

## Sezione Seconda

### *Il trasferimento della proprietà*

SOMMARIO: 1. Il trasferimento della proprietà in diritto comparato. – 2. Il trasferimento della proprietà nei paesi di *common law*. – 3. Il trasferimento della proprietà in Germania, Francia ed Italia.

#### 1. *Il trasferimento della proprietà in diritto comparato*

Lo studio comparato dei vari ordinamenti giuridici consente di evidenziare una grande varietà dei modi di trasferimento della proprietà<sup>100</sup>.

I fattori che possono assumere rilevanza ai fini del trasferimento della proprietà possono però essere ridotti a tre elementi fondamentali:

- (A) il consenso (*titulus*);
- (B) un elemento esteriorizzante, come per esempio la consegna (*traditio*) in materia di beni mobili (*modus*);
- (C) il pagamento del corrispettivo pattuito.

Il trasferimento della proprietà può essere subordinato a ciascuno di questi tre fattori, o soltanto ad alcuni, o ad uno solo di essi.

Il sistema più completo era probabilmente quello greco, nel cui ambito ai fini del trasferimento della proprietà si richiedeva non solo lo scambio dei consensi, ma anche la consegna ed il pagamento del prezzo.

Piuttosto differente appare invece la situazione in base al diritto romano dove ai fini del trasferimento della proprietà era sufficiente la consegna del bene (*traditio*), o il compimento delle altre formalità previste dall'ordinamento (*modus*).

Nel sistema del diritto comune oltre al *modus* si richiedeva altresì il *titulus*, vale a dire un valido rapporto sottostante che giustificasse il trasferimento.

In seguito dal sistema del diritto comune si è passati ai vari diritti nazionali, ed in particolare al diritto francese ed a quello tedesco.

Mentre però in area tedesca la semplificazione del sistema del diritto comune è avvenuta limitando le formalità richieste ai fini del trasferimento

<sup>100</sup> SACCO, *Le transfer de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, in *RDC*, 1979, I, 442; VACCA (Cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica e comparatistica*, 2 voll., Milano 1991.

al solo *modus*, nell'area francese si è giunti a ritenere sufficiente ai fini del trasferimento della proprietà il mero scambio dei consensi (*titulus*).

## 2. Il trasferimento della proprietà nei paesi di common law

In base ai principi inglesi in materia di circolazione mobiliare la proprietà può passare *between the parties* già fin dal momento della conclusione del contratto.

Per il trasferimento *to all purposes*, vale a dire a tutti gli effetti, si richiede il *delivery*<sup>101</sup>.

Resta da affrontare la questione se la proprietà possa passare in virtù del solo *delivery*.

A questi fini occorre distinguere a seconda del tipo di bene.

La circolazione del denaro è sottoposta ad un regime particolare. Si immagini un contratto di compravendita immobiliare in cui le parti si sono accordate sul trasferimento della proprietà di un orologio dietro un certo corrispettivo.

Nello stesso istante in cui il contratto viene concluso, l'acquirente diventa proprietario dell'orologio.

Diversa è invece la questione per quel che riguarda la proprietà del denaro, la titolarità della somma promessa non può infatti passare al momento della conclusione del contratto, neppure nel caso in cui il denaro promesso sia già stato separato.

Fino al momento dell'effettiva consegna il rischio di un'eventuale perdita della somma stessa, ancorché dovuta a fortuito, continua a gravare sul compratore, il quale non sarà liberato dal suo obbligo di effettuare il pagamento neppure nel caso in cui venga derubato della somma stessa un attimo prima del pagamento.

La proprietà del denaro passerà in capo al venditore solo al momento del pagamento, in virtù del *delivery*<sup>102</sup>.

La proprietà del denaro può inoltre passare in virtù del *mixing*, ovvero della confusione con i soldi di un'altra persona (*commixtio nummorum*).

Anche questa regola è giustificata da esigenze di carattere pratico, nonché dall'impossibilità di individuare il proprio denaro dopo che sia stato mescolato con quello altrui.

Si consideri ancora che la regola circa il *mixing* in materia di denaro appare sostanzialmente derogatoria rispetto ai principi generali in materia di mescolamento di beni.

Normalmente il mescolamento dei propri beni con quelli di un altro non conduce al trasferimento della proprietà. Si pensi per esempio ad un

<sup>101</sup> LAWSON, RUDDEN, *The Law of Property*, Oxford 1982, 66.

<sup>102</sup> *Sinclair v. Brougham* (1914) A.C. 398.

agricoltore il quale versi un carico di grano che non gli appartiene nel suo granaio.

In un caso di questo genere non si ha ovviamente trasferimento della proprietà del grano in capo a chi ha effettuato la commistione. In seguito al mescolamento si verrà infatti a creare una comunione sull'intero grano appartenente pro quota in proporzione dei rispettivi contributi agli originari titolari del grano.

