

già locatogli, sia nell'ipotesi di discrepanza tra corrispettivo versato e quello registrato; sia per il caso di nullità prevista dal comma 4, vale a dire per il superamento dei limiti concordati dalle associazioni di categoria, i vantaggi economici e normativi che aumentino il canone locativo. Il legislatore del '98, inoltre, prevedendo che in caso di mancato rispetto del requisito della forma scritta sia possibile ricondurre il rapporto ad un 'valido' contratto alternativo, per quanto concerne il solo canone, e disponendo l'obbligo del locatore di restituire tutto quanto percepito in più rispetto a quanto concordato per alloggio identico da associazioni di categoria, ha previsto una 'sorta di sanatoria' sui *generis*¹⁹⁴.

In via conclusiva, può affermarsi che, analogamente a quanto verificatosi in Germania, anche la restaurazione del ruolo dell'autonomia privata non è stata, in Italia, assoluta, poiché ai fini di realizzare le esigenze di tutela delle posizioni contrattuali, il sistema introdotto dalla legge, che deve fondarsi sull'autonomia privata, risulta, invece, caratterizzato da una certa ambiguità ed ambivalenza. Pur restituendo il contratto libero alla libera determinazione delle parti, seppur con limiti di forma, che dovrebbe essere scritta, e di durata, si incentivano le parti a concludere contratti alternativi, in cui l'autonomia privata è mediata dalla convenzione nazionale. L'autonomia privata ne esce, quindi, vistosamente limitata, e, soprattutto, tenendo conto della sanzione di nullità che colpisce patiti in deroga ex art. 13¹⁹⁵.

Eppure, e qui può ravvisarsi un punto di incontro tra i due ordinamenti, positivamente valutabile nella finalità, la ragione per la quale le leggi di riforma italiana e tedesca non hanno realizzato in pieno l'intento di valorizzare il ruolo dell'autonomia privata e non sono pervenute del tutto ad un equilibrio bilanciamento dei contrapposti interessi dei locatori e locatari è ravvisabile nell'intento primario fatto proprio dal legislatore di apprestare idonea tutela al locatario, soggetto contraente debole, titolare di un diritto all'abitazione costituzionalmente garantito, in entrambi gli ordinamenti!

GIOVANNA D'ALFONSO

¹⁹⁴ Sulla portata di tale norma, che introduce una nuova forma di nullità, c.d. "speciale", si veda, *Legge 9 dicembre 1998, n. 431, Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo*, Commentario a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2002, pp. 609, 617, 618.

¹⁹⁵ Cfr. BENEDETTI, *Nuova disciplina delle locazioni e autonomia privata. Appunti per una relazione*, in *Rass. loc. e cond.*, 1999, p. 350.

Il principio consensualistico e l'Abstraktionsprinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di *Restatement* del diritto privato europeo

SOMMARIO: 1. L'opposizione tra principio consensualistico e *Abstraktionsprinzip*. - 2. Il principio consensualistico trascura gli interessi dei terzi. - 3. Il principio dell'apparenza giuridica come rimedio agli inconvenienti del principio consensualistico. - 4. Il principio dell'apparenza giuridica e la pubblicità legale. - 5. Il caso del trasferimento della proprietà immobiliare in Italia, Francia e Germania: soluzioni divergenti. - 6. Il caso della pubblicità delle imprese commerciali in Italia, Francia e Germania: soluzioni operazionali convergenti. - 7. I progetti di *Restatement* del diritto europeo dei contratti non risolvono il conflitto tra il principio consensualistico e l'*Abstraktionsprinzip*: l'Europa è pronta a codificare?

1. Da più parti si auspica l'armonizzazione del diritto privato europeo e tale auspicio fa moltiplicare gli studi volti a raccogliere e a catalogare i valori, le regole, i concetti comuni ai diversi sistemi giuridici al fine di arrivare all'individuazione di un nucleo di principi di valenza sovra-nazionale¹. È noto, tuttavia, che esistono in Europa principi giu-

¹ Nel 1989 e nel 1994 il Parlamento europeo ha espresso l'auspicio che si costituisca una classe a lavorare sulla possibilità di redigere un Codice comune europeo di diritto privato (GU C 158 del 26 giugno 1989, p. 400, Ris. A2-157/89 e GU C 205 del 25 luglio 1994, p. 518, Ris. A3-0329/94). La Commissione europea, con la comunicazione dell'11 luglio 2001, interroga gli Stati membri, gli accademici e i pratici sulle modalità e sulle tecniche di redazione di un codice europeo dei contratti. Alla comunicazione ha fatto eco la risoluzione del Parlamento Europeo del 15 novembre 2001. A tali sollecitazioni delle istituzioni hanno risposto i lavori della dottrina europea, in particolare: O. LANDO e H. BEALE, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000; il progetto elaborato dall'Accademia dei giuristi europei, coordinata da G. Gandolfi, *Code européen des contrats*, Università di Pavia, 2001; il *Common Core of European Private Law*, organizzato all'Università di Trento da U. Mattei e M. Bussani; il gruppo di studio per un codice civile europeo coordinato da C. von Bar. Da ultimo si veda, per una ricognizione critica di ampio respiro: P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fa persona e mercato*, Napoli, 2003.

ridici tra loro inconciliabili. In questi casi occorre valutare fino a che punto l'inconciliabilità delle scelte di principio produce dei risultati divergenti sul piano operativo, in quali settori ciò avviene e quali sono le conseguenze.

Uno degli esempi più significativi è costituito dal contrasto esistente tra il principio consensualistico e l'*Abstraktionsprinzip*.

In forza del principio consensualistico, come è noto, al fine di trasferire la proprietà di una cosa determinata o di un diritto di credito, ovvero di costituire o trasferire un altro diritto, è sufficiente il solo consenso delle parti, e non è necessario il compimento dell'atto materiale di trasferimento (consegna, o trascrizione nei pubblici registri, o notificazione). Il principio consensualistico fa la sua prima apparizione in veste ufficiale in Europa con la promulgazione del Code Napoléon. Nell'epoca precedente, il sistema giuridico francese conosceva la distinzione tra *titulus* e *modus adquirendi* e subordinava il trasferimento della proprietà al compimento del *modus*, ovvero alla consegna del bene o alla trascrizione nei pubblici registri². La decisione del codificatore di abbandonare quella tradizione trovava le sue origini nel pensiero filosofico del giusnaturalismo, ovvero nell'idea che ogni individuo, quale sovrano assoluto della propria sfera giuridica, può disporre dei propri diritti e modificare la realtà giuridica per effetto esclusivo della propria volontà³.

² Covello riporta come nel nord della Francia, ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare, si era diffuso il sistema del *nantissement*, cerimonia formale che consisteva nell'immissione in possesso operata dall'autorità giudiziaria. Al fine di addivenire al compimento di queste forme solenni era necessario che i contraenti esibissero il titolo della trasmissione, che non poteva essere se non un atto pubblico o un atto privato riconosciuto in giudizio. Il processo verbale delle varie operazioni veniva poi inserito nei registri della cancelleria della corte feudale, a pena di nullità. Tali registri erano pubblici. Ciò che rileva è che fino a quando il *nantissement* non fosse stato compiuto l'acquirente aveva un semplice diritto personale contro l'allevante, il quale continuava ad essere proprietario. In Bretagna era invalsa una formalità sostanzialmente analoga al *nantissement*, chiamata *appropriance* (N. COVELLO, *Della trascrizione*, I, in *Dir. civ. it. Fiore e Brugi*, Napoli-Torino, 1924, n. 28, p. 40 ss.; R. MICHAELS, *Schutzordnung durch Kaufvertrag - Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem im Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlin, 2002, p. 143 ss.).

³ Secondo J. Gordley l'idea che la volontà del singolo sia idonea a creare un vincolo giuridico nasce con gli autori della seconda scolastica, i quali riligono i testi di diritto romano alla luce del pensiero aristotelico e della teoria tomistica sul libero arbitrio (J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, p. 82 ss.). Sviluppando questa idea della volontà come fonte di trasformazione

Come è stato osservato, il passaggio da un sistema giuridico in cui il trasferimento di proprietà avviene per effetto del consenso seguito dalla consegna a un sistema giuridico in cui il trasferimento di proprietà avviene per effetto del solo consenso, è stato, per così dire, attuato dalla diffusione in epoca precedente alla codificazione del costituito possessorio, il quale non è altro che una consegna puramente virtuale⁴. Il principio consensualistico adottato dal Code Napoléon è stato successivamente introdotto in quei sistemi giuridici che a quel codice si sono ispirati, come il sistema giuridico italiano⁵.

