'ampliamento del suo raggio applicativo ha arginato anche la suddetta problematica. Da un lato, si è affermato che la natura eccezionale della norma, se ne esclude l'applicazione analogica, non preclude, invece, una sua interpretazione estensiva, che ben può essere ammessa, dunque, rispetto al caso di specie²⁴⁸. Ma ancora di più, si è rilevato come il riferimento alle sole convenzioni costitutive di rapporti obbligatori sia frutto di un retaggio storico: espressione di un contesto normativo nel quale per tradizione il contratto non poteva che essere idoneo a costituire soli rapporti obbligatori. Una volta riletta la norma alla luce del combinato disposto degli artt. 922 e 1376 c.c. non può più ritenersi che il mancato riferimento agli effetti reali possa costituire un serio ostacolo all'estensione del suo ambito applicativo al di là dei meri contratti obbligatori²⁴⁹.

Ben più critico risulta, al contrario, chi, pur fra i fautori della ricostruzione contrattuale dell'art. 1333 c.c., ne esclude la bilateralità e lo qualifica come negozio a formazione unilaterale. Questi, infatti, facendo leva sulla lettera della norma e sulla efficacia potenzialmente pregiudizievole per il destinatario scaturente dal perfezionarsi in suo favore di una vicenda traslativa, tendono a ritenere che la bilateralità costituisca elemento essenziale perché il negozio sia idoneo a determinare effetti reali. Occorrerebbe, pertanto, interpretare restrittivamente l'art. 1333 c.c., limitando il suo ambito applicativo alle sole convenzioni costitutive di effetti obbligatori²⁵⁰.

Il problema che accomuna la dottrina che riconosce nell'art. 1333 c.c. un contratto a formazione unilaterale a quella che, scevra da qualsiasi residuo dogmatico, vi

²⁴⁸ Al riguardo si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, p. 535 ss.

²⁴⁹ Sulla questione della possibile interpretazione estensiva della norma, con soluzione negativa, si è interrogato R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 44 ss.

²⁵⁰ In tal senso R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 44 ss., secondo il quale "la lettera della legge merita di essere rispettata. Per rovesciare la lettera dell'art. 1333, comma 2°, occorrerebbe dimostrare che, così come è formulato, il comma citato non trova nessuna giustificazione razionale. Viceversa la comparazione giuridica ci insegna che solo l'assunzione di un obbligo (e non invece il trasferimento di diritti reali) suole avvenire per fatto del solo obbligato".

individua l'archetipo dei negozi unilaterali rifiutabili, è, dunque, proprio quello dell'esatta perimetrazione dell'ambito applicativo della norma. Difatti, il congegno effettuale in esame, prescindendo dall'accettazione del destinatario, pone il problema della compatibilità fra efficacia reale e tenuta del principio di relatività.

Se la dottrina sul punto è divisa, la giurisprudenza ha invece oramai optato per una soluzione di segno favorevole. Storica è al riguardo la nota sentenza 21 dicembre 1987, n.9500²⁵¹, relativa ad un giudizio instaurato dalla figlia nei confronti del padre, che, in sede di separazione consensuale, aveva assunto l'obbligo di eseguire un trasferimento immobiliare nei confronti della figlia al fine di dare esecuzione all'obbligo di mantenimento, gravante solidalmente su entrambi i genitori alla stregua dell'art. 148 c.c. Obbligo che effettivamente veniva adempiuto dal padre mediante rogito notarile nel quale l'atto era stato qualificato come proposta di donazione. Sennonché, alla stregua della suddetta qualificazione, stante la mancata formale accettazione da parte della figlia, il padre, a distanza di quindici anni, aveva revocato l'atto e disposto il trasferimento in favore di un terzo. Il problema giuridico posto dalla questione è, dunque, evidentemente, quello della corretta qualificazione giuridica del negozio oggetto di rogito notarile, eseguito dal padre in favore della figlia.

La Suprema Corte correttamente ne esclude la configurazione in termini di donazione, stante l'inconciliabilità della funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento con l'elemento essenziale dello spirito di liberalità. Per tale via perviene così ad un più corretto inquadramento della fattispecie negoziale, che, abbandonando per la prima volta le categorie tradizionali, riconosce la figura del pagamento traslativo nel nostro ordinamento. In motivazione, si legge, infatti, che il rogito costituisce una *proposta di trasferimento immobiliare in adempimento di un obbligo giuridico*, con ciò chiaramente volendo intendersi un atto traslativo posto in essere in adempimento di

²⁵¹ Per una disamina della famosa sentenza in tema struttura del pagamento traslativo, si veda M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, p. 1241 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 761 ss.; L. MANNA, *Nozione e tipi di prestazione*, parte III, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO, I, *La struttura e l'adempimento*, II, *Soggetti e contenuto del rapporto obbligatorio*, 2014, p. 334 s.

obbligo di dare assunto, in sede di separazione consensuale, per dare attuazione all'obbligo legale di mantenimento. Ma non solo, la Corte si spinge oltre qualificando tale atto come contratto unilaterale riconducibile allo schema negoziale dell'art. 1333 c.c. con ciò ammettendone la possibile efficacia traslativa²⁵².

Si deve accogliere la soluzione prospettata dalla giurisprudenza, riconoscendo però nella fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. un atto unilaterale. Del resto, non pochi sono gli argomenti normativi (come già si è visto nel paragrafo che precede) che militano a favore dell'ammissibilità di negozi unilaterali destinati a determinare l'effetto reale, purché venga riconosciuto un potere di rifiuto. Possono richiamarsi l'art. 649 c.c., che riconosce che il legato si acquista senza necessità di accettazione, salva la facoltà di rifiuto; ovvero l'art. 1236 c.c., che riconosce al debitore, al quale sia stato rimesso il debito, la facoltà di dichiarare di non volerne profittare, benché si tratti di indubbio effetto favorevole per la sua sfera giuridico - patrimoniale. Dall'insieme di tali norme insomma si desume che il legislatore non esclude l'idoneità di strumenti negoziali unilaterali alla produzione di effetti reali, purché venga riconosciuto quel presidio minimo della volontà del soggetto inciso costituito dalla possibilità di rifiuto.

Riconosciuta la natura unilaterale dell'art. 1333 c.c. ed ammessa la sua idoneità all'efficacia non più solo obbligatoria, ma anche traslativa, è proprio tale congegno negoziale a costituire il modello di riferimento per l'inquadramento strutturale del pagamento traslativo; soluzione che consente altresì di superare il limite tradizionale dell'art. 922 c.c. L'art. 1333 c.c., nella sua interpretazione estensiva, costituisce per l'appunto la disposizione per il cui tramite ammettere l'efficacia reale dell'atto unilaterale, dando contenuto a quell'inciso finale per cui la proprietà, oltre che per

²⁵² Una volta appurato che la proposta di trasferimento è riconducibile alla disciplina dell'art. 1333 c.c. è chiara la risoluzione della controversia in favore della figlia. E, infatti, in motivazione, la Corte chiarisce che *"nella specie è assolutamente certo che la suddetta donazione (così come qualificata dal rogito notarile; termine utilizzato però del tutto impropriamente) è pervenuta a conoscenza della destinataria, dato che è avvenuto il trasferimento del possesso del bene. Inoltre è altrettanto certo che nel caso di specie il rifiuto non vi è stato. [...] Dato ciò il contratto, di tipo unilaterale perché comportante prestazioni a carico di una sola delle parti, si è concluso ed ha determinato, con il passaggio della proprietà dal padre alla figlia, una nuova situazione giuridica non modificabile unilateralmente"*.

contratto, può acquistarsi “*negli altri modi previsti dalla legge*”. Ciò non esclude, però, come già si è rilevato, che l’atto di adempimento possa rivestire veste contrattuale. È quanto accade in tutte quelle ipotesi in cui l’attribuzione patrimoniale, che si intende perfezionare in favore dell’*accipiens*, presenti sostanziali deviazioni rispetto all’assetto di interessi definito con l’accordo programmatico a monte (può farsi riferimento all’art. 1197, comma 2, c.c.). Se, invece, l’atto a valle si limiti a dare pedissequa esecuzione al trasferimento programmato, risulta del tutto evidente l’esorbitanza di una manifestazione espressa di consenso da parte dell’*accipiens*, la cui sfera giuridica pare più agevolmente presidiabile *ex post*, facendo in ogni caso salva la sua facoltà di rinunzia.

Sez. II. Il problema del requisito causale dell'atto di puro trasferimento

1. La causa del pagamento traslativo come «*expressio causae*» e il rimedio della ripetizione dell'indebito.

Lo scetticismo dottrinario circa l'unilateralità del pagamento traslativo cela in verità perplessità di ordine causale. Come si è visto, infatti, le obiezioni strutturali all'ammissibilità di un atto unilaterale che determini l'effetto reale possono essere superate mediante il riconoscimento di un generalizzato potere di rifiuto, che consenta di salvaguardare l'intangibilità della sfera giuridica incisa. Del resto, l'atto di adempimento traslativo è attuazione di un preesistente assetto di interessi pattiziamente programmato dalle parti. Il che, come si è detto, ben pare giustificare un trasferimento sorretto dalla sola volontà del *solvens*, nei limiti in cui però venga fatta salva la facoltà di rifiuto dell'*accipiens*, che, peraltro, deve essere posto in condizione di verificare l'esattezza della prestazione in suo favore eseguita e, se del caso, rimuoverne retroattivamente gli effetti dalla propria sfera giuridico - patrimoniale.

Le vere perplessità in ordine alla configurabilità di un negozio unilaterale traslativo discendono, dunque, dalle difficoltà che una simile struttura pone in punto di accertamento causale. Se, infatti, quando venga in gioco un contratto, è la stessa struttura bilaterale a denunciarne la causa, così non è rispetto agli atti unilaterali, che pongono l'evidente problematica di individuare la *ratio* di uno spostamento patrimoniale realizzato per il tramite di uno strumento strutturalmente neutro, inidoneo in sé a giustificare la propria funzione.

È in generale il problema della causalità delle c.d. prestazioni isolate²⁵³, alla cui categoria è riconducibile il pagamento traslativo, che si presenta come un'attribuzione patrimoniale unidirezionale strutturalmente muta circa la propria giustificazione

²⁵³ La prima fondamentale teorizzazione della categoria risale alla celebre voce dell'Enciclopedia del diritto di M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss. Snodo essenziale nell'indagine dei problemi causali posti dalle c.d. prestazioni isolate è poi rappresentato dal celebre studio di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

causale. Infatti, nel momento in cui il *solvens* trasferisce la proprietà all'*accipiens*, quest'ultimo non esegue alcuna controprestazione e ciò conduce ad escludere la *causa venditionis*, per la quale è essenziale che l'effetto reale sia la contropartita di un'obbligazione di prezzo. Ma allo stesso modo, la mancanza di uno speculare sacrificio a carico dell'*accipiens* non può condurre a ravvisare la *causa donandi*, che, com'è noto, richiede lo spirito di liberalità, escluso allorché l'atto sia posto in essere per dare esecuzione ad un obbligo preesistente.

Ebbene, proprio l'impossibilità di procedere all'accertamento causale all'interno della stessa struttura dell'atto di autonomia privata condusse parte della dottrina a sindacarne l'astrattezza²⁵⁴. Il pagamento traslativo (e con esso la categoria delle prestazioni isolate nel suo complesso) non sarebbe astratto in quanto in assoluto privo di causa. La sua astrattezza risiederebbe piuttosto nell'essere svincolato dalla causa stessa: la giustificazione dello spostamento patrimoniale che il negozio realizza è esterna alla struttura dell'atto ed è proprio questa separazione dell'elemento essenziale dalla restante struttura del negozio a denunciarne l'astrattezza.

Tuttavia, una simile concezione parte dalla necessaria identificazione del requisito causale con la funzione perseguita dal negozio; o, più precisamente, dall'erroneo presupposto per cui una funzione meritevole di tutela (alla stregua del disposto di cui all'art. 1322, c. 2, c.c.) sarebbe ravvisabile solo in quelle strutture negoziali tipiche che nella loro stessa conformazione presentino congrua giustificazione dell'assetto di interessi che le parti mirano a realizzare. Autorevole dottrina ha però efficacemente sottolineato *“la necessità di tenere distinti i due profili, quello relativo alla fattispecie – che serve a risolvere il problema del tipo – e l'altro relativo invece alla causa – che vale a individuare il momento funzionale dell'atto”*²⁵⁵.

