

Daniele Mattiangeli — “Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei”, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3<sup>e</sup> Série, Tome LIX, Paris: Editions De Boccard, 2012, pp. 335-353.

## **Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei**

Daniele MATTIANGELI

(*Université de Salzbourg*)

### *1. Introduzione generale al tema*

Nel mondo romano, come nei moderni ordinamenti europei, il contratto di compravendita riveste un ruolo importante sia per il diritto contrattuale in generale, sia per gli scambi commerciali dei privati su piccola e larga scala. La compravendita è indubbiamente il contratto che ogni giorno viene maggiormente utilizzato dalla gran parte delle persone e perciò riveste un'importanza paradigmatica all'interno del sistema giuridico contrattuale romano e in seguito alla sua recezione anche nei moderni ordinamenti giuridici. La gran parte dei sistemi moderni ha, infatti, recepito, seppur con determinate differenze e adattamenti dovuti all'inesorabile trascorrere del tempo, lo schema fondamentale romano<sup>1</sup>.

Anche se la maggioranza dei sistemi moderni si divide dottrinarmente tra il principio del consenso e quello della *traditio*<sup>2</sup>, ad un'analisi ben attenta del significato di consenso presso i romani e del sistema di funzionamento pratico si potrà vedere come gli schemi contrattuali di compravendita moderna si rifacciano nei loro elementi fondamentali, seppur in modi diversi, allo schema romano.

---

<sup>1</sup> P.KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin 1966, p.125ss.

<sup>2</sup> Sulla *Traditio* in generale si veda S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, p.670ss.

## 2. *L'evoluzione della compravendita nel diritto romano*

Partiamo a questo punto con un'analisi generale delle caratteristiche fondamentali che l'*emptio venditio* sembra avere durante tutto l'arco dell'esperienza giuridica romana dal periodo antico<sup>3</sup> a quello post-classico<sup>4</sup>. Sicuramente l'elemento più importante sembra a prima vista essere rivestito dalla sua "consensualità". Non a caso, infatti, la compravendita viene inserita da Gaio nella sua *summa divisio* delle fonti delle obbligazioni tra le fattispecie giuridiche che si formano *ex consensu*<sup>5</sup>. Proprio questa "formazione" e questo "perfezionamento" della compravendita sulla base del "consenso" è il filo rosso di una ricerca che inizia con le prime applicazioni della vendita a contanti tramite *mancipatio* del periodo antico e arriva fino alla *emptio venditio* del periodo classico e giustiniano, passando per le doppie tradizioni e per le cosiddette *mancipationes emptiois causa*. In ogni forma di queste "manifestazioni" della fattispecie "compravendita" l'elemento che è rimasto sempre identico è proprio quello del consenso e dell'accordo necessario al perfezionamento del negozio giuridico o contratto<sup>6</sup>. L'accordo è sempre rimasto alla base di ogni promessa obbligatoria che abbia poi dato luogo ad una compravendita con conseguente trasferimento della proprietà. Sono cambiate le modalità di accordo, di consegna, di trasferimento del bene o diritto, le forme e fattispecie, e le connessioni causali tra il momento dell'accordo obbligatorio e quello della consegna reale della cosa, ma ciò che è sempre rimasto identico è esattamente il consenso o accordo dei privati, espressione massima della loro autonomia<sup>7</sup>. Con la *mancipatio* o *mancipium* delle *res Mancipi* o con la probabile consegna informale<sup>8</sup> delle *res nec Mancipi* si è comprato qualcosa in cambio di monete contanti o addirittura di *aes rude* nel periodo antico<sup>9</sup>. Successivamente, nel periodo repubblicano e classico, si è potuto ancora acquistare la proprietà delle cose *Mancipi* con una *mancipatio* formale e delle cose

<sup>3</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.581ss.; M.TALAMANCA, *Vendita* in *Enciclopedia del Diritto* 46, Milano 1993, p.303ss., p.319ss.

<sup>4</sup> A.GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, p.883.

<sup>5</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.580ss.

<sup>6</sup> V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1984, p.296.

<sup>7</sup> P.M.VECCHI, *Il principio consensualistico*, Torino 1999, p.7ss.

<sup>8</sup> S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, p.670ss.