Viceversa, un secolo dopo la promulgazione del code Napoléon, il legislatore tedesco adotta l'*Abstraktionsprinzip* come principio generale del BGB. In forza dell'*Abstraktionsprinzip* il negozio traslativo di un diritto si compone di due fasi: l'accordo consensuale tra le parti, che ha meri effetti obbligatori, e l'atto materiale di esecuzione (consegna o iscrizione nei pubblici registri), che provoca il trasferimento del diritto in oggetto⁶. La rilevanza del principio sta nel fatto che esso separa e, soprattutto, rende autonome le due fasi, di modo che se l'accordo consensuale è invalido per qualche motivo, il successivo compimento dell'atto materiale conduce comunque al trasferimento del diritto a tutti gli effetti. Alle parti è fatta salva la possibilità di richiedere la correzione del dato pubblicato errato (in quanto fondato su un contratto consensuale invalido), ma con effetto solo dal momento in cui la richiesta viene accolta, e quindi senza pregiudizio di quei terzi che, in buona fede, abbiano nel frattempo fatto affidamento sull'avvenuto trasferimento del diritto.

In altre parole, l'*Abstraktionsprinzip* serve a tenere distinto il rapporto interno esistente tra le parti (disciplinato secondo le regole del

della realtà giuridica, Grozio e Pufendorf costruiscono una teoria del contratto fondata sul consenso (H. GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus Jus naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur cum annotatis auctoris ex postrema eius ante obitum cura*, Amstelaedami, 1702, p. 253 s.; S. PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium Libri octo*, tomo I, Francoforte e Lipsia, 1759, p. 357 s.). Sul tema si veda anche: A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000.

⁴ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. di dir. civ.*, Sacco, Torino, 1993, p. 720.

⁵ Il principio è sancito all'art. 1134 c.c. francese e all'art. 1376 c.c. italiano.

⁶ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Berlin, 1840, p. 312 e *Ibidem*, *des Privatrechts*, Bd. I, Tübingen, 1971, p. 216.

consenso) dal rapporto esterno con i terzi di buona fede (improntato alla tutela dell'affidamento). Ciò significa che in diritto tedesco l'effetto reale consegue solo al compimento dell'atto formale di esecuzione, il quale è visibile dall'esterno, è preventivamente indicato dal legislatore ed ha un'efficacia autonoma rispetto all'accordo consensuale sottostante⁷.

2. Se il problema sostanziale fosse solo quello di regolare il momento del passaggio del diritto tra le parti, allora il conflitto tra i due principi giuridici sarebbe questione di ben poco conto: si potrebbe lasciare libere le parti di dosare come meglio credono gli effetti giuridici che discendono da ogni singolo atto della loro fattispecie contrattuale, senza che occorra l'intervento del legislatore.

Il punto è che il meccanismo di attribuzione della titolarità di un diritto è una faccenda che non riguarda solo le parti, ma anche i terzi; in particolare quei terzi che, in qualità di potenziali acquirenti, hanno bisogno di sapere a quale soggetto devono rivolgersi per poter acquistare validamente il diritto in questione⁸. In mancanza di segnali affidabili, il

⁷ Pertanto, quando alcuni studi di diritto comparato, occupandosi della questione del conflitto tra volontà e dichiarazione, affermano che, malgrado le diversità della "infrastruttura teorica" del BGB e del Code Napoléon (diversità impiantata in larga misura al diverso periodo storico di redazione dei due codici), i due sistemi giuridici hanno adottato posizioni sostanzialmente omologhe, giacché entrambi accordano la medesima rilevanza all'elemento interno della volontà, si dovrebbe aggiungere che se anche è vero che viene attribuito ugual peso all'elemento della volontà ai fini della formazione del consenso in Germania, in Francia e in Italia, ben diversi sono gli effetti giuridici che il consenso è in grado di produrre in Germania, in Francia e in Italia: a dispetto dell'omonimia, esso non dà luogo al medesimo risultato (si veda in particolare: A. KRG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961). Pertanto, se in Germania esiste un principio consensualistico caratterizzato da un aspetto più "intimista", come rilevato da Somma (A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, cit.), ciò si spiega proprio perché esso viene applicato solo al rapporto obbligatorio, ovvero al rapporto interno, mentre non è idoneo a produrre effetto nei confronti dei terzi.

⁸ Il problema si pone non solo per i diritti reali, ma per ogni situazione di titolarità. Nel caso dei diritti reali la questione è più complessa perché investe inevitabilmente anche il sistema pubblicitario, il quale è necessario perché nel caso dei beni immobili e dei mobili registrati non si tratta solo di informare i terzi potenziali acquirenti riguardo alla titolarità del bene (altrimenti sarebbe sufficiente munire il proprietario di un documento che attesti la sua titolarità e che egli può esibire quando decide di far circolare il diritto); il sistema pubblicitario dei diritti reali è necessario in primo luogo per rendere opponibili ai terzi i vincoli gravanti sulla proprietà, in secondo luogo per

terzo sarebbe costretto ad affrontare i costi per la ricerca del legittimo titolare (o i costi necessari ad assicurarsi contro il rischio di aver contratto con la persona sbagliata) e l'ammontare di tali costi potrebbe arrivare a superare il vantaggio atteso dall'acquisizione di quel diritto, disincentivando del tutto l'acquisto, con grave pregiudizio per i traffici giuridici in generale. Per questo motivo il meccanismo di attribuzione della titolarità prescelto da ogni ordinamento giuridico deve preoccuparsi anche di fornire degli indici di tale titolarità che siano affidabili e, in quanto tali, univoci⁹.

Non è un caso, dunque, se l'adozione del principio consensualistico piuttosto che dell'*Abstraktionsprinzip*, quali strumenti che regolano il trasferimento della titolarità da un soggetto ad un altro, provoca delle conseguenze che si riversano in primo luogo sull'efficacia degli strumenti pubblicitari predisposti dal legislatore al fine di informare i terzi sulle intervenute modifiche degli assetti privati.

L'*Abstraktionsprinzip*, come si è detto, tenendo l'adempimento pubblicitario separato ed autonomo dal rapporto consensuale, fa sì che esso faccia pubblica fede: in questo modo si proteggono gli acquisti dei terzi che in buona fede si sono affidati alle risultanze del pubblico registro, anche se queste sono per qualche ragione errate (§§ 892, 893 BGB). Pertanto, il sistema tedesco protegge l'affidamento dei terzi anche a scapito degli interessi di colui che in forza del principio consensualistico sarebbe il legittimo titolare (ad esempio colui che figura come alienante in un contratto di compravendita trascritto, ma affetto da nullità).

Viceversa, quando si afferma che gli effetti negoziali discendono direttamente dal consenso, gli adempimenti pubblicitari che seguono sono svuotati di ogni utilità: a cosa vale dire che la pubblicità ha la funzione di rendere informati i terzi riguardo all'intervenuta modifica di un certo assetto di interessi, se poi i terzi, che hanno stipulato un acquisto facendo affidamento su quella informazione, corrono il rischio di essere evitati dal soggetto che si presenta come legittimo proprietario del bene facendo valere un vizio del rapporto consensuale che è stato trascritto? Poco importa, poi, che la pubblicità abbia effetto costitutivo

rendere possibile ai terzi l'individuazione a basso costo del proprietario di un bene, ovvero del soggetto su cui grava una responsabilità oggettiva per i danni arrecati dal bene stesso (U. MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. civ.* Sacco, Torino, 2001, p. 340).