²⁵⁴ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 127 ss.; A. DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano, 1950, p. 203 ss. Sul punto si veda, in particolare, V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, p. 52 ss., nonché, E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 8 ss. in merito alle prime indagini antesignane alla teorizzazione della categoria delle prestazioni isolate.

²⁵⁵ V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1973, p. 93, nota (290), che richiama sul punto, condividendone gli approdi teorici, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici*

Se generalmente, in un ordinamento che afferma il principio del consenso traslativo, l'effetto reale è collegato ad un contratto che trova in sé la propria giustificazione causale (identificandosi così la causa dell'attribuzione patrimoniale traslativa con la funzione del negozio medesimo), ciò non implica però che ogniqualvolta la prestazione traslativa si trovi al di fuori di uno schema negoziale tipico sia priva di giustificazione causale. Com'è stato affermato, *“il collegamento dell'effetto traslativo ad un dato meccanismo negoziale esprime, infatti, soltanto il risultato della scelta degli strumenti – o meglio dei tipi strutturali di comportamento – idonei alla produzione dell'effetto; e non investe la valutazione del profilo funzionale”*²⁵⁶.

Il merito di aver ripensato la nozione di causa anche al di là dell'atto nella sua struttura, tenendo conto del complessivo assetto di interessi avuto di mira dalle parti, spetta a quella dottrina che per prima ha teorizzato la categoria delle prestazioni isolate²⁵⁷, rifiutando la summenzionata impostazione che, confondendo profilo strutturale e funzionale, tendeva a ricacciarle nell'area dei negozi astratti.

È stato così acutamente rilevato che non sempre la causa dello spostamento patrimoniale va ricercata nella funzione del negozio. Se da un lato, vi sono atti di autonomia privata *“qui sunt causa sui ipsius”*, che rinvencono cioè in sé stessi la propria giustificazione causale (perché questa emerge immediatamente e compiutamente dalla stessa struttura tipica dell'atto) ciò non deve condurre a ritenere che questa sia regola inconfutabile. Vi è, infatti, un'altra serie di ipotesi nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la propria la

unilaterali, Napoli, 1972, p. 235 s.; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 65, il quale rileva, per l'appunto, che *“il significato attribuito dalla dottrina al principio del collegamento dell'effetto reale a schemi contrattuali tipici e causali è frutto della confusione fra il problema dell'individuazione delle forme strutturali – per mezzo delle quali normalmente si opera il trasferimento – e quello della identificazione delle cause idonee a giustificare il trasferimento”*; L. CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 135 ss.

²⁵⁶ P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 65 s.

²⁵⁷ Si fa riferimento alla fondamentale voce dell'Enciclopedia del diritto di M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; in particolare, p. 564 ss.

causa²⁵⁸. Fra queste rientra certamente il pagamento traslativo, che individua il proprio fondamento causale all'esterno, nell'esistenza di una precedente obbligazione, che potrebbe anche non avere fonte negoziale²⁵⁹.

È stato rilevato, infatti, come solitamente il legislatore appresti la disciplina delle principali prestazioni, cui taluno può essere tenuto verso l'altro, in seno ai contratti che tipicamente le assumono ad oggetto, cosicché di regola "trovano la loro regolamentazione in occasione di quella dei contratti tipici" e la loro giustificazione causale si identifica così con la funzione del negozio medesimo²⁶⁰. Ma può anche accadere che tali prestazioni si presentino "isolate" (al di fuori cioè della struttura negoziale in cui tipicamente il legislatore le contempla) e quando questo avviene la loro giustificazione deve essere ricercata *aliunde* (non potendo identificarsi, come ordinariamente accade, con la funzione del negozio)²⁶¹. Ed è proprio quanto si verifica nell'ipotesi dell'atto di adempimento traslativo, in cui l'indagine causale dovrà condursi all'esterno della struttura negoziale dell'atto di autonomia: nella fonte della preesistente obbligazione di dare in senso tecnico.

In simili ipotesi, secondo la ricostruzione dottrina in esame, si assisterebbe per vero ad uno sdoppiamento della nozione causa, fondato sulla contrapposizione fra *funzione* e *scopo*. Accanto al fondamento causale esterno dell'atto, il c.d. *Grund* (la causa sotto il profilo oggettivo), le prestazioni isolate darebbero adito al riemergere di una diversa nozione di causa: la causa in senso soggettivo, lo *Zweck*, ossia lo scopo perseguito dal disponente; la finalità soggettiva che con l'attribuzione patrimoniale questi mira a realizzare.

²⁵⁸ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565.

²⁵⁹ Così nelle ipotesi di risarcimento del danno in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c.

²⁶⁰ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565.

²⁶¹ Si veda M. BARCELLONA, *Della causa – Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, p. 308 e s., in particolare nota (17), p. 309, in cui si richiama la nota teorizzazione di M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565 ss.

Riacciandosi ad un'impostazione propria dell'ordinamento tedesco, improntato alla separazione fra *titulus* e *modus acquirendi*²⁶², il pregio della dottrina in esame è stato quello di aver utilizzato il concetto di *Zweck* con riferimento alla giustificazione causale delle prestazioni isolate, pervenendo per tale via al superamento della tradizionale obiezione di astrattezza. Il ragionamento dell'Illustre Autore si incentra, in particolar modo, sulla mancata riproduzione da parte del codice del 1942, nella parte generale dedicata agli elementi essenziali del contratto, del disposto degli artt. 1120 - 1121 del codice civile previgente²⁶³. Difatti, tali disposizioni, sulla falsariga del codice francese, prevedevano rispettivamente che "il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa" e che "la causa si presume sino a che non sia provato il contrario".

Ora, proseguendo nel ragionamento sviluppato dall'Autore, se il codice del 1942 ripete tali statuizioni solo limitatamente alla promessa di pagamento ed alla ricognizione di debito, da ciò se ne desumerebbe la regola per cui al fine della validità degli spostamenti patrimoniali sia sempre necessaria la c.d. *expressio causae*, ossia l'enunciazione dello scopo che il disponente si propone di realizzare²⁶⁴. Parrebbe, dunque, da un'inquadramento sistematico dell'art. 1988 c.c., che "il nostro legislatore escluda la validità di un negozio - che attui una «prestazione» diversa dalla promessa obbligatoria - posto in essere senza riferimento alla «causa» ovvero sia allo «scopo», sia pure erroneo o simulato che le parti si propongono, ed al rapporto che ne costituisce il «fondamento»"²⁶⁵.

²⁶² E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 10, fa in particolare riferimento alla monografia di SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1906.

²⁶³ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 570.

²⁶⁴ Per un'analisi del problema della causa esterna negli atti di alienazione e del ruolo rivestito dall'*expressio causae* si veda A. LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione, in *Studi in onore di Francesco Santoro - Passarelli*, Napoli, 1972, p. 27 ss., che, rileggendo l'art. 1988 c.c. in relazione alla previsione degli artt. 1120 - 1121 cod. civ. 1865, esamina il ruolo rivestito dall'indicazione della giustificazione causale negli atti traslativi con causa esterna.

²⁶⁵ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 570.

Calando le considerazioni appena svolte alla specifica figura del pagamento traslativo si può così affermare che certamente anche l'atto di adempimento della preesistente obbligazione di dare possa essere assistito da una valida giustificazione causale, che permetta di rifuggire le tradizionali obiezioni di astrattezza. Qui, infatti, come è stato opportunamente rilevato, "la causa assume due significazioni, l'una spiccatamente soggettiva e l'altra oggettiva: venendo la prima ad indicare lo scopo, e la seconda la effettiva esistenza del rapporto che giustifica la prestazione"²⁶⁶.

Pur non potendo in esso, come in genere nell'intera categoria delle prestazioni isolate, ravvisarsi la causa intesa come *funzione* del negozio, l'atto di adempimento traslativo soddisfa il requisito causale mediante l'enunciazione dello scopo solutorio da parte del *solvens*. Richiede, dunque, per la sua completezza strutturale, l'*expressio causae*: l'espressa dichiarazione da parte dell'alienante che il trasferimento è posto in essere al fine di dare attuazione all'obbligazione antecedentemente assunta²⁶⁷. Certamente, dunque, seguendo tale impostazione dottrina, la mancata enunciazione della *causa solvendi* comporterà l'invalidità della prestazione traslativa, muta circa lo scopo soggettivamente perseguito dall'alienante.

A questo punto, si pone però un quesito ulteriore. L'*expressio causae* è necessaria ed altresì sufficiente per la validità del pagamento traslativo, oppure, accanto ad essa si richiede anche l'oggettiva esistenza del fondamento giustificativo esterno? Occorre, in altri termini, domandarsi quale sia la sorte dell'attribuzione patrimoniale nell'ipotesi di inesistenza dell'obbligazione a monte; quale rimedio venga accordato quando, pur

²⁶⁶ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 567, che per l'appunto afferma come la prestazione in queste ipotesi venga anzitutto ad essere caratterizzata dall'indicazione dello scopo indicato dalla parte che la pone in essere: adempimento dell'obbligazione preesistente.

²⁶⁷ Sulla necessità dell'*expressio causae* al fine della validità dell'adempimento traslativo si veda M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 570. Con riferimento al problema della giustificazione causale del pagamento traslativo, richiama poi efficacemente la tesi di Giorgianni anche V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 748 ss.

essendo stato enunciato lo scopo solutorio, questo non corrisponda alla realtà effettiva²⁶⁸.

Ora, secondo la fondamentale dottrina in esame²⁶⁹, la sola *expressio causae* sarebbe sufficiente per la validità del pagamento traslativo, mentre l'esistenza della causa nel suo momento oggettivo (l'obiettivo fondamento causale esterno - *Grund* -) sarebbe necessario ai meri fini della conservazione degli effetti già validamente prodottisi²⁷⁰. A tale conclusione si giungerebbe partendo dalla constatazione della esistenza di norme che disciplinano la ripetizione dell'indebito²⁷¹, le quali troverebbero applicazione ogniqualvolta la mancanza dell'elemento causale si presenti con riferimento a prestazioni "isolate", nelle quali la causa non può identificarsi con la *funzione* del negozio. Secondo tale ricostruzione, dunque, non dovrebbe *recare meraviglia che la mancanza di un elemento causale possa non provocare la nullità dell'atto*²⁷².

E, infatti, non vi sono perplessità nell'ammettere che il principio della nullità per mancanza di causa trovi certamente applicazione quando la prestazione traslativa sia inserita nello schema di un contratto. Questa è del resto, come già si è più sopra rilevato, la portata del principio del consenso traslativo, che ha determinato l'estensione del rimedio della nullità dalle convenzioni costitutive di rapporti obbligatori alle fattispecie acquisitive dei diritti. In altri termini, se il contratto traslativo è nullo per mancanza di causa, la giustificazione dello spostamento patrimoniale si identifica con la funzione del negozio, nella cui struttura la prestazione traslativa è incardinata, con la conseguenza che la sola enunciazione della volontà diretta al trasferimento non sarà sufficiente alla produzione dell'effetto. Il contratto, nullo *ex art. 1418, comma 2, c.c.* per l'irrealizzabilità della sua funzione, sarà *ab origine*

²⁶⁸ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 749 ss.

²⁶⁹ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 564 ss., in particolare, p. 568. Ma ne condivide l'opinione anche E. MOSCATI, voce *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 93 ss.

²⁷⁰ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 568.

²⁷¹ E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, sub. Artt. 2033 - 2040 c.c., in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1981; A. SPADAFORA, *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996.

²⁷² M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 568.

improduttivo di tutti i suoi effetti (compreso l'effetto reale), con la conseguenza che l'alienante (non avendo giammai perduto la titolarità del bene) sarà legittimato ad agire con l'azione reale di rivendicazione. Se, data esecuzione al contratto nullo, il bene venisse ulteriormente alienato dall'*accipiens*, l'alienante, in forza del principio per cui *nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse haberet*, ben potrebbe agire con l'azione di rivendica nei confronti del terzo per recuperare la materiale disponibilità del bene che costituisca oggetto del suo diritto²⁷³.