Tutto questo conferma che la circolazione del denaro è sottoposta a principi molto particolari, il cui operare è limitato al solo denaro.

Resta da affrontare la questione se il *delivery* di un bene mobile diverso dal denaro e dai titoli di credito in esecuzione di un contratto nullo conduca al trasferimento della proprietà <sup>103</sup>.

Il *delivery* conduce sicuramente al trasferimento della proprietà nei casi di minor età <sup>104</sup>.

Particolarmente significativi a questo proposito sono anche i casi nei quali viene data esecuzione ad un contratto nullo per illiceità <sup>105</sup>.

Ecco quindi come normalmente il *delivery* sia di per sé idoneo a produrre l'effetto traslativo, nonostante l'invalidità del rapporto sottostante.

Questa regola subisce però un'eccezione; neppure la consegna (*delivery*) è infatti considerata idonea a trasferire la proprietà se l'errore che rende nullo il contratto è talmente grave (*fundamental*) da viziare anche l'atto esecutivo del contratto. Il che si verifica per lo più nei casi di errore di persona, quando il bene viene consegnato ad una persona diversa da quella con la quale si pensava di aver concluso il contratto.

La regola si comprende agevolmente ove si consideri che, ai fini del trasferimento della proprietà, la consegna materiale del bene deve in ogni caso essere integrata dall'intenzione di trasferire la proprietà, e una tale intenzione non deve essere inficiata da vizi incompatibili con l'esistenza stessa del volere <sup>106</sup>.

Il che si verifica per l'appunto nei casi di errore di persona <sup>107</sup>. Ai fini dell'invalidità del *delivery* si richiede però che lo stato di errore circa la persona dell'altro contraente permanga fino al momento dell'esecuzione del contratto.

Se infatti l'errore, ancorché *fundamental*, viene meno in un momento successivo, esso continuerà a rendere nullo il contratto, ma il *delivery* effet-

<sup>103</sup> KRUSE, *What does Transfer of Property Mean With Regard to Chattles? A Study in Comparative Law*, in *Am. J. Comp. Law*, 1958, 500.

<sup>104</sup> *Pearce v. Brain* (1929) 2 K.B. 310.

<sup>105</sup> HIGGINS, *The Transfer of Property under Illegal Transactions*, in 25 *MLR*, 1962, 149; ENONCHONG, *Title Claims and Illegal Transactions*, in *LQR*, 1995, 135, 136.

<sup>106</sup> *Norwich Union Fire Insurance v. Price Limited* (1934) A.C. 455, 462.

<sup>107</sup> *Jones v. Waring & Gillow* (1926) A.C. 696.

tuato con la consapevolezza del vizio che inficia il contratto sarà in ogni caso idoneo a trasferire la proprietà del bene in questione.

Nei paesi di *common law* il regime della circolazione dei beni mobili corre dunque su due binari<sup>108</sup>.

Da un lato il consenso è considerato idoneo a trasferire la proprietà, per lo meno *between the parties*. Dall'altro lato è però altrettanto chiaro che anche il mero *delivery*, purché supportato da una idonea volontà di trasferire la titolarità, conduce a trasferimento della proprietà.

Il principio consensualistico si è anzi sicuramente sovrapposto alla precedente regola per cui al fine del trasferimento operava il *delivery*<sup>109</sup>.

Fondamentale sotto questo profilo è stato il contributo di J.P. Benjamin, un giurista della Luisiana, il quale si era rifugiato a Londra dove pubblicò un celebre trattato sulla vendita di cose mobili<sup>110</sup>.

Quest'opera è alla base del *Sale of Goods Act* che adotta per la vendita immobiliare la regola consensualistica, opposta alla originaria regola di *common law* tutta orientata verso la necessità di un atto traslativo *ad hoc*, *delivery* o *conveyance*.

La sovrapposizione del principio consensualistico, di chiara derivazione francese, se consente di anticipare il trasferimento della proprietà per lo meno *between the parties* fin al momento dello scambio dei consensi, non ha però inciso sulla generale idoneità del *delivery* a perfezionare comunque il trasferimento se supportato da una idonea volontà di trasferire.

L'ammissione della possibilità di trasferire la proprietà dei beni mobili già in virtù del contratto non è pertanto stata accompagnata dal ripudio del precedente sistema di circolazione mobiliare fondato sul *delivery*; in secondo luogo anche quando le parti abbiano deciso di scegliere la via contrattuale per il trasferimento della proprietà, ed abbiano fatto coincidere il momento del trasferimento della proprietà *between the parties* con quello della conclusione del contratto, la rilevanza di un tale accordo svanisce se prima della consegna del bene, esso viene effettivamente consegnato ad una terza persona.

Il trasferimento della proprietà si perfeziona infatti a tutti gli effetti (*to all purposes*) e diventa opponibile ai terzi solo in seguito al *delivery*.