⁹ M. BACHARACH e D. GAMBETTA, *Trust in signs*, 1997, www.sociology.ox.ac.uk.

piuttosto che dichiarativo perché, anche nel primo caso, il fatto che l'adempimento pubblicitario sia un elemento essenziale della fattispecie non vale comunque ad attribuirgli pubblica fede, dal momento che senza gli altri elementi (il consenso e la causa) esso non è idoneo a produrre alcun effetto giuridico¹⁰. Il punto è che le risultanze dei pubblici registri non possono valere a sanare gli eventuali vizi del rapporto causale sottostante senza contraddire il principio consensualistico¹¹. Quindi, fintanto che la pubblicità non può far salvi gli acquisti dei terzi, non è idonea a fornire delle informazioni affidabili¹². Essa, semplicemente, impone ai terzi l'onere di controllare i dati pubblicati, impedendo loro di invocare un diverso sistema informativo, costituito, ad esempio, da una situazione di fatto difforme dal dato pubblicitario¹³. Non stupisce,

¹⁰ L'ordinamento giuridico italiano conosce la pubblicità costitutiva soprattutto in materia di diritti reali di garanzia. Il fatto che nei casi dei diritti reali di garanzia la pubblicità sia costitutiva, e non meramente dichiarativa come nei casi di costituzione degli altri diritti reali, si spiega con la particolare funzione assoluta dai diritti in questione: il diritto di pegno e il diritto di ipoteca a ben guardare, esplicitano i loro effetti non tanto contro il debitore (il cui patrimonio è comunque soggetto alla garanzia generica dei debitori ex art. 2740 c.c.), bensì contro gli altri creditori e contro gli acquirenti del bene oggetto della garanzia. Questi soggetti terzi rispetto al negozio costitutivo della garanzia, infatti, subiscono il diritto di prelazione e il diritto di seguito nei quali si estrinseca la funzione essenziale dell'ipoteca e del pegno. Per questo motivo, ritengono, il diritto di pegno e il diritto di ipoteca non possono sorgere se i terzi non sono informati riguardo alla loro esistenza.

¹¹ Come è noto, ai sensi dell'art. 2652, n. 6, se l'accordo consensuale che è stato trascritto è nullo o annullabile per incapacità legale, il terzo che acquista affidandosi ai dati trascritti non è protetto (a meno che l'azione di nullità o di annullamento non venga proposta dopo cinque anni dalla trascrizione e sempre che il terzo dimostri la sua buona fede ed abbia trascritto il suo acquisto prima della domanda di nullità o di annullamento). Se, invece, l'accordo consensuale è annullabile per qualche altra ragione, allora il terzo può tentare di salvare il proprio acquisto qualora esso sia a titolo oneroso, sia stato trascritto prima della domanda di annullamento e qualora possa dimostrare la propria buona fede. In quest'ultima ipotesi, le differenze tra i sistemi giuridici si assottigliano (il favore di ciascun ordinamento per l'uno o per l'altro dei soggetti coinvolti si traduce semplicemente nell'inversione dell'onere probatorio della buona fede).

¹² Si veda, ad esempio: Cass., 9 dicembre 1999, n. 13749, in *Mass. Giur. civ.*, 1999 («Le risultanze dei registri immobiliari non costituiscono prova certa dell'appartenenza di un bene a chi ne è l'interstatario essendo finalizzate solo all'opponibilità ai terzi dei trasferimenti ivi annotati»).

¹³ Al seguito dell'attenzione prestata dalla dottrina italiana di inizio '900 al sistema giuridico tedesco, furono in molti a lamentare i difetti del sistema della trascrizione importato dalla Francia con il codice del 1865 e a caldeggiare l'adozione dei libri

dunque, se sia in Italia che in Francia le sole ipotesi in cui la pubblicità svolge una funzione effettiva sono quelle in cui il legislatore ha deciso di derogare al principio consensualistico, come nel caso della doppia alienazione immobiliare (in Italia art. 2644 c.c., in Francia art. 3 l. 23 marzo 1855)¹⁴: a fronte di un sistema pubblicitario che è privo di una funzione effettiva, la norma sulla doppia alienazione costituisce l'incentivo posto a carico delle parti al fine di indurle a realizzare gli adempimenti pubblicitari che la legge ha previsto nell'interesse dei terzi: tale norma, infatti, istituisce sostanzialmente una sanzione a carico del soggetto che ha trascurato di trascrivere tempestivamente il proprio acquisto.

fondari tedeschi dotati di pubblica fede. Ciò che emerge dalla lettura della Relazione al progetto di codice civile è che si preferì non modificare il sistema pubblicitario in primo luogo perché la riforma dei libri immobiliari avrebbe comportato dei costi giudicati eccessivi dal governo e, in secondo luogo, perché essa avrebbe implicato l'intervento dello Stato nei rapporti di proprietà fondiaria (all'epoca particolarmente tesi), sollevando la questione contadina (F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1939, p. 88 ss.).

¹⁴ La dottrina franco-italiana ha invano tentato di far conciliare l'inconciliabile, al fine di dimostrare che l'art. 2644 c.c. non contraddice il principio consensualistico. Taluni hanno sostenuto che il primo acquirente acquisterebbe un diritto di proprietà avente effetto solo tra le parti perché in difetto della trascrizione esso non è opponibile ai terzi (F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, XXIX, Milano, 1901, n. 157 ss.). Ma una proprietà relativa, esistente di fronte all'alienante, ma inesistente di fronte ai terzi, non è altro che una contraddizione in termini, «proprietà relativa per chi abbia una elementare nozione della differenza tra diritti reali e diritti di credito, è un modo come chi dicesse: circolo quadrato; una proprietà, insomma, che non è una proprietà» (F. CARNEVALI, *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 450 s.). Il Covello afferma che la trascrizione è il mezzo di conservazione di un diritto già acquisito (N. COVELLO, *Della trascrizione*, cit., p. 345 ss.), ma se tale diritto già acquisito può venir meno in mancanza della trascrizione allora quest'ultima non è altro che il modo di acquisto del diritto, mentre il concetto di conservazione è privo di significato. Il Ferri tenta di fornire una spiegazione richiamando il diritto processuale (L. FERRI, *Della trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.*, Scialoja e Branca, 1955, p. 15 ss.). Egli sostiene che le norme sulla trascrizione in realtà hanno la funzione di predisporre le prove sulle quali deve fondarsi la decisione del giudice, cosicché se pure sul piano sostanziale *Secondo* ha acquistato la proprietà, sul piano processuale egli soccombe perché non dispone della prova idonea a dimostrare il suo diritto di proprietà. Ma anche questa ricostruzione non supera il vaglio della critica perché se con essa si intende che la trascrizione costituisce una presunzione semplice, allora può essere sempre vinta da un giuramento o da una confessione; se invece si intende che essa costituisce una presunzione assoluta, allora si trascura il fatto che le presunzioni assolute non hanno un valore processuale, ma sostanziale e dunque si ritorna al punto di partenza.

3. Siccome il principio consensualistico fa dipendere la realtà da elementi interni, non verificabili dai terzi, e, conseguentemente, priva di rilevanza gli elementi esterni, ecco che sorge inevitabilmente il rischio che si venga a creare una dissociazione tra realtà giuridica e realtà apparente. È ovvio che là dove, come in Germania, la realtà giuridica è fatta coincidere con l'esteriorizzazione, il problema non si pone¹⁵.

In alcuni casi, come si è già anticipato, è lo stesso legislatore che ha posto delle deroghe al principio consensualistico, come nel caso della fattispecie della doppia alienazione immobiliare (art. 2644 c.c.), oppure nel caso della norma che sancisce la validità del pignoramento compiuto dal creditore sul bene alienato quando l'alienazione non è ancora stata trascritta (art. 2914 c.c.). Si tratta, tuttavia, di singole disposizioni normative, relegate al ruolo di eccezione, idonee a manifestare un disagio e a rivelare la stratificazione di norme che si è creata col tempo rispondendo alle esigenze che di volta in volta si son fatte sentire, secondo meccanismi che sfuggono ad ogni volontà di programmazione e ad ogni pretesa di coerenza sistemologica. Esse, in altre parole, non sono idonee a risolvere il problema una volta per tutte.

Soprattutto, occorre notare che tali disposizioni si preoccupano di disciplinare solo quel momento di passaggio che va dal perfezionamento del *titulus* alla realizzazione del *modus*¹⁶, mentre è trascurato il mo-

¹⁵ Antonio Gambaro scrive: «è difficile convincersi che l'introduzione del principio consensualistico sia stata una soluzione geniale» (A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.*, Iudica e Zatti, Milano, 1990, p. 318).