<sup>9</sup> G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991, p.54ss.; p.132.

non *mancipi* con una *traditio*<sup>10</sup>, in entrambi i casi sulla base di una precedente promessa, fondata su una *sponsio*<sup>11</sup> per i romani e su una *stipulatio*<sup>12</sup> per i non romani. Sempre nel periodo classico si è addirittura potuto “accreditare” il prezzo dando la cosa al compratore tramite la *sponsio pretii*<sup>13</sup> e cioè la promessa di pagamento del prezzo, istituto peraltro di probabile derivazione ellenistica e denominato *daneion* (δανειον), o scambiare e vendere contemporaneamente determinati oggetti informalmente tramite le “doppie” stipulazioni con relative “doppie” tradizioni<sup>14</sup>. Allo stesso tempo la giurisprudenza perfeziona la teoria della compravendita e crea veri e propri “formulari” contrattuali, che spesso vengono testimoniati anche in forma scritta con il metodo della *testatio*, come vediamo ad esempio con le *mancipationes emptiois causa* del periodo tardo classico<sup>15</sup>. Proprio sulla base dell’evoluzione della compravendita nel periodo classico, la dottrina romanistica moderna tirerà le fila sistematiche della categoria “*emptio venditio*”. Una compravendita, l’*emptio venditio* classica, consensuale ed obbligatoria, che nasceva con tutta probabilità già nel III° secolo a.C. sulla base della giurisdizione peregrina nei rapporti internazionali tra romani e stranieri<sup>16</sup>. Veniva estesa probabilmente nel II° secolo a.C. tramite lo *ius honorarium* anche ai *cives*, come si può intuire da Celso in D.19.1.38.1 sulla base di una citazione di Sesto Elio (console nel 198 a.C.) e Druso<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Si veda sulla *traditio* in generale e sul suo carattere causale U.BETTI, *Sul carattere causale della Traditio classica*, in *Studi in Onore di Riccobono*, IV, Palermo 1936, p.119ss.

<sup>11</sup> V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1984, p.405ss.

<sup>12</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp.560-61.

<sup>13</sup> D.MATTIANGELI, *Vorteile der Romanitas im Bereich des Vertragsrechts aus einer historisch-vergleichenden Perspektive*, Frankfurt 2009, p.164ss.; E ancora, soprattutto per vedere l’evoluzione storica che passando per la *sponsio pretii* arriva alla vendita consensuale, si veda la teoria di A.BECHMANN, *Geschichte des Kaufs im römischen Rechts*, Erlangen 1876, p.330ss.

<sup>14</sup> C.A.FUNAIOLI, *La Tradizione*, Padova 1942, p.31ss.

<sup>15</sup> V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1978, p.185ss.

<sup>16</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.582.

<sup>17</sup> D.19.1.38.1: *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia*. Per la datazione dell’estensione ai *cives* nel II° secolo a.C., si veda a riguardo la teoria di Talamanca relativa appunto alla tutela giurisdizionale delle pretese del venditore: M.TALAMANCA, *Vendita in*

Per tutto il periodo classico, la compravendita romana rimane un contratto ad effetti obbligatori, che necessita di un ulteriore atto, come appunto una *traditio*, per far passare la proprietà della cosa, a differenza della concezione ellenistica che vuole la vendita come un negozio traslativo in cui il momento centrale è rappresentato dal pagamento del prezzo, come si vede anche dalla polemica di Gaio, contenuta nelle Istituzioni Gai.3.139<sup>18</sup>. Più avanti, a cominciare dal periodo tardo classico e con quello post classico (in maniera massiccia a partire da Costantino<sup>19</sup>), i documenti rinvenuti sotto la sabbia d'Egitto ed originari di Seleucia Pieria<sup>20</sup> e altri documenti pervenuti per la maggior parte nella parte orientale dell'impero, ci fanno vedere come i contratti di compravendita si siano evoluti sempre più verso quel meccanismo che la dottrina moderna definisce come "consensualistico", in cui si vende e si compra sulla base dell'accordo e la proprietà passa direttamente senza bisogno di consegna formale o non formale. Vediamo, dunque, come proprio con il periodo tardo classico la concezione romana della compravendita cambi nettamente da un sistema in cui il passaggio della proprietà è basato sulla consegna a uno in cui è basato solamente sull'accordo<sup>21</sup>. Il punto di svolta per questo cambiamento sembra essere proprio la fine del III° e l'inizio del IV° secolo, dal momento che prima, almeno fino a Diocleziano<sup>22</sup>, come si vede in una costituzione di questo imperatore del 293 d.C. in C.2.3.30<sup>23</sup>, la forma classica era mantenuta e la proprietà delle cose si trasferiva tramite una *traditio* e l'*usucapio* e non sulla base di una semplice