Ecco come nel conflitto tra questi due modi di trasferimento della proprietà, *contract* e *delivery*, prevalga ancora oggi il secondo.

Per quel che riguarda poi l'atto di disposizione posto in essere dal non *domino*, i *common lawyers* sono molto fermi nell'affermare il noto principio *nemo dat quod non habet*<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> SACCO, *op. cit.*

<sup>109</sup> LAWSON, RUDDEN, *op. cit.*, 66.

<sup>110</sup> J.P. BENJAMIN, *A Treatise on the law of Personal Property, With References to the American Decisions and the French Code and Civil Law*, London 1868.

<sup>111</sup> JONES, *The position and Rights of a Bona Fide Purchaser for Value of Goods Impro-*

In realtà questa regola subisce numerose eccezioni; in primo luogo se il bene è stato venduto in un mercato aperto (*market overt*) tra l'alba ed il tramonto, chi lo abbia acquistato in buona fede ne diventa proprietario.

Un secondo fattore che può produrre questo effetto è costituito dall'*estoppel*; in virtù di esso, se i beni sono nella disponibilità materiale di un'altra persona, ed il proprietario non fa nulla per far sapere chi è il vero titolare dei beni in questione, non può poi far valere il suo titolo nel caso in cui essi siano stati venduti ad un terzo di buona fede <sup>112</sup>.

In altri casi questo risultato può essere spiegato presumendo che il vero proprietario abbia accordato al venditore il potere di vendere i suoi beni. In caso poi di proprietà ottenuta in base a titolo caducabile (*voidable*), il *Sale of Goods Act* fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede prima della caducazione del titolo <sup>113</sup>.

Tutte queste eccezioni vengono chiaramente ad invertire il rapporto tra regola ed eccezione, ed a costituire esse stesse la regola. Nei paesi di *common law* chi acquista in buona fede un bene mobile ne diventa dunque proprietario, anche se esso non appartiene al proprietario.

Questa regola subisce però una grossa limitazione in materia di beni di provenienza furtiva. Ancora recentemente è stato infatti ribadito che in nessun caso la vendita di un bene di provenienza furtiva è idonea a trasferire la proprietà in capo all'acquirente, ancorché di buona fede.

Il proprietario potrà dunque in ogni caso recuperare il suo bene con qualche rimedio di natura delittuale anche presso terzi, non importa dunque dopo quanti passaggi di mano <sup>114</sup>.

In materia di immobili il sistema tradizionale inglese di trasferimento della proprietà si basa su due atti successivi: il *contract* e la *conveyance* <sup>115</sup>.

Occorre cioè in primo luogo che le parti si accordino sul bene da trasferire nonché sul prezzo.

In base alla S. 40 del *Law of Property Act* del 1925 la forma scritta era richiesta solo ai fini probatori. Questa regola è però stata recentemente riformata dalla S.2(1) del *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* del 1989, in base alla quale la forma scritta in materia di compravendita immobiliare è richiesta *ad substantiam*.

*perly Obtained*, Cambridge 1921; FERRERI, *Sulla perseguibilità dei beni mobili. Tentativi di riforma*, in *RDC*, 1987, I, 347.

<sup>112</sup> FERRERI, *op. cit.*, 365.

<sup>113</sup> *Sale of Goods Act*, s. 23.

<sup>114</sup> *National Employer's Mutual General Insurance Association Ltd. v. Jones* (1988) 2 W.L.R. 952.

<sup>115</sup> MERRYMAN, *Towards a Comparative Study of the Sale of Land*, in FS Rheinstein, Tübingen 1969, II, 737; CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano 1990; FARRAND, *Contract e Conveyance*, London 1983; PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano 1992.

Il mero accordo (*contract*) non è però in nessun caso considerato idoneo a perfezionare il trasferimento stesso; a questi fini occorre espletare le formalità previste dall'ordinamento ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare, vale a dire effettuare la *conveyance* dell'immobile. Il diritto inglese definisce *merger* il fenomeno del dissolvimento nel *deed* delle obbligazioni assunte in virtù del contratto.

I requisiti di validità dei *deeds* sono tradizionalmente tre: la scrittura su carta o pergamena, la sigillatura e la consegna. Il sigillo vero e proprio è stato successivamente sostituito da un disco adesivo; in tempi ancora più recenti la corte d'appello inglese ha ritenuto sufficiente un piccolo cerchio impresso sul documento, contenente le lettere LS, vale a dire *locus sigilli*.

Ecco dunque ricomparire anche in materia di immobili la duplicità di atti che abbiamo visto operare in materia di trasferimento mobiliare, con l'unica differenza che, mentre in materia di mobili il *contract* ha ormai iniziato ad intaccare sebbene in parte l'originaria supremazia del *delivery*, non altrettanto si è verificato in materia immobiliare, dove la *conveyance* continua in ogni caso ad essere essenziale ai fini del trasferimento della proprietà.