Ma se un tale risultato è per così dire pacifico quando il trasferimento sia inserito nella struttura contrattuale, identificandosi il difetto di causa con l'irrealizzabilità della funzione dal negozio stesso perseguita, così non è, invece, quando il trasferimento si presenti come effetto di una prestazione strutturalmente isolata. In questo caso, infatti, il requisito causale della prestazione, sotto il profilo della struttura dell'atto, è soddisfatto dalla mera *expressio causae*, la cui mancanza determina nullità del pagamento per il combinato disposto degli artt. 1325 - 1418, comma 2, c.c., mentre l'obiettiva inesistenza dell'obbligo che il *solvens* intende adempiere produce la semplice ripetibilità della prestazione *ex art. 2033 c.c.* In breve, la mancanza dell'obbligazione che costituisce il titolo della prestazione non comporta un giudizio di invalidità, ma di indebito. Pertanto, se vi è la soggettiva enunciazione dello scopo perseguito dal *solvens*, il trasferimento si perfeziona, ma l'inesistenza dell'obbligazione a monte (per nullità del contratto obbligatorio da quale è scaturito l'obbligo di dare ad esempio) non è irrilevante per le sorti dell'attribuzione traslativa.

Il fondamento causale esterno pur non rilevando *ex ante* ai fini della validità dell'atto *solvendi causa*, rileverà poi *ex post*, sotto il profilo della ripetibilità della prestazione, per impedire la conservazione degli effetti prodottisi *sine causa*. Ciò comporta che il *solvens* abbia a disposizione una mera azione personale (e non già l'azione reale di rivendica), con la conseguenza che ben potrà agire per il recupero del bene trasferito *sine causa* fintanto che questo non sia fuoriuscito dal patrimonio

²⁷³ Naturalmente nei limiti in cui non entrino in gioco le norme sul possesso di buona fede o sull'intervenuta usucapione, di cui agli artt. 1153 ss. c.c., ovvero quelle sulla trascrizione con efficacia dichiarativa, artt. 2644 ss. c.c.

dell'*accipiens*, potendo, in caso contrario, agire nei suoi confronti per ottenere il mero corrispettivo. Rispetto ai terzi aventi causa dall'*accipiens*, invece, l'azione da parte del *solvens* sarà ammissibile solo allorché si tratti di acquisto a titolo gratuito e, in ogni caso, nei soli limiti dell'arricchimento²⁷⁴.

Come è stato rilevato, dunque, la disciplina di cui agli artt. 2033 ss. c.c. avrebbe dimostrato l'esistenza di un'area, nel nostro ordinamento, in cui la mancanza dell'elemento causale è sanzionata con il rimedio della ripetizione dell'indebito²⁷⁵. Il che, precisa l'Autore, al fine di apprestare una congrua tutela ai terzi subacquirenti, i quali, quando il titolo del dante causa sia costituito da un atto posto in essere all'enunciato scopo di dare attuazione ad un obbligo preesistente, non sarebbero in grado di verificare l'eventuale vizio che infici il titolo a monte²⁷⁶. In altri termini, il ricorso in queste ipotesi al rimedio della ripetizione dell'indebito per la mancanza del fondamento causale esterno risponde all'esigenza di favorire la certezza della circolazione giuridica, evitando al terzo avente causa dall'*accipiens*, nonché allo stesso *accipiens* di buona fede, una gravosa verifica causale. Il terzo che abbia acquistato a titolo oneroso farà così sempre salvo il suo acquisto, mentre qualora abbia acquistato a

²⁷⁴ È quanto emerge dall'art. 2038 c.c., rubricato *alienazione della cosa ricevuta indebitamente*, ai sensi del quale "chi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito. Se questo è ancora dovuto, colui che ha pagato l'indebito subentra nel diritto dell'alienante. Nel caso di alienazione a titolo gratuito, il terzo acquirente è obbligato nei limiti del suo arricchimento, verso colui che ha pagato l'indebito"

²⁷⁵ Di tale avviso è anche U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 1999, p. 125 ss., che distingue nettamente il piano della nullità da quello della ripetizione dell'indebito. Così, in particolare alla p. 134 nota (291), rileva che "le azioni di nullità e di ripetizione dell'indebito non risultano essere fungibili o sovrapponibili, in quanto atte a dar risposta a due differenti problemi della "causalità"; la prima ad un problema di non integrazione degli elementi essenziali della fattispecie formale, la seconda ad un problema di mancanza di nesso di imputazione oggettiva dello spostamento patrimoniale alla sfera patrimoniale del disponente".

²⁷⁶ M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 568, il quale, per l'appunto, sottolinea che l'*accipiens* e i terzi subacquirenti "mentre nel caso in cui il titolo del dante causa è costituito da un negozio che ha in sé la sua causa potrebbero avere l'onere di controllare il vizio di questa – nella ipotesi in cui il titolo del dante causa è costituito dal trasferimento di beni che si dice attuato in esecuzione di un rapporto preesistente, sia esso un'obbligazione civile o naturale, non sono in grado nella maggior parte dei casi di effettuare quel controllo".

titolo gratuito potrà al più essere obbligato a corrispondere un indennizzo in favore di colui che abbia eseguito indebitamente il pagamento; indennizzo comunque limitato all'ammontare dall'arricchimento conseguito.

2. La causa del pagamento traslativo come causa esterna e il rimedio della nullità.

La tesi sostenuta da Giorgianni, che ha il pregio di aver condotto alla teorizzazione della categoria delle prestazioni isolate, superandone la tradizionale obiezione di astrattezza, trae fondamento dall'asserita incompatibilità logica fra rimedio della nullità e *condictio indebiti*, la quale ultima entrerebbe in gioco in quelle sole ipotesi in cui la prestazione, presentandosi isolata rispetto ad una struttura negoziale tipica, abbia una giustificazione causale interna che non si confonde con la *funzione del negozio* di cui all'art. 1325, n. 2 c.c. La causa in queste ipotesi assumerebbe, come si è visto, una mera valenza soggettiva, mentre l'inesistenza della fonte dell'obbligazione di dare si andrebbe a riverberare sul piano meramente effettuale, impedendo la conservazione degli spostamenti patrimoniali realizzatisi *sine titulo*.

Tuttavia, diversa ricostruzione dottrinale, pur condividendo la duplice dimensione assunta dal requisito causale nel pagamento traslativo, non è concorde nell'applicare il rimedio della *condictio indebiti* ai casi in cui difetti il cd. *Grund*, la fonte dell'obbligazione di dare preesistente. Si è rilevato, infatti, che non vi sarebbero ragioni per sottrarre tale area al rimedio della nullità per mancanza di causa, di cui al combinato disposto dei menzionati artt. 1418, comma 2 e 1325, n. 2 c.c.²⁷⁷, non ritenendosi sufficiente la mera *expressio causae* ai fini della validità dell'attribuzione patrimoniale traslativa. Detto altrimenti, anche i negozi di attribuzione patrimoniale con causa esterna sarebbero assoggettati al rimedio della nullità esattamente come i negozi fondamentali²⁷⁸.

La tesi contestata parte, infatti, dalla premessa indimostrata dell'incompatibilità tra rimedio restitutorio e nullità, sicché la ripetizione dell'indebito presupporrebbe sempre

²⁷⁷ In tal senso si veda L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano, 1975, p. 203 ss.

²⁷⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, 2011, p. 827 s.

l'esecuzione di una prestazione effettuata sulla base di un contratto valido. Si tratta di un'impostazione che trae il proprio convincimento dalla tradizione di diritto romano, trasfusa nella pandettistica, secondo la quale la ripetizione dell'indebito sarebbe volta a recuperare un bene già trasmesso nella titolarità dell'*accipiens*. In breve, solo assumendo la validità del negozio traslativo e la sua conseguente efficacia sarebbe possibile spiegare il rimedio della *condictio indebiti*, difettando in caso contrario la necessità di procedere al recupero dello spostamento patrimoniale prodottosi.

Ma, a ben guardare, il rimedio della ripetizione dell'indebito è compatibile tanto con l'ipotesi di un *accipiens* proprietario, quanto con quella in cui l'*accipiens* sia mero possessore. Difatti, è stato sottolineato come, allorché venga eseguita la consegna di beni determinati sulla base di un negozio nullo, il *solvens* sia legittimato ad agire con l'azione di ripetizione di cui all'art. 2033 c.c., oltre che con l'azione di rivendica. Ed invero lo stesso art. 1422 c.c. dà conferma dell'insostenibilità di una tesi contraria. La norma citata, prevedendo appunto che "*l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione*", legittima, infatti, a chiare lettere la possibile convivenza fra nullità e ripetizione dell'indebito.

Del resto, non si vede come la *condictio indebiti* sia esperibile quando, pur difettando il fondamento obiettivo esterno, il pagamento traslativo non sia stato seguito dalla consegna. Sul punto accorta dottrina ha, infatti, sottolineato come la differente teorizzazione che circoscrive la mancanza del fondamento oggettivo esterno all'area della ripetizione dell'indebito muova dall'influsso del concetto romanistico di pagamento traslativo²⁷⁹, inteso come *traditio solutionis causa*. In altri termini, nel diritto romano classico, il trasferimento del diritto scaturiva sempre e necessariamente dalla consegna, con la conseguenza che non era dato ravvisare un adempimento dell'obbligo di dare scaturente dal *titulus* che, allo stesso tempo, non si concretasse nella *traditio* traslativa. In un simile orizzonte, pertanto, nel quale *solutio* e *traditio* identificano indifferentemente il medesimo fenomeno con riferimento al prodursi dell'effetto reale,

²⁷⁹ M. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Milano, 1994, p. 205, in particolare nota (62).

è ben evidente che la *condictio indebiti* paia afferire inevitabilmente ad un *accipiens* proprietario, divenuto però per ciò stesso possessore.

Tuttavia, nel nostro ordinamento, come più sopra si è visto, non è necessaria la consegna per integrare la fattispecie del pagamento traslativo; non trova più la propria ragion d'essere l'identificazione fra *solvens* e *tradens* ancora rintracciabile nel linguaggio di Giorgianni²⁸⁰. E questo perché anche il negozio traslativo sarebbe dominato dal principio consensualistico²⁸¹: il trasferimento del diritto, pur differito tecnicamente ad un secondo e distinto atto di autonomia privata, non richiede per il perfezionamento dell'effetto reale alcun adempimento materiale. È sufficiente a determinarlo la sola manifestazione di volontà del *solvens* (e, altresì, dell'*accipiens*, qualora si acceda alla tesi della struttura contrattuale del pagamento traslativo).

Peraltro, è stata sollevata un'ulteriore eccezione, tutta incentrata sull'interpretazione dell'art. 1418, comma 2, c.c. Secondo l'autorevole dottrina in commento²⁸², infatti, sarebbe del tutto fuorviante limitare l'operatività del rimedio della nullità per mancanza di causa alla sola inidoneità strutturale dell'atto a realizzare gli interessi meritevoli di tutela. Affermare che l'inesistenza dell'obbligazione preesistente determini la sola ripetizione dell'indebito significa riguardare l'elemento causale dal solo punto di vista strutturale e non tenere in debita considerazione la rilevanza funzionale. Si è così detto che, se il problema del negozio fosse inteso in soli termini strutturali, non si spiegherebbe la sanzione della nullità per illiceità della causa con riguardo ai contratti tipici. Ripercorrendo le parole dell'Autore "*solo per i negozi atipici il giudizio di illiceità della causa può risolversi in un giudizio di idoneità strutturale, mentre la causa di un negozio tipico, considerata quale elemento formale che individua l'appartenenza dell'atto a un dato tipo legale, è per definizione lecita*"²⁸³.

Ora, se la causa di un negozio tipico può colorarsi di illiceità soltanto se si abbia riguardo al profilo funzionale, è sempre alla dimensione funzionale che occorre

²⁸⁰ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 750; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 205.

²⁸¹ L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 205.

²⁸² L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 205.