---

Enciclopedia del Diritto 46, Milano 1993, pp.310-11; In senso contrario si veda V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1978, p.74.

<sup>18</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.583. Gai.3.139: *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.*

<sup>19</sup> A.PALMA, *Donazione e vendita "advocata vicinitate" nella legislazione costantiniana*, in *Index*, 20 (1992), p.477ss.

<sup>20</sup> V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1978, p.197ss.; S.ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano*, Milano 2010, p.133.

<sup>21</sup> F.DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, p.20ss.

<sup>22</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.583ss.

<sup>23</sup> M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.439ss.

convenzione<sup>24</sup>: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”.

Proprio a partire dall’inizio del IV° secolo d. C. e in special modo nel periodo di Costantino<sup>25</sup>, osserviamo da un lato che i contratti di compravendita cominciano ad avere effetti reali immediati, e dall’altro che si passa, anche per volere dell’imperatore, dalla forma orale a quella prettamente scritta<sup>26</sup>. In questo periodo quindi il sistema romano della divisione tra contratto consensuale ad effetti meramente obbligatori e negozio di consegna formale o no del bene con effetti reali, muta radicalmente il suo schema andando ad unire l’effetto obbligatorio e reale in un unico contratto di *emptio venditio*. Un sistema, questo, che sembra essere molto simile a quello della compravendita greca con *arra*<sup>27</sup>, che era appunto un contratto surrogatorio ad effetti traslativi della proprietà e inoltre scritto, come vediamo ad esempio in un testo di Teofrasto, *Περὶ ὀνής καὶ πράσεως*, forse parte dell’opera *Ἀποσπάσματα*, e riscoperto da Wimmer nel 1866 nel *Florilegium XLIV*, 22 di Giovanni Stobeo<sup>28</sup>. Questo avvicinamento alla forma greca non dovrebbe stupirci più di tanto, data l’enorme “ellenizzazione” della cultura romana dell’impero d’oriente. L’influenza greca spiegherebbe molto bene questo cambiamento “radicale” della disciplina romana che passerebbe da un contratto consensuale obbligatorio ad un contratto consensuale da effetti reali<sup>29</sup>. Tutto ciò lo possiamo ben vedere nella copiosa legislazione costantiniana in tema di vendita, come ad esempio in *Vaticana Fragmenta 35.4*: “*Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietatis vicinis praesentibus demonstratur: usque eo legis*

<sup>24</sup> M.SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, SDHI 20 (1954), p.127ss.; p.246 ss.

<sup>25</sup> E.LEVY, *West roman vulgar law 1.The law of Property*, Philadelphia 1951, p.128ss.; U.AGNATI, *Costantino abolisce la privata testatio*, Teoria e Storia del diritto privato V (2012), pp.1-40.

<sup>26</sup> C.DUPONT, *La vente dans les constitution de Constantin*, RIDA 2 (1955), pp.237-262.

<sup>27</sup> P.MEYLAN, *Des arrhes de la Vente dans Plaute*, in *Mélanges Levy-Bruhl* (1959), p.205ss.; M.TALAMANCA, *L’arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano 1953, p.2ss.

<sup>28</sup> F.PRINGSHEIM, *The Greek law of Sale*, Weimar 1950, p.134ss.

<sup>29</sup> V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1978, p.45ss.

*istius cautione currente, ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur*”, in cui chiaramente vediamo come sia la validità del contratto di vendita, sia il passaggio della proprietà siano dipendenti dalla forma “solenne” e cioè scritta del contratto. Nel CTh.3.1.2.1 allo stesso modo viene riaffermata la dipendenza della validità del contratto di compravendita e del passaggio della proprietà dalla forma scritta solenne:

*Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus solenniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstretur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur.*

(*De contrahenda emptione*, Rescritto dell’Imperatore Costantino a Gregorio, anno 337 d.C.)