Quello che realmente conta ai fini del trasferimento della proprietà di un immobile è cioè la *conveyance*.

In questa prospettiva la nullità del rapporto sottostante non è idonea ad inibire il trasferimento della proprietà; nei casi di questo genere si porrà al massimo un problema di restituzioni.

Usando per un istante le categorie continentali si potrebbe parlare a questo proposito di "astrattezza" della *conveyance*, ovvero di idoneità ad effettuare il trasferimento della proprietà anche nei casi di nullità del rapporto sottostante.

In termini del tutto generali è possibile affermare che la *conveyance* svolge in materia di immobili la stessa funzione che il *delivery* assolve in materia di mobili; all'incirca negli stessi casi in cui il *delivery* produce l'effetto traslativo pur in presenza di un vizio del rapporto sottostante, la *conveyance* produce il medesimo effetto per quel che riguarda gli immobili.

Si pensi per esempio ai casi di illiceità<sup>116</sup>, o quando il contratto viene eseguito nonostante la carenza di un qualche elemento considerato essenziale.

La *conveyance* di un immobile è per esempio considerata idonea a produrre l'effetto traslativo anche se le parti non si sono accordate sul prezzo, ed a maggior ragione se il prezzo, eventualmente concordato, non sia stato pagato<sup>117</sup>.

Questa regola si spiega considerando che la *conveyance*, o meglio il *deed* che occorre predisporre per effettuare la *conveyance* di un immobile, è un

<sup>116</sup> HIGGINS, *op. cit.*

<sup>117</sup> *Davies v. Otty* (1865) 35 Beav., 208; *Symes v. Hughes* (1870) L.R. 9 Eq. 475.

atto astratto da sempre utilizzato per rendere vincolante un impegno o per trasferire la proprietà di un bene anche in mancanza di *consideration*.

Un altro settore in cui dominano i *deeds* è naturalmente quello degli atti a titolo gratuito, ovvero delle donazioni che anche nei paesi di *common law* richiedono o l'atto solenne o il *delivery*.

Ecco dunque perché nulla osta a che la *conveyance* sia idonea a produrre l'effetto traslativo anche in mancanza della previsione o della devoluzione di un corrispettivo.

Ma il medesimo effetto si produce nei casi in cui vi sia una qualsivoglia divergenza tra il contratto ed il *deed*; come per esempio nel caso in cui il bene indicato nel *deed* ai fini della *conveyance* sia diverso da quello al quale si riferivano le parti in sede di conclusione del contratto.

In tutti i casi di divergenza tra il contratto ed il *deed* prevale naturalmente il *deed*, con la conseguenza che i beni effettivamente trasferiti coincidono con quelli indicati nel *deed*; salvi ovviamente i provvedimenti di *rectification* o *rescission* del contratto o della *conveyance* <sup>118</sup>.

Nei casi in cui è altresì prevista la registrazione, è possibile ottenere la *rectification* del *land register* <sup>119</sup>.

L'autonomia del *deed* rispetto al *contract* risulta confermata dal fatto che in nessun caso la nullità del *contract* si estende altresì al *deed*.

I requisiti di validità dei *contracts* non coincidono infatti con quelli dei *deeds*.

In particolare l'unico modo per impugnare un *deed* è quello di provare che si tratta di un falso (*Plea de non est factum*) <sup>120</sup>.

Si tratta di un antico mezzo di impugnazione dei *deeds*, che in origine serviva per farne dichiarare l'inesistenza (*non est factum*), specie nei casi di falsificazione.

<sup>118</sup> GOFF, JONES, *op. cit.*, IV ed., 179; *Craddock Bros. v. Hunt* (1923) 2 Ch. 136; WOODWARD, *op. cit.*, 290.

<sup>119</sup> GOFF, JONES, *op. cit.*, IV ed., 179. Il sistema tradizionale di trasferimento della proprietà immobiliare basato sul *contract* e sulla *conveyance* è stato leggermente modificato dall'introduzione in numerosi paesi di *common law*, tra i quali gli Stati Uniti e l'Australia, nonché in vaste aree dell'Inghilterra, di un sistema di registrazione dei trasferimenti immobiliari. A ben vedere l'introduzione di un sistema di registrazione e di pubblicità immobiliare non ha però comportato sostanziali modifiche rispetto al precedente sistema fondato sulla sola *conveyance*. L'introduzione dei registri immobiliari ha infatti soltanto aumentato le formalità richieste ai fini del trasferimento della proprietà; alla conclusione del contratto ed alla redazione della *conveyance* deve infatti seguire l'iscrizione del trasferimento nei registri, ed il trasferimento non è considerato perfetto fin quando non è avvenuta una tale registrazione: *Land Registration Act*, s. 19; JANCZYK, *An Economic Analysis of the Land Title Systems for Transferring Real Property*, in 6 *J. Leg. Stud.*, 1977, 213.