²⁸³ L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 208.

attingere per spiegare la sanzione da applicare quando difetti la causa esterna di un atto di disposizione: la mancanza oggettiva della causa indicata dalle parti come ragione dello spostamento patrimoniale non potrà che precludere *ab origine* la produzione dell'effetto reale.

E, invero, la mancata realizzazione dello scopo enunciato dalle parti se non può incidere a livello strutturale sull'atto, pregiudica ciononostante la funzionalità del negozio esecutivo. In altri termini, l'inesistenza del fondamento oggettivo esterno, dell'obbligazione di dare, comportando l'irrealizzabilità della *causa solvendi* vizia dall'interno il negozio traslativo di attuazione sotto il profilo funzionale²⁸⁴, riguardato alla luce della complessiva operazione economica.

Gli argomenti richiamati sono sufficienti per affermare che quando l'atto soddisfi il requisito causale soggettivo, enunciando la funzione solutoria di un pregresso rapporto obbligatorio inesistente, ciò comunque non sia sufficiente per affermarne la validità. L'enunciazione di uno scopo irrealizzabile, in un ordinamento improntato al principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali, non può certo andare esente dalla sanzione della nullità per mancanza di causa²⁸⁵. Del resto, un indice a favore della nullità dell'atto per mancanza del requisito causale esterno pare desumersi dalla disciplina della novazione oggettiva, di cui all'art. 1234, comma 1, c.c., ai sensi del quale "*la novazione è senza effetto, se non esiste l'obbligazione originaria*".

Ciò non conduce ad escludere che, affermata la nullità del pagamento traslativo per inesistenza dell'obbligazione di dare a monte, possa comunque essere esperito il rimedio della *condictio indebiti*. Invalidità e indebito rispondono, infatti, a problemi diversi. La sanzione della nullità per mancanza di causa impedisce all'atto di assurgere alla forza di legge propria del modello legale di riferimento e consente di respingere le pretese di *dare* o *facere* avanzate da controparte, facendo leva sull'inefficacia *ab origine* dell'atto invalido; la ripetizione dell'indebito, anche a fronte di un negozio invalido,

²⁸⁴ P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 11 ss.; si veda sul punto anche M. BARCELLONA, *Della causa - Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, p. 313 s.

²⁸⁵ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 753.

interviene, invece, sul piano attuativo dell'assetto di interessi programmato. Nulla esclude, infatti, che al negozio invalido, improduttivo di effetti giuridicamente vincolanti, venga ciononostante data materiale esecuzione. Ed è proprio in tali contesti che si situa l'ambito applicativo della ripetizione dell'indebito. Essa non presuppone necessariamente un negozio valido, quanto piuttosto un *datum vel factum* e soccorre al problema di recuperare quello che, in forza di un contratto invalido, sia stato indebitamente prestato²⁸⁶.

La possibile convivenza fra invalidità ed indebito, che rinviene il proprio fondamento nel dato positivo di cui all'art. 1422 c.c., apre la via ad una diversa interferenza: quella fra *condictio indebiti* e azione di rivendica. Se l'inesistenza dell'obbligazione di dare a monte (poniamo per nullità del contratto obbligatorio fondamentale) incide irrimediabilmente sulla validità del pagamento traslativo a valle, rendendolo *ab origine* radicalmente improduttivo di effetti, ciò comporta che l'alienante, nonostante l'atto di disposizione esecutivo, non perda la titolarità del diritto, ben potendo perciò agire con l'azione reale di rivendica, di cui all'art. 948 c.c., per recuperare la materiale disponibilità del bene che costituisce oggetto del suo diritto. E trattandosi di azione reale, a differenza dell'azione di ripetizione avente natura meramente personale, potrà essere esperita anche nei confronti dei terzi, aventi causa dall'acquirente, i quali nulla avranno acquistato in forza del principio basilare della circolazione giuridica per cui *nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse habet*.

È di tutta evidenza che l'opzione dottrinarica che estende il rimedio della nullità per mancanza di causa anche ai negozi di attribuzione con causa esterna abbia differenti conseguenze in ordine alla tutela dei terzi. L'accoglimento della tesi che limita l'operatività dell'invalidità del pagamento traslativo al solo difetto strutturale dell'*expressio causae* ha, infatti, l'evidente vantaggio di privilegiare la sicurezza degli acquisti, alla stessa stregua di quanto accade nel sistema tedesco. Il terzo avente causa dall'*accipiens* fa, infatti, salvo il suo acquisto nei limiti di quanto disposto dall'art. 2038

²⁸⁶ M. BARCELLONA, *Della causa - Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, p. 315.

c.c. All'opposto estendere la nullità per mancanza della causa esterna anche all'atto di adempimento traslativo significa aprire la strada all'esperibilità dell'azione di rivendica nei confronti dei terzi subacquirenti, ai quali, pertanto, la nullità del *titulus* ben risulterà opponibile.

Ma, in verità, le differenti conseguenze in ordine alla tutela dei terzi sono calmierate da ulteriori disposizioni codicistiche, che, nell'alveo di un sistema orientato alla declamazione del principio consensualistico, cercano di trovare un equo contemperamento fra rapidità e certezza della circolazione giuridica. Si fa riferimento alle previsioni di cui agli artt. 1153 e 2652, n. 6) c.c.²⁸⁷.

Per quanto concerne i beni mobili, infatti, pur accogliendo la tesi della nullità per mancanza di causa con conseguente esperibilità *erga omnes* dell'azione di rivendica, la regola *possesso vale titolo* consente in ogni caso ai terzi aventi causa dall'*accipiens* di fare salvo il loro acquisto, allorché abbiano conseguito in buona fede il possesso della *res* sulla base di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento, nonostante il difetto di legittimazione dell'alienante.

Allo stesso modo, nel caso di vicenda circolatoria di diritti reali immobiliari, l'invalidità non sarà opponibile ai terzi quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 2652 n. 6), c.c., ai sensi del quale si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell'art. 2643, "le domande dirette a far dichiarare la nullità [...] di atti soggetti a trascrizione" e, soprattutto, per ciò che più rileva ai nostri fini, "se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda. [...]". Detto altrimenti, è vero che di regola opera il principio del *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, per cui la nullità del titolo del dante causa travolge a valle gli atti di disposizione posti in essere dall'avente causa e dipendenti dal titolo nullo, ma con talune limitazioni. Se, infatti, la domanda diretta a far dichiarare la nullità dell'atto viene trascritta dopo il decorso di cinque anni dalla trascrizione dell'atto medesimo, la sentenza di accoglimento, che dichiara la nullità dell'atto, non sarà comunque opponibile ai terzi di buona fede (che

²⁸⁷ M. BARCELLONA, *Della causa - Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, p. 314 s.

ignorino cioè di acquistare *a non domino*), purché abbiano trascritto il loro atto di acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale. È del tutto evidente, dunque, che anche in questa ipotesi la buona fede del terzo subacquirente, unita all'antiorità della trascrizione (naturalmente dopo il decorso del quinquennio previsto dalla disposizione) valga a render loro inopponibile l'invalidità dell'atto, con conseguente esito infausto della rivendica.

Pertanto, le differenze in ordine alla tutela dei terzi a seconda che si accolga o meno la tesi dell'estensione del rimedio della nullità per mancanza di causa anche al pagamento traslativo debbono essere ripensate ed adeguatamente soppesate. Come si è visto, infatti, non è che l'invalidità pregiudichi sempre ed inopinabilmente l'acquisto del terzo. Questo è certamente travolto quando si ravvisi nel terzo uno stato soggettivo di mala fede, mentre, all'opposto, le disposizioni codicistiche tutelano l'affidamento incolpevole²⁸⁸.

Se, invece, si ritenga trovi applicazione il solo rimedio della ripetizione dell'indebitto, l'art. 2038 c.c., qualificando l'azione come meramente personale, tutela incondizionatamente l'acquisto del terzo, prescindendo dal suo stato di buona o mala fede. L'unico limite posto dall'articolo in esame ricorre nel caso di alienazione in mala fede da parte dell'*accipiens*: se il terzo ha acquistato a titolo gratuito sarà obbligato verso il *solvens* nei limiti dell'arricchimento. E, del resto, la tutela incondizionata del terzo ancor più emerge allorché si tratti di beni immobili, posto che fra le domande soggette a trascrizione non vi è quella di ripetizione dell'indebitto.

In fin dei conti, il *discrimen* fra le due opzioni dottrinali, sul piano della certezza della circolazione giuridica, si risolve in una tutela pressoché incondizionata del terzo, allorché si sostenga la tesi della validità del pagamento traslativo che difetti di causa esterna, e, invece, in un bilanciamento con la contrapposta salvaguardia del *solvens* e dei suoi aventi causa, quando si opti per la non traslatività di un atto di adempimento nullo per inesistenza dell'obbligazione a monte, con conseguente limitazione della

²⁸⁸ Sul punto si veda in particolare E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 103 ss.

tutela ai soli terzi di buona fede, in forza del concomitante operare degli artt. 1153 e 2652 n. 6) c.c.²⁸⁹

2.1 (segue) *La tesi del referente causale esterno e l'evoluzione del concetto di causa.*

Entrambe le ricostruzioni dottrinali sopra delineate in merito all'accertamento del requisito causale nella figura del c.d. pagamento traslativo partono dal comune assunto di base circa l'esistenza di un fondamento oggettivo esterno alla struttura dell'atto di adempimento medesimo. Nel primo caso, l'approccio al problema causale è di tipo strutturale – soggettivo e ciò conduce a degradare la rilevanza dell'elemento oggettivo esterno (dell'obbligazione a monte) al piano della mera conservazione degli effetti traslativi già prodottisi. L'esistenza dell'obbligazione non rileva, dunque, *ex ante*, per la validità ed efficacia *ab origine* dell'atto, ma solo *ex post*, per legittimare lo spostamento patrimoniale in concreto realizzatosi, alla stessa stregua di quanto accade nell'ordinamento tedesco, in cui la giustificazione causale entra in gioco a posteriori nei limiti in cui sussistano i presupposti per l'esercizio dell'azione di ingiustificato arricchimento. Nell'impostazione soggettivistica, pertanto, è la sola enunciazione della funzione solutoria da parte del dichiarante a soddisfare il requisito causale dell'atto di adempimento traslativo nella sua accezione strutturale. La causa quale elemento essenziale ai fini della validità dell'atto si presenta così nettamente scissa dal fondamento oggettivo esterno, rilevante al solo fine di giustificare la conservazione degli effetti che già l'atto abbia prodotto. Ecco perché opera il rimedio della ripetizione dell'indebito: non si tratta di mancanza dell'elemento causale di cui all'art. 1325 c.c., ma di inesistenza del rapporto obbligatorio attuato e, dunque, di adempimento *sine titulo*.

La seconda impostazione accoglie, invece, un approccio di tipo oggettivo – funzionale, che identifica l'elemento esterno con la causa stessa del pagamento traslativo, così giungendo alla prospettazione di quella che è stata definita come “causalità estrema”, che conduce ad applicare la disciplina della nullità a qualunque

²⁸⁹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 107 s.

difetto originario o sopravvenuto dell'elemento esterno²⁹⁰. Si abbandona la ricostruzione strutturale della causa, per accoglierne una concezione funzionalizzata rispetto a parametri esterni ad esso.

A metà strada fra le suddette posizioni contrapposte si colloca un approccio causale mediano di tipo ermeneutico - funzionale, espressione di più moderne e mature riflessioni causali²⁹¹.

Il codice del 1942 con la formulazione dell'art. 1325 n. 2 c.c. ha segnato il definitivo abbandono di qualsiasi ricostruzione atomistica della causa, che cessa di essere riferita all'obbligazione e viene invece ascritta alla giustificazione dei complessivi assetti di interessi perseguiti dagli atti di autonomia privata. È in quest'ottica che, anche per il pagamento traslativo (riconducibile al *genus* delle prestazioni isolate), deve oramai ritenersi superata la ricostruzione di tipo soggettivistico. L'unica ammissibile elaborazione del requisito causale è quella funzionale. Del resto, l'estensione dell'art. 1325 n. 2 c.c. anche ai negozi unilaterali è desumibile dall'art. 1324 c.c., ai sensi del quale "*salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*"²⁹².