¹⁶ Per tale fase negoziale, come ha rilevato Rodolfo Sacco, i sistemi giuridici considerati arrivano a soluzioni pressoché coincidenti (R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 340 ss.). Non a caso, il momento "di passaggio" tra *titulus* e *modus*, crea dei problemi di concettualizzazione anche agli studiosi tedeschi. I tribunali germanici, infatti, non solo reprimono il comportamento del terzo che scientemente frustra la speranza di acquisto del promissario di dare attraverso l'azione di dolo generale (§ 826 BGB), ma, ciò che è più importante, ai sensi del § 249 BGB concedono il risarcimento del danno in natura e, conseguentemente, la condanna del terzo a trasferire la proprietà della cosa al promissario di dare. La giurisprudenza italiana, invece, non concede il risarcimento dei danni in natura al primo acquirente pregiudicato dall'acquisto di un terzo in dolo o in colpa. In buona sostanza avviene che dopo il perfezionamento dell'accordo consensuale e prima dell'atto materiale di trasferimento, nel sistema italiano il venditore non può proprietario può vendere validamente ad un terzo (purché trascurava per primo), mentre nel sistema tedesco il venditore ancora proprietario non può vendere al terzo di mala fede. Paradossalmente, quindi, il venditore non può proprietario ha

mento successivo, quello in cui *titulus* e *modus* coesistono, ma non necessariamente esprimono il medesimo risultato.

In mancanza di una soluzione legislativa al problema, è intervenuta la giurisprudenza francese (successivamente presa ad esempio da quella italiana) a dotare il sistema giuridico di uno strumento che serve a bilanciare gli inconvenienti prodotti dal principio consensualistico, ossia che serve a correggere i casi in cui si viene a creare una dissociazione tra realtà giuridica e realtà apparente: tale strumento è il principio dell'apparenza giuridica¹⁷. In forza del principio dell'apparenza giuridica vengono fatti salvi gli acquisti stipulati a titolo oneroso dal terzo, che in buona fede ha perfezionato l'accordo con il titolare apparente invece che con il titolare legittimo. Ciò significa dare rilevanza giuridica ad una situazione di legittimazione apparente attribuendole gli stessi effetti della legittimazione reale e far conseguentemente ricadere la responsabilità per la situazione che ha tratto in inganno il terzo di buona fede sul titolare legittimo, vuoi a titolo di colpa, vuoi, in certi casi, secondo i meccanismi della responsabilità oggettiva. La situazione di legittimazione apparente può essere costituita sia da un atto iterativo che falsamente attesta l'esistenza di una certa realtà giuridica (ad esempio la pubblicazione di un atto nullo), sia da una qualunque situazione di fatto esteriorizzata, sebbene non voluta¹⁸.

più poteri del venditore che è ancora considerato proprietario, giacché il primo può validamente trasferire il diritto in questione anche al terzo di mala fede (a condizione che questi trascurava per primo il suo acquisto). In diritto francese, invece, poiché la giurisprudenza accorda al primo acquirente il risarcimento in natura, si arriva ad una soluzione analoga a quella tedesca. Per un tentativo di ricostruzione dogmatica della questione in diritto tedesco si veda: R. MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, cit.

¹⁷ Per un approfondimento sul tema ci sia consentito rinviare a: E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Trento, 2002.

¹⁸ Occorre, tuttavia, non confondere il concetto di apparenza giuridica con i rapporti giuridici di fatto, così come fa osservare Rodolfo Sacco: «(Il) conflitto tra esteriorità e fatti non apparenti non va confuso con un ulceroso conflitto, tra i fatti che danno luogo ad una circolazione dei diritti in quanto dotati dei requisiti arbitrariamente prefissati dalla norma, e i fatti che danno luogo ad una pacifica circolazione dell'esercizio dei poteri corrispondenti al diritto, in quanto sussiste il consenso del disponente. [...] Esso non riguarda già i rapporti fra l'interessato alla sicurezza statica e l'interessato alla sicurezza dinamica (e, cioè, tra soggetti terzi), ma riguarda i rapporti tra due soggetti, partecipi dello stesso atto» (R. SACCO, *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 359).

Là dove il principio dell'apparenza giuridica trova applicazione si azzerrano le differenze di impostazione tra il sistema giuridico franco-italiano da un lato e quello tedesco dall'altro¹⁹.

Il principio dell'apparenza giuridica viene applicato in Italia (al di là delle ipotesi espressamente codificate dell'erede apparente e del pagamento effettuato nelle mani del creditore apparente²⁰) in materia di rappresentanza apparente e in materia di società apparente. Non occorre il suo intervento nel campo del trasferimento di proprietà dei beni mobili (essendo già disciplinata dalla regola "possesso vale titolo"²¹), mentre viene rigidamente escluso dal campo dei diritti reali su beni immobili. Ciò significa che in questo settore la divergenza tra il sistema giuridico italiano e quello tedesco rimane inconciliabile.

4. L'esclusione del principio dell'apparenza dal campo dei diritti reali immobiliari viene spiegata dalla dottrina e dalla giurisprudenza adducendo quale motivo l'esistenza della pubblicità legale. Si fa osservare, infatti, che siccome la pubblicità e l'apparenza svolgono astrattamente la medesima funzione di informare i terzi, ma con effetti operazionali diversi, applicare il principio dell'apparenza là dove il legislatore ha

¹⁹ Le differenze di impostazione emergono solo là dove, in mancanza di prove dirette, si fanno scattare gli automatismi delle presunzioni legislative: in Germania può capitare che un soggetto in mala fede benefici degli errori dell'apparato pubblicitario avvalendosi della presunzione di buona fede accordata a chi asserisce di essersi affidato all'esteriorizzazione di una situazione giuridica; in Francia e in Italia, viceversa, può accadere che un soggetto in buona fede non possa avvalersi della protezione offerta dal principio dell'apparenza giuridica perché non è stato in grado di provare la propria buona fede.
²⁰ Rispettivamente artt. 534 e 1189 c.c.

²¹ Alcuni Autori smentiscono il collegamento tra la regola "possesso vale titolo" e il principio dell'apparenza giuridica, asserendo che la regola è operativa in virtù del solo possesso dell'acquirente, mentre non rileva il possesso dell'alienante (G. STORATI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934, p. 24; L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, p. 139 ss.; A. FAUZZA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 687 ss.). Tale opinione è criticata da chi, ricordando l'origine germanica dell'istituto, definisce "antistorica" la distinzione tra possesso dell'alienante e possesso dell'acquirente. Infatti, nel sistema tedesco l'investitura del diritto di proprietà avviene con la consegna, ovvero con il trasferimento dell'elemento materiale del possesso dall'alienante all'acquirente (R. SACCO e R. CATTARINI, *Il possesso*, Milano, 2000, p. 478, n. 4). Se, dunque, la storia della regola rivela che essa presuppone anche il possesso dell'alienante, in quanto atto materiale esterno al quale il terzo si affida per dedurre la titolarità del suo interlocutore, ecco che appaiono chiare le affinità tra la regola in questione e il principio dell'apparenza giuridica.

previsto l'esistenza di strumenti pubblicitari significa attribuire a questi strumenti un'efficacia diversa da quella voluta dal legislatore, ossia significa sovvertire le scelte legislative²². Questo avviene sia nel caso in cui si intende proteggere con il principio dell'apparenza giuridica il terzo che in buona fede si è affidato al dato pubblicato errato, sia nel caso in cui si voglia dare rilevanza giuridica ad una situazione apparente difforme dal dato pubblicitario²³.

Eppure, a ben guardare le cose, questa spiegazione non è del tutto convincente dal momento che l'esistenza della pubblicità legale non ha impedito l'ingresso del principio dell'apparenza giuridica in un altro settore del diritto, quello della rappresentanza delle imprese commerciali (si pensi in particolare al caso del rappresentante apparente di una società commerciale, che ha provveduto a pubblicare i dati relativi alla sua rappresentanza legale²⁴). Ciò significa che in alcuni settori del diri-

²² Tale rapporto di sussidiarietà del principio dell'apparenza rispetto agli strumenti pubblicitari veniva evidenziato fin dai primi scritti sul tema, pubblicati da Mariano D'Amelio, in qualità di Primo Presidente della Corte di Cassazione appena unificata, nonché autore delle sentenze che introdussero in Italia il principio dell'apparenza giuridica seguendo l'esempio del giudice francese. Scriveva D'Amelio: «La pubblicità nei negozi giuridici è la divulgazione del rapporto che, dall'intimità gelosa e talvolta misteriosa, in cui le parti l'hanno posto, essa trae e fa palese a tutti coloro che possono avere interesse a conoscerlo. Questa divulgazione giova alla sincerità dell'atto, ma soprattutto serve alla attività giuridica dei terzi. I terzi non hanno altro modo di conoscere la condizione giuridica di coloro con cui contrattano, e che è pure loro dovere di conoscere, né i diritti di altri sull'oggetto della loro contrattazione, se non mediante i sistemi di pubblicità. In difetto di una forma di pubblicità, quella che conta e l'apparenza del diritto» (M. D'AMELIO, *La pubblicità nei negozi giuridici*, in *Mon. Trib.*, 1934, p. 297).