<sup>120</sup> BEKER, *Non est Factum*, in *C.L.P.*, 1970, 53.

Successivamente questo rimedio venne applicato anche a favore di persone gravemente handicappate, ciechi, sordomuti, e così via, o semplicemente incapaci di leggere e scrivere (*homo laicus et minime literatus*), che fossero state indotte a firmare un *deed* senza averne afferrato sino in fondo il significato, o nell'erronea convinzione di firmare un documento di tipo diverso.

Ecco quindi come i *contracts* ed i *deeds* corrano su due binari distinti per quel che riguarda i requisiti della loro validità, e come molto difficilmente lo stesso fatto che rende nullo il *contract* possa inficiare anche il *deed* <sup>121</sup>.

Un tale fenomeno potrà al limite verificarsi nel caso in cui le circostanze che rendono nullo il *deed* siano già presenti al momento della conclusione del contratto; i fatti idonei a viziare i *deeds* sono infatti talmente gravi da poter sicuramente viziare anche i contratti se operanti al momento della loro conclusione.

Nei casi di questo genere occorre però che il vizio permanga fino al momento della firma del *deed*; in caso contrario il *deed* risulterebbe inattaccabile ed idoneo a produrre il suo effetto nonostante la nullità del contratto.

Anche per quel che riguarda la circolazione dei beni immobili il sistema angloamericano pare dunque molto più vicino a quello tedesco che non a quello francese <sup>122</sup>.

### 3. Il trasferimento della proprietà in Germania, Francia ed Italia

Il sistema continentale che presenta maggiori analogie con quello angloamericano in materia di trasferimento della proprietà è sicuramente quello tedesco <sup>123</sup>.

In Germania continua sostanzialmente ad applicarsi il vecchio sistema romano basato sulla distinzione tra atti fonte di obbligazione (*Verpflichtungsgeschäfte*), ed atti esecutivi dell'obbligo assunto (*Verfügungsgeschäfte*).

<sup>121</sup> Un'eccezione opera peraltro nei casi di inganno doloso (*fraudulent misrepresentation*), con conseguente caducazione della stessa *conveyance*: FARRAND, *Contract & Conveyance*, IV ed., London 1983, 57; PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano 1992, 148; *Edwards v. M. Leavy* (1818) 2 Swan 287; *Wilde v. Gilson* (1848) 1 H.L.Cas. 605; *Hart v. Swaine* (1877) 7 Ch.D. 42; *Misrepresentation Act*, 1967, Sec. 1(b).

<sup>122</sup> KEENER, *op. cit.*, 63: "The title in the case of real estates passes because the grantor has observed the formalities necessary to the transfer of title, and delivered the deed with the intention that the title should pass".

<sup>123</sup> SACCO, *op. cit.*; VACCA (Cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica e comparatistica*, 2 voll., Milano 1991; FERRARI, *Abstraktionsprinzip. Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobili. Una superabile divaricazione?*, in *RDC*, 1993, I, 729.

1. Normalmente viene stipulato in primo luogo un contratto (*Kaufvertrag*), il quale fa unicamente nascere un rapporto obbligatorio tra le parti.

Diversamente da quanto abbiamo visto nei paesi di *common law* dove ormai, per lo meno in materia di beni mobili, è stata ammessa la possibilità di far coincidere il momento del trasferimento della proprietà *between the parties* con quello della conclusione del contratto, in Germania continua ad applicarsi con estremo rigore il vecchio sistema romano in base al quale il contratto consensuale non è idoneo di per sé a perfezionare il trasferimento.

2. Ai fini del trasferimento occorre concludere un apposito contratto reale (*dinglicher Vertrag*), consistente nell'accordo (*Einigung*) tra le parti finalizzato al trasferimento della proprietà, unitamente alla effettiva consegna del bene (*Übergabe - Traditionsprinzip*)<sup>124</sup>.

In base a quanto stabilisce il § 446 BGB il momento della consegna coincide altresì con il momento del trasferimento dei rischi<sup>125</sup>.

L'*Übergabe* ha lo scopo di rendere il trasferimento riconoscibile all'esterno, ed il possesso (*Besitz*) è lo strumento di cui l'ordinamento si serve a questo scopo (*Publizitätsprinzip*).

3. Ai fini del pagamento del prezzo (*Zahlung des Kaufpreises*), oltre alla consegna del denaro, è infine richiesto un nuovo contratto ad effetti reali, volto appunto a trasferire la proprietà del denaro.

In modo non dissimile da quanto è emerso a proposito del diritto angloamericano, ai fini del trasferimento della proprietà del denaro può operare oltre che la consegna anche la commistione (*commixtio nummorum - Vermischung*)<sup>126</sup>.