L'accertamento del requisito causale del pagamento traslativo non può limitarsi, dunque, al riscontro dell'enunciazione dello scopo perseguito dal *solvens* disponente (il che vanificherebbe il controllo *ex ante* circa la meritevolezza e liceità dello spostamento patrimoniale), ma deve estendersi a verificare in concreto la realizzabilità a priori dello scopo medesimo. Ciò non significa che l'*expressio causae* perda qualsivoglia rilevanza in punto di accertamento della causa, ma solo che non possa certo dirsi sufficiente e neppure idonea a soddisfare di per sé l'elemento essenziale richiesto per la validità dell'atto. Detto altrimenti, l'enunciazione della funzione solutoria agevola sicuramente la prima fase della verifica causale dell'atto, fungendo da strumento di interpretazione

²⁹⁰ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 285; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova, 1997, p. 136 ss.

²⁹¹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 261 ss., che per l'appunto definisce la sua ricostruzione di tipo ermeneutico - funzionale in termini di sintesi fra componenti soggettive e oggettive.

²⁹² E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 269.

degli interessi perseguiti dalle parti, ma, nell'ottica dell'affermata causalità in concreto, non può certo esaurire l'accertamento causale medesimo²⁹³. Anzi, anche nelle ipotesi in cui difetti l'indicazione della fonte giustificativa dello spostamento patrimoniale, l'interprete deve comunque, utilizzando tutti gli elementi ermeneutici a sua disposizione, indagare in concreto se la causa, pur non enunciata, sussista²⁹⁴.

L'*expressio causae*, pertanto, ha una valenza meramente strumentale ed interpretativa, assolvendo in via eventuale alla determinazione del programma economico che le parti mirano a realizzare, senza alcuna pretesa di assurgere a regola

²⁹³ Viceversa, come si è visto, l'indicazione dello scopo esaurisce in sé l'accertamento causale delle prestazioni isolate nella prospettazione di M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1960, p. 568 ss.

²⁹⁴ In tal senso si veda V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII ed., Milano, 1978, p. 117, il quale afferma che "laddove la programmazione negoziale non indica la fonte determinativa estrinseca (*rectius*: la fonte di qualificazione causale) dell'interesse negoziale, questa dev'essere provata dal soggetto che intenda far valere gli effetti del negozio; negli altri casi invece la sua esistenza (idoneità) va presunta, spettando al convenuto l'onere di provare la sua oggettiva inesistenza (o inidoneità o anche illiceità). La posizione dell'Autore si colloca all'interno di una ricostruzione del tutto peculiare, secondo la quale le prestazioni isolate, e fra esse il pagamento traslativo, si caratterizzerebbero per essere dotate di una causa indeterminata, ma determinabile. La tesi trasla, pertanto, la disciplina dell'oggetto alla causa, estendendo l'art. 1346 c.c. anche ai caratteri del requisito causale. Ciò al fine di dar soluzione ad un sillogismo di fondo per cui "o l'atto non è dotato di causa e dunque deve ritenersi invalido ed inefficace oppure, se una causa ce l'ha, sia pure soggettiva, essa è in grado di sorreggere la produzione dell'effetto negoziale, e specificamente di quello traslativo, rendendo incomprensibile come la semplice *condictio indebiti* possa rimuovere e fare retroagire siffatta conseguenza giuridica", così E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 15. Tuttavia, tale ricostruzione, pur avendo rilevato che, una volta ammessa l'esistenza di un fondamento oggettivo esterno, questo debba considerarsi determinante ai fini della validità dell'atto e non già della mera conservazione degli effetti (soluzione che, ad avviso dell'Autore, non può che celare forme di astrazione relativa), si presta alla facile obiezione per cui non vi sarebbero dati normativi per estendere alla causa un requisito (quello della determinatezza/determinabilità) previsto con esclusivo riferimento all'oggetto. Peraltro, quando la causa sia indeterminata (per mancata enunciazione espressa dello scopo), l'atto si considera affetto da inefficacia *ab origine*, anche se non di per sé invalido, giacché la causa resta determinabile alla stregua di un'indagine a posteriori sulla esistenza in concreto di una fonte di qualificazione causale estrinseca dell'atto. Ciò non risolve però il dilemma circa il rimedio esperibile: *condictio indebiti* ed altresì azione di rivendica, stante l'inidoneità originaria a produrre l'effetto traslativo, ovvero, la sola *condictio* in ragione della presunta validità dell'atto per determinabilità della causa?

generale di validità. Ma, nell'ottica ermeneutico - funzionale, l'accertamento del parametro causale del pagamento traslativo si scinde in due fasi. A quella ermeneutico - ricostruttiva, nella quale, come si è ora detto, l'indicazione espressa dello scopo può certo assumere valenza agevolativa, segue la fase centrale di accertamento obiettivo in concreto della sua capacità di funzionamento²⁹⁵. Affinché possa affermarsi la validità dell'atto di adempimento occorre, in altri termini, che il programma, sia pure enunciato, non risulti a priori irrealizzabile.

La causa, a tale stregua, è ricostruita come funzione del pagamento traslativo, nell'accezione di una capacità concreta di funzionamento; capacità che non può essere valutata in sé mediante una mera indagine della funzione in astratto programmata dalle parti, ma che, al contrario, deve essere indagata in concreto, valutando quali siano, e se obiettivamente sussistano, i presupposti dai quali la realizzabilità della funzione descritta dipende²⁹⁶. Ma è bene precisare che il presupposto causale non si identifica con la causa, bensì consente di apprezzare se questa sia in concreto in grado di funzionare²⁹⁷.

²⁹⁵ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 269 ss.

²⁹⁶ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 273 ss., individua tre distinte categorie di presupposti causali che condizionano la funzione: presupposti causali di tipo oggettivo interni alla struttura dell'atto; presupposti causali di tipo oggettivo esterni alla struttura dell'atto e presupposti causali di tipo soggettivo, interni alla volontà del disponente. Per quanto concerne i primi, l'A. rileva che possano coincidere con altri elementi essenziali del contratto, primo fra tutti l'oggetto. In questo caso, se tale elemento essenziale difetta, la rilevanza della causa viene assorbita dalla mancanza dell'elemento strutturale interno con cui il presupposto causale si identifica. Nel fenomeno delle prestazioni isolate vengono in gioco, invece, i presupposti causali esterni alla struttura dell'atto, che possono avere configurazione naturale ovvero giuridica (come nel caso del pagamento traslativo per l'appunto). Infine, con riferimento ai presupposti soggettivi, questi possono identificarsi con il motivo o con l'onere, ma ciò non deve condurre a pensare che si snaturi l'elemento causale: il carattere soggettivo del presupposto da cui dipende il funzionamento della causa non condiziona la natura dell'accertamento causale che resta pur sempre oggettivo.

²⁹⁷ Efficace, al riguardo, è la metafora di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 274, secondo la quale "non si può verificare se una macchina o un corpo abbiano la funzione motoria, se non si accerta che vi siano tutte le componenti necessarie perché il mezzo cammini e che siano articolate e assemblate in maniera adeguata al movimento". Fuor di metafora, se la causa è la

Ed è proprio in tale ultimo rilievo che risiede la forza innovativa insita in tale ricostruzione. L'individuazione del fondamento oggettivo esterno aveva, infatti, finora condotto o a negare la causalità dell'atto, o ad affermarne la causalità estrema, identificando l'elemento esterno con la causa stessa, ovvero ancora a pervenire ad una scissione dell'elemento causale, con conseguente rilevanza della giustificazione esterna ai meri fini della conservazione degli effetti. Tuttavia, se l'approccio oggettivo coglie la rilevanza dell'elemento esterno ai fini della validità dell'atto, correttamente qualificando la causa in termini funzionali; dall'altra l'impostazione soggettivistica ha l'indubbio pregio di aver rilevato la necessità che il requisito causale sia interno all'atto.

Così, pervenendo ad una sintesi, è stato efficacemente rilevato che *"la funzione di un atto non può che essere afferente ed intrinseca all'atto stesso e, dunque, l'elemento esterno non può essere in sé la causa"*. La causa in concreto del pagamento traslativo deve, dunque, essere intesa come idoneità a realizzare la funzione solutoria, la quale ben può dipendere da un referente o presupposto esterno, senza che quest'ultimo si confonda con la causa medesima. In altri termini, la causa resta interna al pagamento traslativo, ma l'indagine circa la sua realizzabilità a priori può condurre ad un *quid* esterno rispetto ad esso, da cui dipende la sua originaria funzionalità²⁹⁸.

Posto che la funzione dell'atto di adempimento traslativo è l'esecuzione dell'obbligo di dare, il referente causale esterno è l'obbligo medesimo, la cui esistenza condiziona, com'è evidente, la realizzabilità dello scopo solutorio. Il fondamento causale esterno, dunque, non si identifica con la causa dell'atto, né rileva *ex post* sotto il mero profilo effettuale, ma ne costituisce presupposto o condizione di funzionamento,

funzione dell'atto, certamente il suo accertamento non potrà limitarsi ad una sterile enunciazione della funzione che il programma pattizio si propone di realizzare, ma (proprio come per il corpo o l'auto) dovrà essere protesa ad individuare i singoli elementi che in concreto ne consentono la realizzabilità, senza che certamente ciò possa condurre a confondere la causa come funzione, con i presupposti che consentono ad essa di funzionare.

²⁹⁸ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 285.

esattamente alla stessa stregua dell'obbligazione originaria rispetto all'accordo novativo²⁹⁹.

Così, pare indubbio che il presupposto causale esterno rilevi ai fini della validità del pagamento traslativo, in quei soli casi in cui sia in grado di condizionare *ab origine* la realizzabilità della funzione esecutiva dell'obbligo di dare. A tale stregua, ripercorrendo il pensiero dell'Autrice, manifestano a priori un potere precludente la validità dell'atto l'inesistenza dell'obbligo da adempiere; l'inesistenza o il vizio originario della sua fonte; nonché lo scioglimento del rapporto antecedente alla stessa conclusione del pagamento traslativo³⁰⁰.

In tutti questi casi, le vicende del rapporto obbligatorio di base, rendendo a priori irrealizzabile la funzione solutoria, determinano un vizio genetico della causa del pagamento traslativo, intesa come causa in concreto, precludendone originariamente l'efficacia. Il difetto del presupposto causale esterno che rende *ex ante* impossibile la realizzazione della funzione esclude, pertanto, l'effetto reale, così consentendo, a colui che venga convenuto in giudizio per l'esecuzione, di eccepire la nullità dell'atto. Allo stesso modo, ferma l'invalidità, accanto all'azione di ripetizione dell'indebitato (allorché,

²⁹⁹ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 287, che rileva come l'identificazione fra obbligazione originaria e causa della novazione abbia condotto alla difficile ricostruzione dell'estinzione apparente della prima, per spiegare come l'elemento essenziale dell'atto possa con essa estinguersi, senza che venga meno il fondamento causale dell'obbligazione novata. Tali rilievi non verrebbero in gioco, invece, allorché l'obbligazione anteriore venisse correttamente qualificata in termini di presupposto causale e non già identificata con la causa stessa.

Peraltro, l'impostazione oggettivo - funzionale che identifica la causa con il fondamento esterno dell'atto emerge, proprio con riferimento alla disciplina della novazione, in V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 753, il quale, a riprova dell'estensione del rimedio della nullità ai casi in cui difetti il rapporto fondamentale a monte, afferma che *"nella disciplina della novazione vi è un indice normativo che pare confermare la conclusione esposta in ordine alla nullità dei negozi con causa esterna allorché il rapporto fondamentale al quale essi fanno riferimento sia inesistente: mi riferisco al disposto dell'art. 1234, comma 1°, c.c."*.

³⁰⁰ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 291.

nonostante l'inefficacia originaria, vi sia stata l'esecuzione del pagamento), il disponente sarà legittimato ad esperire l'azione di rivendica³⁰¹.