²³ Non si tiene conto del caso delle spese condominiali addossate al proprietario apparente perché esso non rientra propriamente nell'ambito del principio dell'apparenza giuridica (Cass., 14 febbraio 1981, n. 907, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 3000; Cass., 16 novembre 1984, n. 5818, in *Mas. Giust. civ.*, 1984, fasc. 11; Cass., 20 marzo 1999, n. 2617, in *Arch. loc. e cond.*, 1999, p. 662). Nelle ipotesi canoniche di applicazione del principio dell'apparenza giuridica, infatti, si discute dell'attribuzione di un diritto e l'applicazione del principio dell'apparenza ha la funzione di proteggere il terzo allo scopo di incentivare i traffici giuridici. Nel caso delle spese condominiali addossate al proprietario apparente, invece, si discute dell'attribuzione di un'obbligazione, con la conseguenza che l'applicazione del principio dell'apparenza giuridica, in questo caso, avvantaggia il titolare legittimo e non il terzo di buona fede. Non siamo, dunque, in un'ipotesi di conflitto tra sicurezza statica e sicurezza dinamica del diritto.

²⁴ Cass., 19 settembre 1995, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 169. «Solo dall'esistenza di qualche motivo di dubbio in ordine al potere di rappresentanza di un rappresentante apparente può farsi discendere l'onere di effettuare accertamenti e controlli;

to privato l'interprete fa salvo il principio consensualistico, in altri no. L'interprete, tuttavia, tace le ragioni per cui il medesimo principio giuridico dispone di modalità di applicazione differenti.

Al fine di trovare una spiegazione che espliciti le logiche sottese alle decisioni giurisprudenziali occorre, a mio avviso, individuare e confrontare gli interessi di cui sono portatrici le diverse categorie di parti in conflitto.

Le parti in conflitto sono il titolare legittimo e il terzo di buona fede. La posizione del titolare apparente è indifferente, perché questi sarà comunque tenuto a rispondere del suo operato nei confronti del soggetto al quale viene imputato il danno, chiunque esso sia.

La scelta, dunque, si pone in questi termini: è più efficiente allocare il danno conseguente alla dissociazione tra legittimazione apparente e legittimazione reale in capo al legittimo titolare oppure in capo al terzo di buona fede?

Attribuire la responsabilità in capo al terzo di buona fede, significa imporgli dei costi di ricerca e di verifica dei risultati della sua ricerca (ovvero dei costi transattivi) che possono giungere a disincentivare del tutto l'acquisto, compromettendo la circolazione dei traffici giuridici.

Attribuire la responsabilità in capo al legittimo titolare, significa caricarlo dell'onere di predisporre tutte le misure idonee a prevenire il danno, il che comporta il rischio di dover sopportare dei costi talmente alti da rendere del tutto priva di attrattiva la sua posizione.

La regola deve dunque trovare una formula che consenta di ridurre al minimo la somma di questi due costi. Ma è evidente che non esiste una sola formula applicabile in via generale, perché il peso degli interessi in conflitto muta da caso a caso, a seconda delle particolari categorie di soggetti coinvolti, e conseguentemente muta il risultato che si ottiene bilanciando tali interessi in funzione dei medesimi parametri.

Si propone di esaminare distintamente due ipotesi astratte al fine di osservare come giocano gli interessi delle categorie di soggetti coinvolti: la prima, è l'ipotesi dell'acquisto di una proprietà immobiliare concluso tra il terzo di buona fede e un proprietario apparente; la seconda, quella del contratto concluso dal terzo di buona fede con il rappresentante apparente di un'impresa.

5. Nel caso di un trasferimento di proprietà immobiliare stipulato tra un proprietario apparente e un terzo di buona fede, l'applicazione del principio dell'apparenza giuridica fa sì che l'acquisto a titolo onero-

so del terzo di buona fede venga fatto salvo, con il risultato che il terzo di buona fede diventa legittimo proprietario, mentre il legittimo proprietario perde il diritto di proprietà. Se il giudice italiano o il giudice francese proteggesse il terzo di buona fede con il principio dell'apparenza giuridica, istituirebbe un incentivo alla contrattazione perché abbasserebbe i costi transattivi, ma nello stesso tempo svilirebbe la posizione del legittimo titolare giacché questi verrebbe caricato dell'onere di adottare tutte le misure idonee ad evitare che si venga a creare una situazione apparente suscettibile di fargli perdere il suo diritto. La domanda che occorre porsi è allora: il terzo di buona fede avrebbe ancora interesse ad acquisire una posizione priva di valore? In altri termini, siccome proteggere la posizione di uno qualunque dei due significa inevitabilmente svilire la posizione dell'altro, e siccome i due si stanno reciprocamente scambiando le loro posizioni, ecco che la preferenza accordata dall'ordinamento giuridico all'uno piuttosto che all'altro soggetto è sostanzialmente indifferente da un punto di vista generale. Pertanto, essendo la soluzione indifferente, l'interprete sceglie di proteggere il legittimo titolare seguendo senz'altro l'impostazione voluta dal legislatore quando ha adottato il principio consensualistico: di conseguenza, rigetta l'applicazione del principio dell'apparenza giuridica nell'ipotesi in esame. In altre parole, in mancanza di pressioni esercitate da esigenze economiche, l'interprete si agganca alla propria tradizione giuridica e perpetua le regole esistenti.

Nel caso dell'erede apparente il bilanciamento degli interessi porta ad un risultato diverso perché, a ben guardare, la posizione di erede si acquista senza dover affrontare alcun sacrificio economico: ciò significa che non è necessario predisporre degli incentivi all'acquisto di tale posizione, e, conseguentemente, non sorgono le medesime esigenze di protezione del legittimo titolare nei confronti del terzo di buona fede. Possono allora senz'altro prevalere gli interessi dei terzi che in buona fede hanno compiuto un acquisto a titolo oneroso, facendo affidamento su una situazione di legittimazione apparente.

Al di là delle ipotesi aventi carattere eccezionale, come quella dell'erede apparente, la disciplina del trasferimento della proprietà immobiliare in Italia è radicalmente diversa dalla disciplina dettata dal codice civile tedesco. Occorre precisare che la soluzione adottata dal legislatore tedesco non consiste semplicemente, a fronte di una scelta che abbiamo definito indifferente ai fini del miglioramento dell'efficienza

del sistema, nello scegliere di proteggere il terzo di buona fede invece che il titolare legittimo: la soluzione adottata dal legislatore tedesco si pone su un livello diverso, giacché modifica la situazione di entrambe le parti. L'attribuzione della pubblica fede alle risultanze dei registri immobiliari, infatti, fa sì che il terzo sia protetto, ma solo se si affida agli strumenti informativi indicati dal legislatore, ovvero è protetto in un numero limitato di ipotesi; conseguentemente il legittimo titolare ha l'onere di tenere sotto controllo un numero limitato di ipotesi. In questo modo il sistema tedesco raggiunge una posizione di bilanciamento ottimale rispetto al sistema franco-italiano giacché riesce a distribuire gli oneri e i benefici tra le parti in modo da minimizzare i costi di entrambe.

6. La prospettiva cambia radicalmente, invece, quando il legittimo titolare della situazione giuridica controversa è un imprenditore commerciale e quando la controversia ha ad oggetto un contratto stipulato per conto di questo nell'ambito della sua attività professionale. In questa ipotesi, infatti, assume estrema rilevanza ai fini della decisione finale il fatto che l'imprenditore probabilmente continuerà a concludere quel tipo di contratti, anzi che è preciso interesse dell'imprenditore concludere il maggior numero possibile di quei contratti. In altri termini, quando si ha a che fare con un operatore economico professionale, occorre porsi in un'ottica di gioco ripetuto al fine di valutare gli interessi coinvolti: è noto, infatti, che il gioco ripetuto costituisce un incentivo alla costruzione di una reputazione, che è un valore che va al di là della singola vicenda negoziale²⁷. Questo tipo di approccio rivela come l'applicazione del principio dell'apparenza, se pure nel caso singolo sacrifici gli interessi dell'imprenditore, in un'ottica più allargata ha comunque l'effetto di concorrere a perseguire gli interessi di questo²⁸. A ciò si aggiunge il fatto che, normalmente, una struttura imprenditoriale di-

peranto può, in concreto, risultare incolpevole la condotta di chi si è affidato ad una situazione giuridica meramente apparente senza eseguire cameralia²⁹.