In materia di beni mobili trova inoltre applicazione la regola possesso vale titolo, con la conseguenza che anche il non proprietario può porre in essere validi atti di alienazione.

In Germania è però essenziale la distinzione, riconducibile in definitiva alle regole del *Gewere*, tra spossessamento volontario e contro la volontà del possessore, con la conseguenza che la regola possesso vale titolo non può in alcun caso operare in materia di beni di provenienza furtiva (§ 935 BGB).

Anche sotto questo profilo le analogie con il diritto angloamericano sono indubbiamente notevoli; salve ancora le peculiarità del denaro (§ 935 II BGB).

Per quel che riguarda invece i beni immobili, in Germania, ai fini del

<sup>124</sup> § 929 BGB.

<sup>125</sup> BROX, *Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache*, in *JuS*, 1975, 1.

<sup>126</sup> NIEMEYER, *Eigentumserwerb am Geld durch Vermischung*, in *42 Z. für das gesamte Handelsrecht*, 1894, 25.

trasferimento, si richiede la redazione dell'atto di alienazione (*Auflassung*), e la sua registrazione nei registri fondiari (*Eintragung*).

L'effetto dell'*Auflassung* può senza dubbio essere confrontato con quello della *conveyance*.

In entrambi i casi la redazione vuoi dell'*Auflassung*, vuoi della *conveyance* è infatti essenziale ai fini del trasferimento della proprietà.

Per evitare ogni possibilità di equivoco occorre però segnalare che mentre la *conveyance* è un atto unilaterale che produce i suoi effetti anche in mancanza di accettazione da parte del beneficiario, l'*Auflassung* implica che le parti addivengano ad un nuovo accordo (*Einigung*).

L'*Einigung* è infatti un vero e proprio contratto, specificamente finalizzato a perfezionare il trasferimento, il quale è idoneo a produrre l'effetto traslativo anche in mancanza di una idonea causa sottostante giustificativa (*Abstraktionsprinzip*).

In Germania la causa non è infatti considerata un elemento essenziale di tutti i contratti (*Vertrag*).

A questo proposito si suole parlare di astrattezza dell'*Auflassung*, proprio per sottolineare la sua idoneità a produrre l'effetto traslativo pur in mancanza di una valida causa giustificativa (*Trennungsprinzip*).

L'*Abstraktionsprinzip* è una formulazione dovuta a Savigny

Secondo questo autore l'*Übergabe*, finalizzata all'adempimento del *Kaufvertrag*, non poteva considerarsi alla stregua di un mero atto esecutivo, ma conteneva un particolare contratto, il c.d. *dinglicher Vertrag*, finalizzato al trasferimento della proprietà.

Questa impostazione, la quale si discostava dal diritto comune ricollegando il trasferimento della proprietà al mero atto esecutivo (*modus*), a prescindere dall'esistenza di un valido titolo giustificativo (*titulus*), venne integralmente recepita nel BGB.

A favore del principio dell'astrazione si può considerare come esso si risolva in una forte tutela del traffico giuridico e dei terzi aventi causa, i quali saranno in ogni caso acquirenti a domino <sup>127</sup>.

In senso contrario si può invece considerare come la scissione del trasferimento della proprietà in due momenti sia in contrasto con il senso comune.

Ci si potrebbe inoltre domandare come mai l'ordinamento giuridico debba comunque attribuire la proprietà all'acquirente anche in mancanza di una valida causa per il trasferimento <sup>128</sup>.

<sup>127</sup> Un estimatore del sistema tedesco è stato senza dubbio Carnelutti, il quale sosteneva che la proprietà può trasmettersi solo in virtù di atti ulteriori: CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *RDCo*, 1915, I, 528.

<sup>128</sup> Cfr., DELIANA, *Alcuni chiarimenti sulle cause del negozio e dell'obbligazione*, in *RDC*, 1938, 11-5; 130-150; BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Studi Santoro Passarelli*, Napoli 1972, 293 ss.

In Germania dopo l'entrata in vigore del BGB si acuirono le critiche contro l'applicazione dell'*Abstraktionsprinzip* ai negozi di disposizione, ed in particolare a quelli di trasferimento di cose mobili.

In alcuni casi si è cercato di vanificare la consegna, sostituendola con un costituito possessorio.

In altri casi si è cercato di rendere causale il negozio di trasferimento subordinandone gli effetti alla validità del contratto di base.

1. *Fehleridentität*: in base a questa teoria il vizio che colpisce il contratto causale di base può pregiudicare anche la validità del *dinglicher Vertrag*.

Se per esempio il contratto di base è stato impugnato per dolo o violenza (§ 123 BGB), la giurisprudenza è concorde nell'affermare che il dolo o la violenza hanno sicuramente influito anche sul negozio di disposizione<sup>129</sup>; e così pure in caso di errore (§ 119 BGB)<sup>130</sup>, o di nullità per contrarietà al buon costume (§ 138 BGB).