3. Note conclusive sulla causa del pagamento traslativo. L'attuale rilevanza dell'*expressio causae*.

Ripercorse le principali tesi alternatesi in dottrina circa la causa del pagamento traslativo, occorre ora prendere posizione sul punto, sia per quanto concerne la problematica rimediale al ricorrere delle ipotesi patologiche, sia con riferimento al complesso profilo dell'accertamento del requisito causale di un atto che realizzi unilateralmente l'attuazione di un obbligo di dare in senso tecnico.

È evidente, infatti, che una simile attribuzione patrimoniale unidirezionale sia in sé (nella sua struttura) inidonea a svelare quale ragione giustificativa la sorregga, così prestandosi a dubbi e incertezze che da sempre hanno fatto oscillare la figura fra astrattezza e causalità. Fondamentale, nel cammino verso il definitivo superamento della censura di inammissibilità per astrattezza, è stata perciò sicuramente la prima elaborazione della categoria delle prestazioni isolate ad opera di Giorgianni. È proprio all'Illustre Autore che va dato il merito di aver intuito che quando la prestazione (o meglio, l'attribuzione patrimoniale, con terminologia di matrice germanica, oggi invalsa nell'uso dottrinario e giurisprudenziale, che consente di ricomprendere tutti gli effetti contrattuali, non solo quelli obbligatori, per i quali soltanto risulti prospettabile una prestazione in senso tecnico) si presenti "isolata", ossia avulsa da uno schema negoziale tipico che riveli in sé la sua funzione, questo non significa certo, per ciò solo, che l'atto unilaterale difetti di causa. Il problema sarà, piuttosto, quello di dar prova dell'esistenza di una valida ragione giustificativa dello spostamento patrimoniale, nonostante questa non risulti immediatamente apprezzabile dalla struttura dell'atto. E

³⁰¹ Sul punto si veda anche A. LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale, in *Studi in onore di Francesco Santoro – Passarelli*, Napoli, 1972, p. 31, il quale correttamente rileva che "non può non apparire un'incongruenza [...] che si applichi il regime dell'azione personale di restituzione quando sia indicata una causa idonea, ma questa in concreto manchi, cioè non sia realizzata o sia venuta meno prima dell'attribuzione".

del resto una simile impostazione risulta coerente con l'evoluzione che ha segnato il passaggio dalla causa in astratto alla causa in concreto; evoluzione che ha palesato l'esigenza di un'indagine causale che, anche per i contratti tipici, non si limiti ad un'aprioristica affermazione di principio circa l'ovvia esistenza di una funzione economica tipica, ma che, calandosi nell'esame del singolo assetto di interessi programmato, giunga ad appurare se la funzione tipica (come tale sempre astrattamente sussistente) risulti in concreto ed a priori realizzabile. Pertanto, se ai fini della validità dell'atto, l'attenzione si concentra sulla sua concreta idoneità funzionale, non si vede perché mai si dovrebbe ammettere la nullità nei casi in cui la funzione, pur astrattamente evincibile dalla struttura dell'atto, difetti in concreto, mentre, all'opposto, si dovrebbero considerare colpiti da nullità atti strutturalmente muti circa la propria ragione giustificativa, idonei però a realizzare in concreto una funzione meritevole di tutela.

In verità, l'unilateralità che connota il pagamento traslativo comporta il venir in rilievo di una diversa accezione della causa, che non può identificarsi *sic et simpliciter* con la causa del contratto, né tanto meno essere ricercata nell'alternativa fra le funzioni tipiche di scambio e liberalità. Se la prestazione è isolata, com'è nel caso del pagamento traslativo, assume rilevanza, infatti, la causa dell'attribuzione patrimoniale, intesa come giustificazione dell'effetto accrescitivo realizzatosi nella sfera giuridica dell'acquirente. Ma con una rilevante precisazione. Ciò non significa, come prospettato da Giorgianni, un ritorno a concezioni analitiche della causa; che, detto altrimenti, la causa debba essere ricostruita soggettivamente come scopo perseguito dal disponente. La causa dell'attribuzione patrimoniale non perde cioè il suo significato funzionale, dovendosi indagare quale programma il disponente miri a realizzare e, soprattutto, se il risultato programmato sia *ex ante* concretamente realizzabile.

Le peculiarità della fattispecie, che realizza l'effetto reale mediante un negozio unilaterale attuativo dell'obbligo di dare in senso tecnico, risiedono dunque nel fatto che, collocandosi il trasferimento al di fuori del raggio operativo dell'art. 1376 c.c. (al di fuori cioè della diretta ed immediata imputabilità ad un contratto causale), più

complesso diviene l'accertamento in concreto della causa, nonché la determinazione degli eventuali risvolti patologici per la sua mancanza.

Ma, per il resto, a livello definitorio, la causa dell'attribuzione unilaterale traslativa non presenta difformità ontologiche rispetto alla causa del contratto, quale requisito essenziale dell'atto nella sua struttura. La causa è e resta comunque funzione. Difatti, a sostegno di tale conclusione, si argomenta che ciò troverebbe conferma nel disposto dell'art. 1324 c.c., per effetto del quale anche agli atti unilaterali *inter vivos* a contenuto patrimoniale si applicano per quanto compatibili le disposizioni dettate dal codice per la disciplina del contratto³⁰².

Per effetto dell'art. 1324 c.c., dunque, anche la causa del pagamento traslativo deve apprezzarsi in termini funzionali, alla stregua del parametro di cui all'art. 1325, n. 2 c.c. Ma, avvallando la prospettazione dell'autorevole Autrice³⁰³, la causa non dovrà essere intesa in termini di astratta meritevolezza della funzione solutoria sterilmente enunciata, quanto piuttosto in termini di concreta idoneità, sulla base di una valutazione *ex ante*, alla realizzazione della funzione medesima.

In tale ottica, è del tutto evidente che, se la causa dell'attribuzione patrimoniale traslativa sia da intendere come funzione solutoria, tesa cioè all'attuazione del preesistente obbligo di dare di matrice legale o convenzionale, le vicende che colpiscano in punto esistenza l'obbligazione a monte, ovvero la sua fonte, anteriormente alla conclusione dell'atto di adempimento, non possano che riverberarsi sull'idoneità funzionale in concreto della causa stessa, determinandone un vizio genetico che non può che cagionare la nullità dell'atto traslativo.

³⁰² Come già si è rilevato, il riferimento all'art. 1324 c.c. è operato da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 269, la quale osserva come il necessario abbandono di ogni prospettiva atomistica della causa passi tramite la norma di collegamento di cui all'art. 1324 c.c., rendendo la disciplina contrattuale estensivamente applicabile alla generale categoria degli atti di autonomia privata.

³⁰³ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 289 ss.

Pare, dunque, opportuno avallare quell'approccio causale di tipo ermeneutico - funzionale³⁰⁴, che riconosce la rilevanza del fondamento oggettivo esterno (costituito dall'obbligo di dare), ma al contempo non identifica la causa con esso. Se la causa del pagamento traslativo, per effetto del combinato disposto degli artt. 1324 - 1325 n. 2 c.c., non può che costituire elemento essenziale del negozio unilaterale, allora ciò significa che questa debba essere interna all'atto medesimo. Non può discorrersi di negozio con causa esterna, quanto piuttosto di negozio che rinviene all'esterno il presupposto per la propria funzionalità in concreto: nel rapporto obbligatorio a monte, le cui vicende costituiscono, dunque, condizioni di realizzabilità della funzione solutoria.

E proprio tale ricostruzione consente di individuare nell'atto di adempimento traslativo un raggio di eccezione alla regola consensualistica. Se, infatti, come sostenuto dalle teorie oggettivo - funzionali, la causa del pagamento traslativo fosse esterna³⁰⁵, ciò dovrebbe coerentemente condurre a negarne la stessa negoziabilità. L'effetto reale, pur prodotto per effetto dell'atto a valle, risulterebbe solo cronologicamente differito, perché imputabile in definitiva al contratto causale a monte. Il pagamento traslativo sarebbe mero atto esecutivo di un trasferimento programmato dal contratto (fonte dell'obbligo di dare), che in esso rinviene, in ultima istanza, la propria ragione giustificativa. In altri termini, se la causa del pagamento traslativo si identifica con la fonte dell'obbligo medesimo, allora non può ravvisarsi alcuna separazione fra contratto obbligatorio e successivo atto esecutivo, perché quest'ultimo non risulta dotato di autonomia negoziale, avendo l'esclusiva funzione di imputare il trasferimento al contratto causale³⁰⁶.

³⁰⁴ Si tratta, come si è visto, della tesi elaborata da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 289 ss.

³⁰⁵ Si fa principalmente riferimento alla posizione sviluppata da L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1994, p. 203 ss.

³⁰⁶ Sulla base di tali considerazioni risulta perciò più coerente, allorché si voglia accogliere una ricostruzione causale di tipo oggettivo - funzionale (che riconosca l'esistenza della causa esterna all'atto nella sua struttura) la tesi elaborata da A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. Dir. civ.*, I, 1994, p. 781 ss., che attribuisce alla figura del pagamento traslativo la natura di atto dovuto.

Ma se, come si è ritenuto opportuno, si accoglie la ricostruzione del pagamento traslativo in termini di negoziabilità, non può certo negarsi che lo stesso abbia una causa propria, in mancanza della quale sarebbe nullo, ai sensi dell'art. 1325 n. 2 c.c.; causa che non può che ritenersi interna all'atto medesimo, al quale l'effetto reale resta imputabile, con ciò pienamente legittimandosi la scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*.

E di certo il requisito causale interno alla struttura dell'atto non potrebbe dirsi soddisfatto dalla mera enunciazione dello scopo solutorio perseguito dal disponente³⁰⁷. L'*expressio causae* non può costituire il requisito strutturale necessario perché possa essere integrato l'elemento essenziale richiesto dall'art. 1325 n. 2 c.c.; non può cioè rilevare ai fini della validità dell'atto. Certo, è innegabile che rivesta un'indubbia funzione agevolatrice nell'accertamento causale di un atto che nella sua struttura unilaterale non è idoneo a rivelare la funzione al quale è preordinato. Ma ciò non deve chiaramente condurre a sovrapporre due piani che devono restare nettamente distinti: quello ermeneutico - ricostruttivo, rispetto al quale la dichiarazione dello scopo ad opera del disponente mantiene un ruolo privilegiato nella verifica della giustificazione dell'attribuzione patrimoniale; ed il successivo piano dell'effettivo accertamento in concreto della idoneità dell'atto a realizzare la funzione, che pure sia stata enunciata. E proprio rispetto a tale secondo profilo, nell'ambito del quale entrano in gioco le considerazioni circa la validità/invalidità dell'atto, l'*expressio causae* perde quella rilevanza essenziale, che nella originaria prospettazione della categoria delle prestazioni isolate le era stata assegnata.

L'elaborazione imperniata sulla centralità della dichiarazione di scopo ai fini della validità dell'atto traslativo traeva il proprio fondamento da un'argomentazione *a contrario*, per cui se l'art. 1988 c.c. ha riprodotto la regola di cui agli artt. 1120 - 1121 del codice del 1865 circa la presunzione di validità dell'atto con solo riferimento alla promessa di pagamento ed alla ricognizione di debito, ciò significherebbe che per quanto concerne la promessa *de futuro*, nonché il negozio unilaterale traslativo operi

³⁰⁷ Tesi, come si è ripetutamente sottolineato, prospettata dalla ricostruzione di M. GIORGIANNI, voce *causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.

invece la regola opposta dell'*expressio causae* ai fini della validità dell'atto. Ma, come è stato acutamente rilevato, l'interpretazione dell'attuale perimetro applicativo dei principi di cui agli articoli menzionati deve essere ripensato e correttamente inquadrato³⁰⁸. L'art. 1988 c.c., infatti, si limita a statuire che nelle promesse unilaterali c.d. *de praeterito* il rapporto fondamentale si presume fino a prova contraria. Ciò significa che sostanzialmente l'astrazione processuale si risolve in un'inversione dell'onere della prova. Se, ai sensi dell'art. 2697 c.c., colui che agisce in giudizio deve di regola dar prova dei fatti posti a fondamento della domanda, al contrario, quando possa vantare a suo favore una promessa di pagamento, sarà dispensato dal farlo. Sarà il debitore, convenuto in giudizio, a dover dare la prova contraria, ossia a dover eccepire l'inesistenza del rapporto fondamentale.