²⁷ G. AKERLÖF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly J. Economics*, 1970, p. 488.

²⁸ Questa linea di pensiero trova implicita conferma in una sentenza della Corte di Cassazione che ha rigettato l'applicabilità del principio dell'apparenza in un caso in cui un rappresentante legale di una società in eccesso di poteri aveva concluso un contratto di assunzione di un lavoratore subordinato: questo è evidentemente un tipo

spone degli strumenti che le consentono da un lato di controllare meglio il rischio di danno prodotto dall'apparenza, dall'altro di meglio assorbire il costo della sua internalizzazione (ad esempio con un corrispondente aumento del prezzo dei beni o dei servizi offerti)²⁷. Ecco allora che l'interprete decide di applicare il principio dell'apparenza giuridica, anche se ciò significa dare rilevanza ad una situazione che è difforme dai dati che sono stati pubblicati dall'imprenditore²⁸.

In alcuni casi la giurisprudenza sana l'atto compiuto dal rappresentante in eccesso di poteri con il terzo di buona fede, asserendo che quei poteri rientrano tra quelli normalmente attribuiti ad un soggetto che riveste quella funzione in un'organizzazione imprenditoriale e che, pertanto, l'affidamento del terzo è da ritenersi meritevole di tutela. L'individuazione ad opera della giurisprudenza di ciò che rientra nei poteri normalmente attribuiti a quella categoria di soggetti conduce ad una tipizzazione dei poteri di rappresentanza tutto sommato analoga a quella prevista dal legislatore tedesco. Infatti, in Germania il codice di commercio fissa in via generale quali sono i poteri attribuiti al rappresentante (§ 50), all'agente di commercio (§§ 54 e 55), all'impiegato di bottega (§ 56), ai membri del consiglio di amministrazione di una società per azioni (§ 235), sancendo che qualsiasi limitazione ai poteri di rappresentanza attribuiti dalla legge a tali soggetti è inefficace di fronte ai terzi.

In questa direzione si è mossa anche la Comunità europea. Infatti, la I direttiva CE in materia societaria²⁹, dopo aver premesso che ai fini dell'armonizzazione tra gli Stati membri della materia occorreva coordinare le disposizioni nazionali concernenti la pubblicità delle società di capitale di contratto che la società non ha interesse ad incrinare. Cass., 1 ottobre 1997, n. 9594, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1831.

²⁷ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 31; S. ROPORTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 164; F. BONELLI, *Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore*, Milano, 1968; G. CALABRESA, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975, p. 369; G. VISENTINI, *Colpa e apparenza nella rappresentanza*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 1201 ss.

²⁸ Ciò significa attribuire la responsabilità all'imprenditore per il fatto che si è venuta a creare una situazione apparente (in qualunque modo ciò sia successo), anche nel caso in cui l'imprenditore non è imputabile di alcuna colpa giacché ha provveduto ad adempiere tutti gli oneri di informazione dei terzi richiesti dal legislatore. Per la distinzione tra "apparenza pura" e "apparenza colposa": E. RAJNERI, *Ciò che la Cassazione non dice sull'apparenza "pura"*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, pp. 171-176.

²⁹ Dir. 68/151, GUCE, N. L. 65 14 marzo 1968.

li, soprattutto ai fini della tutela dei terzi, in particolare per ciò che riguarda la pubblicità relativa alle persone che hanno il potere di obbligare la società, ha sancito: «Anche se pubblicare, le limitazioni dei poteri degli organi sociali che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi» (art. 9, n. 2). Tale disposizione è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano con la modifica dell'art. 2384, comma 2, c.c. che recita: «[Le limitazioni al potere di rappresentanza [degli amministratori delle società per azioni] che risultano dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società]»³⁰.

In altri casi il giudice italiano sancisce la validità degli atti compiuti in nome e per conto di un'impresa da un soggetto che, pur essendo estraneo all'organizzazione di questa, appariva agli occhi dei terzi come un suo rappresentante. Il fatto che il terzo non abbia provveduto a verificare i poteri del soggetto che si è presentato loro come rappresentante dell'imprenditore viene giustificato dalla giurisprudenza con la colpa dell'imprenditore che ha concorso a creare (o che non ha fatto nulla per evitare) la situazione apparente che ha tratto in inganno i terzi. Anche questa soluzione giurisprudenziale conduce a dei risultati analoghi a quelli prodotti dalle norme del codice di commercio tedesco. Il legislatore tedesco, infatti, posto che il potere rappresentativo è conferito legittimamente tramite procura, si preoccupa di disciplinare anche quelle ipotesi in cui il potere di rappresentanza è semplicemente manifestato ai terzi ad opera del rappresentante, ma non è stato conferito nelle forme canoniche: in forza del § 171 BGB il rappresentato è vincolato nei confronti di quei terzi che abbiano concluso un negozio con colui che egli ha in qualunque modo indicato come suo rappresentante. Questa norma è poi stata ulteriormente estesa ad opera della giurisprudenza tedesca, la quale ha affermato la responsabilità del rappresentante anche quando questi, pur non avendo manifestato alcunché, comunque non ha fatto nulla per impedire che si venisse a creare una situazione ingannevole per i terzi, anche se conosceva o avrebbe potuto conoscere il fatto che qualcuno stava agendo a nome suo³¹.

³⁰ Gli artt. 2384 e 2384 bis sono stati rispettivamente modificati dagli artt. 5 e 6 del d.P.R. n. 1127 del 29 dicembre 1969 in ottemperanza alla direttiva CE n. 151 del 9 marzo 1968. Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1996, p. 278.

³¹ BGHZ, 5, 111 e in *Neue jur. Wochenschr.*, 1956, 1673.

In conclusione, nei casi in cui è coinvolto un imprenditore professionale e un terzo di buona fede per questioni attinenti all'attività del primo, il terzo di buona fede viene protetto in Italia con lo strumento del principio dell'apparenza giuridica, malgrado l'esistenza della pubblicità legale. Quando, invece, si verte in materia di diritti reali immobiliari, prevale la scelta del legislatore di adottare il principio consensualistico e, di conseguenza, il principio dell'apparenza giuridica soccombe di fronte agli strumenti della pubblicità legale³².

7. Riprendendo sinteticamente i risultati di questa analisi, al fine di affrontare in chiusura le opzioni aperte a livello comunitario, emerge che la Germania da un lato, e la Francia e l'Italia dall'altro, hanno adottato due meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità giuridica: l'*Abstraktionsprinzip* e il principio consensualistico. Nella fase che intercorre tra la conclusione dell'accordo consensuale e il compimento dell'atto materiale di trasferimento, ogni sistema giuridico considerato ha introdotto delle deroghe al principio adottato in via generale, arrivando ad una sostanziale omogeneità di risultati a dispetto delle diverse impostazioni legislative. Pertanto, il conflitto tra principio consensualistico e *Abstraktionsprinzip* si manifesta a livello operativo solo nella fase successiva al compimento dell'atto materiale di trasferimento e, in questa fase, solo là dove i sistemi che hanno adottato il principio consensualistico non fanno uso dell'apparenza giuridica, ovvero nel settore dei diritti reali immobiliari.