2. *Geschäftseinheit*: in dottrina è sempre stato oggetto di discussione se *Kausalgeschäft* e *dinglicher Vertrag* potessero costituire una unità (*Einheit*) ai sensi del § 139 BGB, il quale disciplina i casi di nullità parziale.

In questa prospettiva si è detto che, se le parti hanno considerato il contratto di base ed il contratto esecutivo come un tutto unico, allora la nullità parziale potrà estendersi all'intero contratto.

3. *Bedingungszusammenhang*: la validità dell'accordo sul trasferimento della proprietà può essere fatta dipendere, ai sensi del § 158 BGB, dall'esistenza o meno di una determinata condizione, sia essa sospensiva o risolutiva.

In questo modo l'atto esecutivo può essere condizionato alla validità del contratto causale, con la conseguenza che in caso di invalidità l'atto traslativo non produrrà i suoi effetti e la proprietà resterà in capo all'alienante, il quale potrà così rivendicarla ai sensi del § 985 BGB.

Grazie a tutti questi accorgimenti in materia di vendita mobiliare è quindi stato possibile superare per lo meno in parte il principio dell'astrattezza, a favore viceversa di una rinascita del sistema del cumulo (*titulus + modus*) tipico del diritto comune.

Tutto questo può riflettersi anche sotto il profilo degli strumenti recuperatori.

Se infatti nonostante la consegna non vi è stato trasferimento della proprietà, ai fini del recupero sarà possibile agire in rivendica.

Nei restanti casi occorrerà invece accontentarsi dei rimedi restitutori previsti dal BGB.

<sup>129</sup> RGZ 70, 55, 57.

<sup>130</sup> RGZ 66, 385, 390.

Differente appare sotto questo profilo la situazione in Francia ed in Italia dove il differente regime previsto in materia di circolazione si riflette ampiamente sulla questione del recupero di quanto dato in esecuzione di un contratto nullo.

In Francia con la codificazione napoleonica si giunge per la prima volta nella storia giuridica continentale a proclamare che il trasferimento della proprietà si perfeziona fin dal momento della conclusione del contratto.

A ben vedere il codice non giunge ancora ad ammettere questo risultato in modo diretto, ma attraverso due passaggi: il contratto di compravendita continua formalmente ad essere soltanto fonte dell'obbligo di effettuare il trasferimento della proprietà del bene promesso (art. 1582); in base ad un'altra disposizione del codice, l'obbligazione di trasferire la proprietà è però di per se stessa idonea a rendere il creditore proprietario<sup>131</sup>.

Ecco quindi come il Codice Napoleone sia riuscito ad innovare in materia di trasferimento della proprietà, pur senza apparentemente discostarsi dalla tradizione del diritto comune che ai fini del trasferimento richiedeva due elementi, vale a dire il *titulus* ed il *modus*<sup>132</sup>.

Il *titulus*, e cioè il contratto, serviva a giustificare il trasferimento, ma non era idoneo a produrlo; il *modus* era invece idoneo a realizzare il trasferimento, ma non era idoneo a giustificarlo.

Il *Code Napoléon* per lo meno apparentemente sembra attenersi a questa tradizione, ma in realtà semplifica il sistema del diritto comune, eliminando il *modus*. Il *titulus* diventa di per se stesso sufficiente a realizzare il trasferimento della titolarità del bene.

Si tratta dunque di una semplificazione del diritto comune esattamente contraria a quella che si è verificata in Germania, dove il BGB, facendo proprio l'insegnamento di Savigny, ha eliminando il *titulus*, facendo così rivivere l'antica regola romana.

In Francia il momento del trasferimento della proprietà non coincide dunque più con quello dell'esecuzione materiale dell'accordo, ma viene anticipato al momento dello scambio dei consensi.

Ma se così stanno le cose pare evidente che se il contratto, ovvero l'atto che produce il trasferimento della proprietà, è nullo non potranno prodursi gli effetti in vista dei quali esso è stato concluso.

Se il contratto è nullo la proprietà non può sicuramente passare in base ad esso; resta però da chiarire quali possano essere gli effetti dell'esecuzione di un contratto nullo.

In altre parole, la *remise* per quel che riguarda i beni mobili, e le formalità per il trasferimento degli immobili che seguono alla conclusione del contratto sono idonee di per sé a trasferire la proprietà nonostante la nullità del rapporto sottostante?

<sup>131</sup> "Elle rend le céancier propriétaire" (art. 1138).

<sup>132</sup> SACCO, *Le transfert*, cit., 452.

Questo problema può senza dubbio apparire di facile soluzione; tolto infatti il caso del pagamento di una somma di denaro che dà sicuramente luogo a trasferimento della proprietà nonostante la nullità del rapporto sottostante<sup>133</sup>, in tutti gli altri casi sembrerebbe di dover concludere che l'atto solutorio non è idoneo a trasferire la proprietà.