Pertanto, procedendo con un'interpretazione *a contrario* se ne desume soltanto che, al di fuori della promessa di pagamento e della ricognizione di debito, l'astrazione processuale sia esclusa, non potendosi estendere al di là della previsione legislativa l'inversione dell'onere della prova che le caratterizza. Ciò comporta che a fronte di un'obbligazione di dare, il creditore che agisca in giudizio pretendendone l'esecuzione non sia dispensato dall'onere di dar prova del rapporto fondamentale. Ma beninteso tale prova potrà essere fornita con ogni mezzo e, in ogni caso, il mancato assolvimento dell'onere probatorio non potrà certo riverberarsi sul piano sostanziale, cagionando l'invalidità dell'atto.

L'interprete non sarà cioè vincolato nella ricostruzione dell'effettiva esistenza dell'elemento causale all'enunciazione effettuata dal disponente. Questa costituisce un primo indice probatorio, che ha però una valenza meramente ricognitiva e non esclude che venga data prova contraria circa la funzione concretamente perseguita dal negozio. In altri termini, anche nell'ipotesi in cui l'atto di adempimento traslativo non rechi indicazione della funzione al quale sia preordinato, deve essere esclusa per ciò solo la sanzione di nullità, perché occorrerà comunque appurare in concreto, sulla base delle

³⁰⁸ A. LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 3 ss.

risultanze oggettive, se un obbligo preesistente sussista e se, quindi, l'atto traslativo sia assistito da una valida causa *solvendi*.

Naturalmente poi la necessità dell'*expressio causae* può venire in rilievo quando il negozio traslativo debba assumere *ad substantiam* forma scritta. È quanto accade quando il pagamento traslativo abbia ad oggetto un'attribuzione unilaterale immobiliare. In questo caso l'enunciazione della funzione solutoria a pena di invalidità dell'atto consegue non tanto all'asserito principio desunto dall'interpretazione degli artt. 1988 - 1120, 1121 cod. 1865, quanto piuttosto dalla necessità di rispettare la prescrizione formale³⁰⁹.

La dichiarazione nel testo negoziale della funzione perseguita non è dunque, di regola, condizione necessaria, né da sé sola sufficiente per individuare la causa dell'attribuzione patrimoniale traslativa, che potrà essere comunque provata anche in sua assenza.

³⁰⁹ Sul punto si veda, in particolare, M. BARCELLONA, *Della causa - Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, p. 305 s., che, peraltro, richiama la tesi della nullità *quoad formam* del contratto solenne a prescindere dal richiamo all'inoperatività del meccanismo dell'astrazione processuale di cui agli artt. 1120 - 1121 cod. civ. 1865 sviluppata da A. LENERE, «*Expressio causae*» e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico dell'astrazione, in *Studi in onore di Francesco Santoro - Passarelli*, Napoli, 1972, p. 33 ss. e, soprattutto, p. 36.

Conclusioni

Le riflessioni fin qui condotte inducono conclusivamente a ripensare il ruolo dell'accordo - *rectius* del contratto - nella dinamica delle vicende circolatorie, ridimensionandone la tradizionale area di riserva nella determinazione dell'effetto reale, mediante un'adeguata perimetrazione dell'ambito applicativo del principio del consenso traslativo.

Certamente tale principio è destinato a governare il prodursi dell'efficacia reale ogniqualvolta le parti intendano programmare un trasferimento immediato del diritto, che sarà così logicamente imputato allo stesso accordo causale. Ma, come si è avuto modo di dimostrare, il principio non è espressione di una norma imperativa, ben potendosi diversamente congegnare la vicenda traslativa, in modo tale da renderla maggiormente confacente alla realizzazione del concreto assetto di interessi. L'art. 1322, comma 2, c.c., infatti, non distinguendo in ragione dell'efficacia reale o obbligatoria del contratto, lascia ai privati, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, la facoltà di programmare un effetto reale che si realizzi secondo uno schema atipico, sottratto alla lettera dell'art. 1376 c.c.

Le parti, dunque, anche al di là delle ipotesi tipizzate dal legislatore, potrebbero programmare una vicenda traslativa che si realizzi per effetto della sequenza fra contratto obbligatorio (con il quale, in particolare, ci si obblighi a *dare*) e successivo atto di adempimento traslativo. Ma la riemersione dell'obbligazione di dare in senso tecnico ad opera dell'autonomia privata, che sottende l'opzione per un congegno traslativo improntato alla separazione fra *titulus* e *modus acquirendi* potrà ritenersi ammissibile nei soli limiti in cui non comporti lo stravolgimento di ulteriori principi basilari del nostro ordinamento giuridico: il principio causalistico e quello dell'intangibilità in senso sfavorevole dell'altrui sfera giuridica.

In altri termini, il mero obbligarsi a porre in essere un successivo negozio al quale imputare giuridicamente l'effetto traslativo, potrà dirsi compatibile con il nostro assetto ordinamentale solo allorché l'atto di adempimento che da ultimo realizzi il trasferimento sia ricostruito in modo tale da assicurarne la compatibilità tanto con l'art.

1325 n. 2 c.c., quanto con l'art. 922 c.c., che disciplina in via generale i modi di acquisto della proprietà, facendo riferimento, oltre che al contratto, agli *altri modi previsti dalla legge*. Tale finalità ha così portato ad un'indagine ermeneutica - ricostruttiva della figura del c.d. pagamento traslativo; indagine che si è svolta su un doppio binario.

Da un primo punto di vista, se ne è delineata la natura giuridica, tenendo conto della sua duplice veste. Funzionalmente, infatti, è atto dovuto, posto che il suo perfezionamento mira a realizzare un assetto di interessi predeterminato a monte, al momento dell'assunzione del vincolo obbligatorio; ma, dall'altra parte, in ragione del suo oggetto, non può certo negarsene la natura negoziale. La produzione dell'effetto reale richiede, infatti, una manifestazione di volontà finalisticamente orientata da parte del *solvens*: è necessaria la volontà del debitore finalizzata a trasferire la proprietà o il diverso diritto al creditore, mentre non pare necessaria (per lo meno quando l'atto si risolva in un esatto adempimento dell'attribuzione patrimoniale dovuta) la correlata accettazione dell'*accipiens*. Se, infatti, nel raggio operativo del principio consensualistico le vicende circolatorie sono dominate dall'accordo e, dunque, dalla fattispecie contrattuale, non è detto, invece, che, quando le parti decidano di scadenzare il trasferimento in una sequenza bifasica, la vicenda circolatoria debba essere analogamente realizzata per il tramite di un atto avente natura contrattuale. Quando l'effetto reale scaturisca dall'atto di adempimento dell'obbligo di dare, il ricorso al contratto pare anzi sovrabbondante.

Detto altrimenti, la sussistenza di un accordo a monte rende del tutto sproporzionata la ricostruzione della natura giuridica del pagamento traslativo come negozio bilaterale, per lo meno in quelle ipotesi in cui il *solvens* si limiti a dare esatta attuazione all'obbligazione assunta. La qualifica più confacente è così quella che ravvede nel pagamento traslativo un negozio unilaterale rifiutabile, perfettamente inquadrabile nella fattispecie generale di cui all'art. 1333 c.c. Tale qualificazione permette, infatti, di presidiare la sfera giuridica dell'*accipiens* da indebite intrusioni, in linea con il principio di relatività, consacrato dall'art. 1372, comma 2, c.c. È vero, infatti, che l'effetto realizzato dal pagamento traslativo è già stato programmato con il contratto a monte (e rispetto ad esso il creditore ha già manifestato la propria volontà),

ma è altrettanto vero che si tratta pur sempre di un effetto reale, implicante oneri ed obblighi, che necessitano almeno della forma minimale del consenso, rappresentata dal rifiuto.

Appurata la natura giuridica dell'atto di puro trasferimento in termini di attribuzione unilaterale rifiutabile e ricondotto così, per il tramite dello schema negoziale di cui all'art. 1333 c.c., nell'alveo degli altri modi di acquisto previsti dalla legge (legittimati dall'inciso finale dell'art. 922 c.c.), l'indagine si è soffermata sul profilo causale dell'atto. Se, infatti, il principio consensualistico può dirsi derogabile nei soli limiti in cui la scissione fra *titulus* e *modus acquirendi* non comporti, altresì, una deviazione dal principio causalistico, allora è del tutto evidente che il pagamento traslativo giammai potrebbe realizzare un trasferimento astratto.

Accanto all'area dominata dal principio consensualistico, in cui il trasferimento risulta effetto logicamente immediato del contratto causale (area nella quale la ragione giustificativa del trasferimento si identifica con la causa stessa del contratto), il pagamento traslativo realizza, invece, un'attribuzione patrimoniale unidirezionale, che non rende in sé palese la propria causa. L'individuazione della funzione solutoria dell'atto si desume solo avendo riguardo alla complessiva operazione negoziale realizzata dalle parti; ricercando *aliunde* la fonte dell'obbligazione di dare in senso tecnico.

Ma con un'importante precisazione. Se ricostruiamo il pagamento traslativo in termini negoziali, allora, in forza dell'art. 1324 c.c. si estenderà anche ad esso la disciplina di cui all'art. 1325 n. 2 c.c., che richiede la causa quale elemento strutturale dell'atto, essenziale per la sua validità. Ne consegue, pertanto, che la causa del pagamento traslativo non potrà identificarsi con l'elemento esterno (con la fonte dell'obbligazione di dare), posto che una tale soluzione condurrebbe, o a negarne la stessa negozialità, rendendolo mero atto esecutivo - il che negherebbe per vero la scissione fra *titulus* e *modus*, imputando pur sempre l'effetto reale al contratto causale -, o alla sanzione della nullità, *ex art. 1418, comma 2, c.c.*, per mancanza di un elemento strutturale. L'obbligazione di dare a monte e le vicende che afferiscono alla sua fonte, lungi dall'identificarsi esse stesse con la causa dell'atto, rappresentano meri

presupposti esterni che condizionano il funzionamento in concreto della *causa solvendi*. L'accoglimento di un approccio ermeneutico - funzionale nell'accertamento causale della figura del pagamento traslativo comporta che le vicende che colpiscono il presupposto causale esterno, anteriormente al perfezionamento dell'atto, determinando l'inesistenza dell'obbligo, si riverberino sulla validità dell'atto medesimo, cagionandone la nullità per mancanza della causa in concreto, stante l'irrealizzabilità *ab origine* della funzione solutoria.

Tirando le fila del discorso se ne desume che, in definitiva, ciò che permea le vicende circolatorie nel nostro ordinamento sia proprio il principio causalistico. Sia che il trasferimento sia dominato dal principio consensualistico e, dunque, scaturente dall'accordo, sia che lo si addebiti ad un negozio unilaterale rifiutabile, alla stregua del parametro dell'art. 1333 c.c., le conseguenze restano invariate in punto di certezza della circolazione giuridica. E questo perché, se pur si ammetta l'esistenza di un'area di sottrazione dell'effetto reale all'accordo, non può però allo stesso tempo, ammettersene una deroga rispetto al dettato dell'art. 1325 n. 2 c.c., restando comunque il trasferimento esposto alle conseguenze della nullità per mancanza di causa. In altri termini, l'opzione per un modello traslativo pur sempre improntato alla rigida causalità dei trasferimenti nega, in ogni caso, che l'assenza di una ratio giustificativa possa rilevare solo *ex post*, sul piano della mera conservazione degli effetti.