Occorre ancora notare che gli spazi in cui i sistemi giuridici arrivano a soluzioni operazionali convergenti, non sono il frutto di un compromesso

³² L'idea che uno stesso istituto giuridico disponga di modalità di applicazione diverse a seconda delle categorie di soggetti coinvolti, ovvero a seconda degli interessi di cui tali categorie sono portatrici, non è nuova dal momento che essa corre sulle stesse linee di pensiero che hanno condotto il legislatore comunitario a tenere distinto il contratto concluso tra il professionista e il consumatore da tutti gli altri contratti. Infatti, nel caso del contratto concluso tra il professionista e il consumatore, così come per il contratto concluso tra il terzo di buona fede e il rappresentante apparente di un'impresa, si tratta di proteggere il contraente estraneo all'attività professionale (che patisce di una situazione di asimmetria informativa e che al contempo si trova in una situazione di c.d. "ignoranza razionale") al fine di creare degli incentivi alla contrattazione anche nell'interesse del contraente professionista (Sull'asimmetria informativa si veda: B. GREENWALD e J. STIGLITZ, *Externalities in economies with imperfect information and incomplete markets*, in *Quarterly J. Economics*, 101 (1986), 2, pp. 229-264).

tra l'*Abstraktionsprinzip* e il principio consensualistico. Infatti, nel conflitto che vede contrapposti il titolare legittimo di un diritto e il terzo, le possibilità di soluzione del conflitto sono solo due: o si attribuisce il diritto in questione al titolare legittimo oppure al terzo. Ciò significa che, là dove si arriva a delle soluzioni operazionali convergenti tra i diversi sistemi giuridici, è avvenuto che uno di essi ha introdotto un'eccezione che apre il campo al principio opposto rispetto a quello adottato in via generale. Ossia, non si tratta di soluzioni di compromesso, bensì di scelte schizofreniche del legislatore che provocano la convivenza nello stesso sistema giuridico dei due principi opposti, di modo che l'uno determina i confini dell'altro.

Questi confini, come si diceva, non arrivano a dividere gli spazi in modo esattamente coincidente nei diversi sistemi giuridici, tant'è vero che nel settore dei diritti reali immobiliari emergono le differenze di impostazione legislativa. Tali differenze si manifestano essenzialmente nella diversa efficacia attribuita agli strumenti della pubblicità immobiliare. La conseguenza è che, nel conflitto che vede contrapposti il titolare legittimo di un bene immobile e il terzo che si è affidato a delle risultanze pubblicitarie errate, là dove vige il principio consensualistico è protetto il titolare legittimo perché la pubblicità non sana l'invalidità dell'atto consensuale; invece, là dove vige l'*Abstraktionsprinzip*, è protetto il terzo a condizione che sia di buona fede (o, più precisamente, a condizione che non venga provata la sua mala fede), perché la pubblicità è efficace indipendentemente dall'invalidità dell'accordo consensuale.

Sul piano pratico, il fatto che si verifichi un errore nell'apparato pubblicitario, oppure che venga trascritto un accordo consensuale affetto da nullità, e che su tale errore faccia affidamento un malcapitato terzo di buona fede, è una possibilità assai remota: così remota da poter essere forse trascurata dal legislatore comunitario. Sicuramente, se la questione in esame riguardasse solo il settore delle compravendite immobiliari, il legislatore comunitario potrebbe tranquillamente decidere di non occuparsi della questione, evitando di andare ad immischiarsi in una materia particolarmente delicata come quella della proprietà immobiliare e di interferire con quei principi che, a dispetto delle loro numerose eccezioni, più di altri sono radicati nella coscienza di ogni sistema giuridico. D'altro canto, è palese che il cammino che porta all'integrazione europea non passa attraverso una materia che non vede coinvolti in primo piano gli interessi delle imprese commerciali che operano a livello internazionale. Eppure, la questione in esame ha delle implicazioni importanti anche nel settore delle ipoteche

immobiliari, ovvero in un settore in cui sono coinvolti in primo luogo gli interessi degli istituti creditizi. È evidente, infatti, come l'efficacia degli strumenti pubblicitari influisca sulla validità di un'ipoteca eventualmente concessa *a non domino* a favore dell'istituto di credito che eroga il mutuo. La Corte di Giustizia europea, in ipotesi differenti da questa, ha già avuto modo di sottolineare che la normativa nazionale in materia di validità delle ipoteche può essere sanzionata qualora comprometta la libera circolazione di capitali all'interno della comunità³³.

Dunque, il problema del meccanismo di attribuzione della titolarità, per quanto le numerose eccezioni al principio consensualistico abbiano provveduto a circoscriverlo, esiste e può avere delle implicazioni importanti anche nel settore commerciale. Va anche detto che tale problema non può essere rimesso alle scelte decentrate del giudice o dei privati, ma deve necessariamente essere risolto in via generale dal legislatore (sia esso comunitario o nazionale) perché il meccanismo di attribuzione della titolarità di un diritto non riguarda solo le parti del negozio traslativo del diritto in questione, bensì coinvolge anche gli interessi dei terzi, quali potenziali acquirenti di quel medesimo diritto. Inoltre, come si è osservato, la scelta tra un principio e l'altro non riguarda solo l'istituto contrattuale, ma produce delle conseguenze che si riversano a cascata anche su altri istituti disciplinati dal legislatore, in particolare sull'efficacia della pubblicità legale e sui diritti reali. Pertanto, la scelta deve essere affrontata una volta per tutte in via generale, al fine di determinare preventivamente la ricaduta che essa ha sugli altri istituti giuridici.

Ciò premesso, si osserva che i provvedimenti sin qui adottati dagli organi legislativi della Comunità Europea non toccano in modo diretto la materia in esame³⁴.

La giurisprudenza comunitaria, dal canto suo, stabilito che la materia dei diritti reali immobiliari rientra tra quelle di competenza degli organi comunitari, sia sotto il profilo della libertà di stabilimento delle persone in ogni Stato membro, sia sotto il profilo della libertà di circo-

³³ Corte giust. CE, 16 marzo 1999, causa C-222/97.

³⁴ Le direttive europee in materia di protezione del consumatore hanno cura di precisare che non sono applicabili al settore dei diritti concernenti i beni immobili. Ad esempio art. 3, n. 2, lett a), dir. 85/577 riguardante la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; art. 2 dir. 87/102 riguardante i crediti al consumo; art. 1 dir. 99/44 riguardante la garanzia per vizi nella vendita dei beni di consumo.

lazione dei capitali³⁵, può intervenire solo là dove esistono delle norme nazionali aventi carattere discriminatorio rispetto alla nazionalità dei soggetti, e va da sé che l'efficacia attribuita agli strumenti pubblicitari non ha carattere discriminatorio nel senso precisato.

Per ciò che riguarda le convenzioni internazionali, la Convenzione di Vienna sulla vendita mobiliare non affronta la questione dell'efficacia dell'atto traslativo, sebbene, come si è visto, i diversi sistemi giuridici arrivano in questo settore a risultati sostanzialmente analoghi. Parimenti, si osserva che il conflitto tra principio consensualistico e *Abstraktionsprinzip* non è trattato dai principi Unidroit.

Ciò che è interessante notare è che nemmeno i vari progetti di *Restatement* del diritto privato europeo redatti dagli accademici risolvono il conflitto tra i due principi giuridici. I principi elaborati dalla Commissione Lando, ad esempio, si ritraggono dal settore controverso affermando di voler disciplinare solo gli effetti obbligatori del contratto e non anche gli effetti reali. Il codice europeo del contratto elaborato dall'Accademia dei privatisti europei sotto la guida di Giuseppe Gandolfi, affronta il problema all'art 46³⁶. La norma in questione (nel tentativo di sopire le discordanti opinioni dei relatori nazionali di cui è

³⁵ Corte giust. CE, 1 giugno 1999, causa C-302/97.

³⁶ Tale articolo recita testualmente: «1. Sauf convention contraire explicite, le contrat stipulé en vue de transmettre la propriété d'une chose meuble ou la constitution ou encore la transmission d'un droit réel sur cette chose produit des effets réels aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers à partir du moment de la livraison de la chose à l'ayant droit, à la personne chargée par celui-ci de la recevoir ou au transporteur qui, sur la base d'un accord, doit se charger de la livraison.

2. Dans le cas prévu à l'alinéa précédent, si celui qui transmet par contrat une chose meuble ou un droit réel sur celle-ci n'est ni le propriétaire ni le titulaire, l'autre partie contractante devient propriétaire de la chose ou titulaire du droit, comme il est prévu par le contrat, à partir du moment de la livraison, pourvu qu'elle soit de bonne foi.

3. Pour les biens meubles immatriculés et pour les immeubles, les règles relatives aux effets réels en vigueur dans les différents Etats au moment de l'adoption de ce code continuent à s'appliquer. En tout état de cause, pour les biens meubles immatriculés et pour les immeubles les effets réels ne se produisent partout qu'au moment où l'on a satisfait aux formalités de publicité prévues dans la zone où se trouve le bien immobilier ou dans laquelle doit être livré à l'ayant droit le bien meuble immatriculé.