E questo per due motivi. In primo luogo perché in base al sistema di circolazione dei beni accolto dal *Code* il trasferimento della proprietà viene chiaramente ricollegato alla conclusione di un valido contratto, con la conseguenza che in mancanza dei presupposti previsti dall'ordinamento a questi fini non può aversi trasferimento della proprietà.

Un secondo motivo che sembrerebbe far propendere per questa conclusione è che in base alla normativa sull'indebitito chi riceve un qualche cosa che non gli è dovuto è obbligato a restituirlo; quindi anche ammettendo che l'atto solutorio non dovuto sia di per sé idoneo a trasferire la proprietà del bene in questione, in base alla normativa dell'indebitito si avrebbe un immediato ritrasferimento della titolarità in capo al *solvens* in applicazione del noto principio secondo il quale l'obbligazione di dare "*rend le créancier propriétaire*".

Gli autori francesi, salvo il caso del denaro, non chiariscono se l'atto traslativo non dovuto trasferisca o meno la proprietà.

La questione è però stata affrontata da alcuni autori italiani secondo i quali anche in Francia il pagamento dell'indebitito condurrebbe molto spesso al trasferimento della proprietà<sup>134</sup>.

Questo in particolare si verificherebbe nei casi di mancanza di errore, dono manuale, e obbligazioni naturali.

Nei casi di questo genere la *soluti retentio* starebbe a dimostrare che il pagamento dell'indebitito ha trasferito non solo il possesso ma anche la proprietà.

Ecco quindi come per lo meno in questi tre casi il diritto francese avrebbe conservato l'istituto della *traditio* astratta. Se a questo si aggiunge che queste tre ipotesi, se intese nella loro massima estensione, coprono tendenzialmente l'intero arco delle consegne di beni mobili, si dovrebbe concludere che anche in Francia la *solutio indebiti* conduce normalmente al trasferimento della proprietà.

Si consideri tuttavia che in Francia la questione del recupero di quando dato in esecuzione di un contratto nullo viene inquadrata nell'ambito dell'*action en nullité*, la quale prescinde dalla prova dell'errore del *solvens*<sup>135</sup>.

Il legislatore italiano, già nel 1865, e poi nuovamente nel 1942 ha disci-

<sup>133</sup> Cfr., NEGRI, *op. cit.*, 105.

<sup>134</sup> SACCO, *Une cryptotype en droit français, la remise abstraite?*, in *Studi Rodière*, Paris 1981; NEGRI, *op. cit.*, 263.

<sup>135</sup> Cap. VIII, § 4.

plinato il trasferimento della proprietà seguendo l'esempio francese; ai fini del trasferimento della titolarità di un bene è sufficiente la conclusione di un valido contratto.

Alle parti è però ovviamente consentito modificare il regime legale integrando il principio consensualistico con altri requisiti, come per esempio il pagamento del prezzo (art. 1523 c.c.).

A questi fini è sufficiente subordinare il trasferimento della titolarità del bene alla condizione che il corrispettivo venga integralmente devoluto. Nel caso in cui il pagamento del prezzo venga dedotto in condizione, il trasferimento della proprietà si perfezionerà solo nel momento in cui avrà luogo l'integrale devoluzione del corrispettivo <sup>136</sup>.

Secondo la giurisprudenza italiana chi adempie un contratto nullo non perde la proprietà del bene, con la conseguenza di poterlo recuperare, vuoi con la *condictio*, vuoi con la stessa azione di rivendica ogniqualvolta se ne prospetti l'utilità.

La questione circa l'astrattezza o meno dei modi di trasferimento della proprietà assume rilevanza anche in ordine agli acquisti dei terzi aventi causa.

Se infatti la *solutio indebiti* è idonea di per sé a trasferire la proprietà, non vi sono dubbi che anche gli eventuali terzi che abbiano acquistato a titolo derivativo il bene dall'*accipiens indebiti* ne acquistano la proprietà. L'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà si riflette dunque in una forte tutela dei terzi aventi causa. La Germania ed i paesi di *common law* sono sicuramente i paesi in cui le ragioni dei terzi acquirenti sono maggiormente tutelate.

A ben vedere, la situazione non è però molto differente neppure in Italia ed in Francia; per lo meno in materia di beni mobili, grazie all'operare della regola possesso vale titolo (art. 1153 c.c.; art. 2297 C. Nap.), i terzi acquirenti diventeranno proprietari del bene nonostante la mancanza del titolo in capo al loro dante causa.

---

<sup>136</sup> Cass., 24 giugno 1993, n. 7007, *GI*, 1995, I, c. 329; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela, L'adempimento dedotto in condizione*, Milano 1996; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova 1996.