Analogamente a ciò che accade quando l'efficacia reale sia regolata dal principio consensualistico, anche nell'ipotesi in cui il trasferimento si realizzi per effetto di un negozio unilaterale rifiutabile l'estensione del rimedio della nullità per mancanza di causa mantiene ferma l'opzione legislativa per la tutela della posizione proprietaria, che potrà essere sacrificata solo allorché sia ravvisabile un affidamento incolpevole del terzo avente causa dall'*accipiens*, nei limiti di quanto disposto dagli artt. 1153 e 2652 n. 6 c.c.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSI R., *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 1972
- ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1958
- ALLARA M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957
- ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino, II ed., 1955
- ARANGIO - RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952
- ARGIROFFI C., *Del possesso di buona fede di beni mobili*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1988
- ARGIROFFI C., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto «a domino» della proprietà*, Milano, 1980
- ASQUINI A., *Titoli di credito*, Padova, 1966
- ASTUTI G., *Promesse de vente vaut vente*, in *Riv. dir. st. dir. it.*, 1953/54
- BARASSI L., *I diritti reali*, Milano, 1952
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, III ed., I, Torino, 1950
- BARCELLONA M., *Della causa – Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1965
- BARENGHI A., in *Diritto civile, III, obbligazioni, 2. Il contratto in generale*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, Milano, 2009

- BENATTI F., *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa II ed., a cura di G. CRIFÒ, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994
- BETTI E., *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957
- BIANCA C. M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, II ed., 2015
- BIANCA C. M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato dir. civ. diretto da F. VASSALLI*, VII.1, Torino, 1993
- BIANCA C. M., *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1969
- BIGIAMI W., *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950
- BOZZI L., *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000
- BOZZI L., *Note preliminari sull'ammissibilità di un trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbligazioni*, 1995
- BRECCIA U., *Della ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974
- BUFNOIR C., *Propriété et contrat*, in *Theories des modes d'acquisitions de droits réels et des sources des obligations*, ed. 1900
- BURDESE A., *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico – comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo I, Milano, 1991
- CABELLA PISU L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983

- CAMARDI C., *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999
- CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. Impresa*, 1998
- CAMPAGNA L., *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962
- CANNATA C.A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991
- CARIOTA FERRARA L., *L'obbligo di trasferire*, Roma, 1950
- CARIOTA - FERRARA L., *Negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936
- CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933
- CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933
- CARNEVALI V., voce *Mandato (dir. civ.)*, in *Enc. giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1990
- CARPINO B., *I contratti speciali. Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di M. BESSONE, vol. XIV, Torino, 2007
- CASTIGLIA G., *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1983
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979
- CAVALLO BORGIA R., *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972
- CENNI D., *La formazione del contratto fra realtà e consensualità*, Padova, 1998
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989

- CIAN M., *Il trasferimento dei titoli dematerializzati fra consensualismo e anticonsensualismo*, in *Giur. Comm.*, 2010, II
- CORTESE B., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009
- COSTANZA M., *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. Civ.*, 1988
- COVIELLO N., *Della trascrizione*, II ed., Torino, 1915
- CUTURI T., *Della vendita, della cessione e della permuta*, Napoli, 1891
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Milano, 1962
- DALMARTELLO A., *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1955
- DALMARTELLO A., *La consegna della cosa*, Milano, 1950
- DALMARTELLO A., *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947
- DELLE MONACHE S., *Il negozio immorale fra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova, 1997
- DE MARTINI A., voce *Obbligo a contrarre*, in *Nss. Digesto*, XI, Torino, 1987
- DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950
- DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati - Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991
- DEMOLOMBE C., *Corso del Codice Civile*, prima versione italiana, a cura di G. DE FILIPPO e G. TUCCI, XII, *Trattato dei contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, Napoli, 1871
- DI MAJO A., *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994

- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*², Milano, 1993
- DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985
- DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione*, Milano, 1967
- DI ROSA G., *Il mandato*, I, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger – Busnelli*, Milano, 2012
- DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nouv. ed., Paris, 1777
- DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972
- DUSI B., *Istituzioni di diritto civile*, 5° ed., a cura di A. MONTEL, Torino, 1951
- FALZONE CALVISI M. G., *La vendita di cosa futura*, in *La vendita* a cura di M. BIN, vol. III.1, Padova, 1995
- FAVA P. (a cura di), *Il contratto. Trattato teorico – pratico*, Milano, 2012
- FERCIA R., «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012
- FERCIA R., *Quia vendidit, dare promisit*, Cagliari, 2009
- FERRANTE E., *Consensualismo e trascrizione*, in *Monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Francesco Galgano, Cedam, 2008
- FERRARI F., *Principio consensualistico e abstraktionsprinzip: un'indagine comparatistica*, in *Contr. Impresa*, 1992
- FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996
- FERRI G. B., *La vendita in genere*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1984

- FERRI L., *Della trascrizione immobiliare artt. 2643 – 2682 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, 1977
- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983
- FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, 1952
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, vol. II, 2013
- FUNAIOLI C. A., *La tradizione*, Padova, 1942
- GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974
- GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970
- GALASSO A., *Mutuo e deposito irregolare, 1. La costituzione del rapporto*, Milano, 1968
- GALGANO F., *Sulla circolazione dei titoli di credito*, in *Contratto e impresa*, 1987
- GAMBARO A., *Sintesi conclusiva in tema di causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico – comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997
- GAZZARA G., *Fiducia testamentaria*, in *Enc. Dir.*, XVII, 1968
- GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XV ed., Napoli, 2011
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, 1998
- GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, commento a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civile*, 1991
- GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974

- GHESTIN J., *Riflessioni di un civilista francese sulla clausola di riserva della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I
- GIANTURCO E., *Contratti speciali*, vol. II, Napoli, 1905
- GIORGIANNI M., *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1974
- GIORGIANNI M., voce *Causa*, in *Enc. diritto*, VI, Milano, 1960
- GIORGIANNI M., voce *Pagamento*, in *Nov.Dig.it*, XII, I, 1957
- GORLA G., *La logica illogica del consensualismo e dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966
- GORLA G., *Offerta ad incertam personam*, in *Foro it.*, 1965, I
- GORLA G., *Il potere della volontà sulla promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1956
- GORLA G., *Il dogma del consenso o accordo e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956
- GORLA G., *Il contratto. Lineamenti generali*, Milano, 1955
- GORLA G., *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952
- GORLA G., *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Annali Univ. Perugia*, 1936
- GRECO P. e COTTINO G., *Della vendita*, in *Commentario al codice civile a cura di A. SCALOJA e G. BRANCA*, Bologna - Roma, 1981
- KNÜTEL R., *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca 17 - 21 aprile 1990*, a cura di Letizia Vacca, Milano, 1990

KUPISCH B., *Causalità e astrattezza*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico – comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa – Viareggio – Lucca 17 – 21 aprile 1990*, a cura di Letizia Vacca, Milano, 1990

JESÙS GARCÍA GARRIDO E. M., *Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código Civil Español*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico – comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa – Viareggio – Lucca 17 – 21 aprile 1990*, Tomo I, a cura di Letizia Vacca, Milano, 1990

JHERING V., *Die Reflexwirkungen, Oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, 1871

IRTI N., *Gli scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998

IZZI B., *La causa del contratto come funzione economico – individuale*, in *Giust. civ.*, I, 2007

LA PORTA U., *Il problema della causa del contratto, I, La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 1999

LENER A., *Expressio causae ed astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in *Studi in memoria di Santoro Passarelli*, Napoli, 1972

LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Giuffrè, 2007

LUMINOSO A., *La compravendita*, VI edizione, Giappichelli editore, Torino, 2009

LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1984

MACCARONE G., *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. Impresa*, 1998

MACCARONE G., *Obbligazioni di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. not.*, 1994, I

MANNA L., *Nozione e tipi di prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO, I, *La struttura e l'adempimento*, II, 2014

- MARCADÉ V., *Spiegazione teorico –pratica del codice Napoleone*, libro III, titolo III, nn. 487 ss. e libro III, titolo VI, cap. I, ed. Palermo, 1856
- MARICONDA V., *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, in *Corriere Giuridico*, 1993
- MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contr. Impresa*, 1988
- MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Giappichelli editore, Torino, 2011
- MASTROPAOLO F., *I contratti reali*, in *Trattato dir. priv. diretto da SACCO*, Torino, 1999
- MATTIANGELI L., *Obbligazione di dare, pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Vita not.*, 2005
- MENGGONI L., *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano, 1975
- MENGGONI - REALMONTE, voce *Disposizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, tomo I, diretto da Cicu e Messineo, vol. XXI, Milano, 1968
- MESSINEO F., *Teoria generale del contratto*, Milano, II ed., 1946
- MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1957
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet – Art. 1333*, Torino, 1980
- MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1968
- MIRABELLI G., *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1889
- MONATERI P. G., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008
- MONATERI P.G., *La sineddoche*, Milano, 1985

- MONTESANO L., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953
- MOSCARINI L. V., *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970
- MOSCATI E., *Del pagamento dell'indebito*, sub. Artt. 2033 – 2040 c.c., in Comm. Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1981
- MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015
- NATOLI U., *I contratti reali*, Milano, 1975
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, Milano, 1974
- NAVERRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007
- NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000
- NICOLÒ R., voce *Adempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1956
- OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999
- PALERMO G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974
- PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962
- PETRONIO U., *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico – comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo I, Milano, 1991
- PORTALE G. B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970
- POTHIER, *Traité des obligations*, in *Traités*, 2° ed., Paris, 1781

- PUGLIATTI S., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, ora compreso in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. Dir.*, 1, Milano, 1957
- PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951
- PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940
- PUGLIESE G., *Compravendita e trasferimento della proprietà nel diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca 17 - 21 aprile 1990*, a cura di Letizia Vacca, Milano, 1990
- RAMELLA A., *La vendita nel diritto moderno*, vol. I, Milano, 1920
- RANIERI F., *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale astratto*, in *Tijdschrijf voor Rechtsgeschiedenis*, 1970
- RAVÀ T., *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1952, I
- RAVÀ T., *Legittimazione e rappresentanza indiretta nell'alienazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1953
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, Milano, 1966
- REGOLI F. A., *La vendita di cosa altrui*, in *La vendita* a cura di M. BIN, vol. III.1, Padova, 1995
- RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950
- ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013

- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Giovanni Iudica Zatti, II, Giuffrè, 2011
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1971
- RUBINO D., *La compravendita*, Giuffrè, 1962
- RUSSO E., *Il codice civile. Commentario. Vendita e consenso traslativo*, diretto da D. Busnelli, 2010
- RUSSO E., *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965
- SACCO R., *Il consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, I, Torino, 2006
- SACCO R. (e G. DE NOVA), *Il contratto*, II, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 2004
- SACCO R., voce *Negoziato astratto*, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995
- SACCO R., *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, 1, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 1993
- SACCO R., *Relazione di sintesi*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milano, 1991
- SACCO R., *Il contratto*, Torino, 1975
- SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966
- SACCO R., *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, II, Padova, 1965
- SACCO R., voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. Dir.*, 7, Milano, 1960
- SANTAGATA C., *Del mandato - Disposizioni generali*, in *Commentario al cod. civ.* a cura di SCIALOJA - BRANCA, artt. 1703 - 1709, Bologna - Roma, 1985

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002

SCALISI V., voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978

SCHMIDLIN B., *Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 305 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989

SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, 1992

SCOGNAMIGLIO R., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto, II. Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006

SCOGNAMIGLIO R., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Libro IV, *Delle obbligazioni - Artt. 1321 - 1352*, Bologna - Roma, 1960

SEGNI M., *Autonomia privata e valutazione legale atipica*, Padova, 1972

SHRAGE E., *Il trasferimento di proprietà nel contratto di vendita nel diritto svizzero*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca, Tomo I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991

SIRENA P., *Sulla derogabilità del principio consensualistico*, in *Colloqui in memoria del prof. Michele Giorgianni*, a cura di F. Di Giovanni e C. A. Graziani, Napoli, 2007

SPADA P., *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, III ed., Torino, 2012

SPADA P., *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per ripensare un problema*, in *Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo*, II, Padova, 1992

SPADAFORA A., *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996

- STOLFI G., *Appunti sul cd. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977
- STOLFI G., *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947
- TALAMANCA M., voce *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TARTUFARI L., *Della vendita e del riporto*, ed. 6°, Torino, 1936
- TROISI B., *Appunti sull'astrattezza negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XXI ed., a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2013
- TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1965
- VECCHI P. M., *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999
- VELA SANCHEZ A. J., *La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria*, in *Diario La Ley*, 26 marzo 2009, n. 7143
- VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Giuffrè, 1995