4. Dans les cas prévus aux alinéas précédents, la destruction ou l'endommagement de la chose sont au risque de l'ayant droit à partir du moment où celui-ci, la personne qu'il a chargée de la recevoir ou le transporteur qui, après accord, doit veiller à la livraison, ont pris livraison de la chose».

dato atto nel commento) riproduce esattamente la situazione esistente, nel senso che adotta una soluzione unitaria per la fase che va dalla conclusione dell'accordo consensuale al compimento dell'atto materiale di trasferimento, mentre, nella fase successiva, lascia aperto il conflitto tra i principi prescelti dai vari sistemi giuridici, cosicché gli adempimenti pubblicitari voluti da ciascun legislatore nazionale continuano ad avere l'efficacia che ciascun legislatore nazionale ha loro attribuito.

Come si accennava poco sopra, la scelta di non andare ad interferire con la materia dei diritti reali immobiliari non è priva di una sua ragione d'essere se solo si considera il fatto che un eventuale intervento del legislatore comunitario in tale materia comporterebbe dei costi molto alti sia in termini di negoziazione tra gli Stati membri (data l'inconciliabilità dei rispettivi punti di partenza), sia in termini di adeguamento alla eventuale soluzione che riforma la disciplina esistente in alcuni Stati membri (si pensi, ad esempio, ai costi che comporterebbe la modifica del sistema dei libri fondiari in Italia). Pertanto, se il legislatore comunitario decide di rimettere la questione ai singoli legislatori nazionali, avendo ritenuto che la soluzione del problema comporta dei costi che appaiono superiori ai vantaggi attesi dalla soluzione stessa, compie un atto di politica legislativa che non si intende mettere in discussione in questa sede.

Premesso ciò, sorge ancora un ultimo spunto di riflessione quando si colloca questo discorso nel contesto dei progetti di codificazione europea. Ritengo, infatti, che fino a quando il legislatore comunitario (o chi si ripropone di suggerire dei testi normativi al legislatore comunitario) sceglie di disciplinare solo un ambito ristretto di materie del diritto privato e preferisce non assumersi il compito di sciogliere i nodi controversi in modo sistematico, esplicitando le scelte di valori che effettivamente guidano le decisioni nelle materie in cui non c'è un parere unanime, o in cui si avvicendano disordinatamente regole ed eccezioni accumulate nel tempo, si può forse discutere della redazione di testi uniti comunitari su certi argomenti, ma non si può propriamente parlare di codice civile europeo. In altre parole, ci si chiede se sia corretto utilizzare il termine codice, con il carico di significati anche simbolici che esso evoca, sebbene l'aspirante legislatore, ben lungi dal rielaborare in modo sistematico il diritto privato, seleziona le materie oggetto della sua attenzione in funzione delle priorità che si è posto. Il legislatore olandese, ad esempio, nel momento in cui ha riformato in modo sistematico il proprio codice civile, non ha esitato a modificare il sistema dei libri fondiari di origine francese, adottando il sistema tedesco che protegge l'affidamento dei terzi di

buona fede, avendo ritenuto necessario dare una risposta a quelle esigenze che sono andate maturando in epoca successiva alla promulgazione del codice civile (artt. 3:88 e 3:24 ff DCC).

Altrettanto svitante mi pare essere quell'idea suadente e sibillina di un codice europeo opzionale, ovvero non vincolante, non obbligatorio, adottabile solo quando se ne sente la necessità, solo se le parti vogliono (quale parte?), solo in certe occasioni e non in altre, come se ogni accordo costituisse un mondo a sé stante, svincolato da tutto il resto, privo di conseguenze per chi di quell'accordo non è stato parte⁷⁷. Eppure, è da tempo noto che la teoria della relatività del contratto non è altro che l'elegante menzogna con cui i giurnaturalisti hanno diffuso l'idea che il contratto nasce per volontà delle parti, o, per meglio dire, anche per volontà delle parti, giacché non sembra che si possa fare a meno di un quadro normativo di riferimento (e, in quanto tale, uguale per tutti i consociati) all'interno del quale collocare l'accordo consensuale⁷⁸.

In conclusione si osserva che, se al momento i costi di negoziazione di una scelta comune e vincolante sono così alti da inibire l'opera del legislatore comunitario, ciò significa che il cammino che porta alla redazione di un codice di diritto privato europeo è assai lungo, perché la dottrina europea non è ancora giunta a costruire compiutamente quel background di conoscenze comuni e condivise che è fondamento indispensabile di ogni opera di codificazione⁷⁹.

ELEONORA RAINERI

⁷⁷ Per un'opinione critica sull'idea di *soft law* si veda: U. MARTI, *Quale Codice Civile per l'Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 3 ss. Sul tema si veda anche: P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit.

⁷⁸ Sul tema della relatività del contratto si veda: L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, atti del IV congresso internazionale ARISTEÇ, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2001.

⁷⁹ R. SACCO, *Introduzione al diritto privato comparato*, Torino, 1990, p. 216. L'a. cita tre condizioni necessarie per la realizzazione di una codificazione originale (e non di imitazione): «un potere deciso a superare le resistenze che si profitteranno; -una scelta politica rivolta a favore di regole d'insieme di largo respiro, a carattere non casistico, non frammentario e non provvisorio, ovvero una scelta rivolta a condensare nel codice queste regole d'insieme, lasciando che leggi speciali o atti amministrativi generali statuiscano sui dettagli e sul provvisorio; - un'avvenuta elaborazione di queste regole d'insieme, composte in sistema, ad opera di una dottrina affiatata e prestigiosa (un dottrinario solitario non basterebbe)». Parimenti, sulla necessità di un preventivo lavoro dottrinario insiste P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992.

Commenti alla giurisprudenza

Corte di Cassazione, Sez. III, 2 febbraio 2001, n. 1516; Pres. Favara; Rel. Petri.

RISARCIMENTO DEL DANNO – VALUTAZIONE E LIQUIDAZIONE – DANNO EMERGENTE E LUCRO CESSANTE – SINISTRO STRADALE – LESIONI PERSONALI – CO-NUDGE DELL'OFFESO – INTERRUZIONE DELL'ATTIVITÀ LAVORATIVA PER L'ASSISTENZA ALL'OFFESO – RISARCIMENTO DEL DANNO DA LUCRO CESSANTE – AMMISSIBILITÀ – FONDAMENTO (ART. 1223, 2054, 2056, C.C.)

In caso di lesioni personali cagionate da sinistro stradale attribuite alla responsabilità di terzi, il danno subito dal coniuge della vittima primaria, che, per solidarietà familiare, rinuncia alla propria attività lavorativa per dedicarsi all'assistenza alla vittima stessa del sinistro, si configura come danno del lucro cessante diretto, sia pure di natura consequenziale, a carico di detto coniuge, che subisce la ingiusta menomazione della propria sfera patrimoniale.

In tale ipotesi, il nesso di causalità del danno menzionato rispetto alla condotta imputabile si pone in termini di causalità non già materiale, ma giuridica, secondo l'ad quod plerumque accidit, posto che il conducente dell'autovettura che guida in modo imprudente ben può prevedere che la vittima della sua condotta sia un padre o una madre di famiglia, e che, quindi, le conseguenze dell'evento possano essere pluriinteressarie (cosiddetta colpa consistente).

Al prossimo congiunto (nella specie, coniuge) delle vittime di lesioni colpose, spetta anche il risarcimento del danno morale, non essendo a ciò d'ostacolo l'argomento della causalità diretta ed immediata di cui all'art. 1223 c.c., in quanto detto danno trova causa efficiente nel fatto del terzo, sicché il suo carattere immediato e consequenziale legittima il congiunto iure proprio ad agire contro il responsabile dell'evento lesivo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – Il giorno 28 ottobre 1986, il notaio L. G., di 68 anni, mentre attraversava le strisce pedonali, lungo il viale della Libertà, in Palermo, era investito dall'alfetta duemila, condotta dal carabiniere S. V., riportando trauma cranico e lesioni.

Lesio del giudizio penale, con regudicata, accettava la responsabilità esclusiva del conducente dell'auto.

Il notaio, e la di lui consorte, convivente, signora C. L., convenivano, con citazione (del 5 febbraio 1990) dinanzi al Tribunale di Palermo, il Ministero della difesa ed il conducente dell'auto, e ne chiedevano la condanna in solido al risarcimento dei danni:

– personali e diretti, per il notaio, in relazione al danno biologico ed ai consequenziali danni, patrimoniale e morale. In particolare, il notaio deduce-