Ma l’evoluzione del diritto romano non termina con questo passaggio all’effetto traslativo reale. Con Giustiniano, infatti, si cerca, a detta di alcuni autori<sup>30</sup>, come ad esempio Guarino, Gallo e parzialmente anche Talamanca, di ritornare al metodo classico della compravendita romana a soli effetti obbligatori seguita da una consegna ad effetti reali, come una *traditio*, benché nel periodo giustiniano vi siano diverse incertezze proprio su di essa<sup>31</sup>. Questo passaggio di ritorno è però assai travagliato e viene tramandato in maniera confusa dalle fonti, che ruotano soprattutto intorno a due testi, uno nel Codex (C.4.21.17) e l’altro nelle Istituzioni (Inst.3.23) di Giustiniano. Due testi che per essere completamente compresi sono da considerarsi in

<sup>30</sup> A.GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, p.883; M.TALAMANCA, *L’unità della vendita in I. 3,23 pr*, Studi in memoria di A. Giuffrè 1 (1967), p.803ss.; F.GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964, p.5ss; F.GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, p.35ss.

<sup>31</sup> Ancora sulla *traditio* nel periodo Giustiniano, sulla *iusta causa traditionis* e sulla necessità di una valida *traditio* in ogni epoca romana, vedi M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.435ss.; M.Kaser, *Zur iusta causa traditionis*, BIDR 44 (1961), p.61ss.; J.G.Fuchs, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel 1952, p.27ss; R.LAMBERTINI, *In tema di iusta causa traditionis*, in Studi in onore di Luigi Labruna IV, Napoli 2007, pp.2745-2756. Decisamente contraria alla teoria dominante, soprattutto relativamente a Kaser in questo ambito si veda E.POOL, “*Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss*”: *Erwerbsgrund (Emptio) oder Besitztitel (Pro emptore)?*, in Libellus ad Thomasium, Pretoria 2010, p.315ss.

prospettiva e in comparazione l'uno con l'altro e non analizzati singolarmente. Le fonti giustinianee sembrano, infatti, aver prima recepito la prassi della vendita provinciale ed ellenistica accanto a quella obbligatoria romana e poi aver stabilito una disciplina generale sulla vendita in cui questo tipo di contratto traslativo scritto o con caparra fosse solamente un'ulteriore forma da affiancare alla compravendita obbligatoria romana classica<sup>32</sup>. In base a questo disegno i compilatori inseriscono innanzitutto nel C.4.21.17pr-1, una costituzione del 528, peraltro di difficile lettura e su cui si ritrova una serie innumerevole di interpretazioni della dottrina<sup>33</sup>, in cui si affiancherebbe alla disciplina della *emptio venditio* obbligatoria precedente<sup>34</sup> un contratto scritto di vendita, che certifica e recepisce all'interno dell'ordinamento romano la prassi ellenistico-provinciale della "vendita traslativa scritta", in cui la proprietà passa al momento del pagamento del prezzo. Allo stesso tempo si certificherebbe inoltre una categoria di tipo prettamente greco rappresentata dal *contractus dationis arrarum*, che è appunto il contratto arrale greco ad effetti surrogatori e traslativi della proprietà:

*Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel amborum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere. Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instru-*

<sup>32</sup> F.GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964, p.5ss

<sup>33</sup> A.WATSON, *Law out of context*, Athens (Georgia) 2000, p.29.

<sup>34</sup> Sulla teoria dell'affiancamento "graduato" tramite la suddetta Costituzione del 528 a.C. di queste nuove forme di contratti di vendita a quella originaria classica ad effetti obbligatori, che rappresenterebbe invece la teoria di base dei compilatori del Corpus Iuris in materia di compravendita, si veda F.GALLO in *Disposizione di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964, p.6ss.

*mentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus.*

Su questo testo del Codex molto si è discusso in passato e soprattutto ci si è spesso chiesti se in esso si possa riscontrare o no una traccia della compravendita classica consensuale obbligatoria, come è stato sostenuto a favore (Gallo) o contro (Talamanca, sebbene in maniera problematica) da diversi studiosi, o se invece vi sia solo la presenza della prassi greco ellenistica<sup>35</sup>. L'intera vicenda interpretativa del testo per un riscontro favorevole o contrario della *emptio venditio* classica ruota soprattutto intorno alla frase contenuta nel sottoparagrafo 1 in cui si dice che relativamente agli "*emptionalia instrumenta*" si continueranno eccezionalmente ad applicare i "*prisca iura*", nonché intorno alla presenza del requisito dell'accordo sul prezzo "*pretio statuto*" nella prima parte, requisito tipico dell'obbligazione consensu contracta classica<sup>36</sup>. Diverse sono le teorie nate relativamente a questa eccezione e cioè a questi strumenti ("*emptionalia instrumenta*") a cui si applicherebbero ancora i regolamenti precedenti. Secondo la dottrina dominante, rappresentata in questo caso da Arangio-Ruiz<sup>37</sup>, Gallo<sup>38</sup> e Talamanca<sup>39</sup>, questi strumenti di acquisto non sarebbero altro che una sorta di "compromessi" o contratti di trattativa scritti su fogli (*scheda...conscriptis*), magari in brutta copia, e incominciati a redigersi nello strumento (*mundo*) definitivo o, per usare le parole di Arangio-Ruiz, "bella copia". Questa interpretazione però risulterebbe alquanto problematica dal momento che questi "strumenti di acqui-

<sup>35</sup> Per la lunga e complicata esegesi di questa Costituzione in paragone a altri passi delle Istituzioni e del Digesto si rimanda a Gallo (F.GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964, p.10ss.) e a Talamanca (M.TALAMANCA, *Osservazioni sull'Arra nel diritto giustiniano*, Mélanges Meylan I (1963), p.330ss.) che hanno dedicato una lunga analisi all'argomento, che sarebbe in questa sede troppo lungo da esporre e non del tutto utile all'oggetto della presente ricerca.

<sup>36</sup> Si veda ancora una volta il testo di Gai.3.139: *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit...*

<sup>37</sup> V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1978, p.98ss.

<sup>38</sup> F.GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964, p.14ss.

<sup>39</sup> M.TALAMANCA, *Vendita* in Enciclopedia del Diritto 46, Milano 1993, p.470ss. Seppure l'autore in questo caso mostri diversi dubbi proprio rispetto alla mancata specificazione ulteriore dei *prisca iura*.



sto”, che potrebbero appunto essere una sorta di redazioni preliminari scritte, non trovano alcun altro riscontro in testi precedenti. In tutto il Digesto, infatti, come anche nelle istituzioni gaiane e nelle stesse istituzioni di Giustiniano, non vi è traccia né della parola “*emptionalia*”, né dell’accoppiata “*emptionalia instrumenta*”, che non sembrerebbero per nulla essere classici<sup>40</sup>. Gli unici due testi del Corpus giustiniano in cui si riscontra tale categoria negoziale con l’uso della parola *emptionalia* si trovano nel Codex e sono due costituzioni dell’imperatore Giustiniano stesso, datate entrambe al 531 d.C.<sup>41</sup>, il che propenderebbe per una post-classicità di tale espressione, che non trova alcun riscontro prima di tale data.

Inoltre sempre nello stesso paragrafo di C.4.21.17 non si capirebbe bene cosa siano i “*prisca iura*”, ovvero questi cosiddetti “regolamenti precedenti”, che non vengono ulteriormente specificati. Si riferiscono forse a delle prassi locali precedenti, magari provinciali, o rappresentano le regole del diritto romano precedente, forse quello classico? Se noi considerassimo questi strumenti scritti come una categoria a parte delle trattative negoziali, magari una forma di contratto preliminare, si potrebbe ipotizzare che essi derivino da una prassi ellenistica od orientale precedente (i *prisca iura* appunto). Nell’ordinamento romano invece non vi sono simili paragoni e quindi se i *prisca iura* si riferiscono alla disciplina giuridica romana classica allora questi strumenti di cui si parla potrebbero risultare appunto quelli della compravendita classica *consensu contracta*, magari con la contaminazione di elementi ellenistici scritti, il che verrebbe inoltre avvalorato dal rife-

<sup>40</sup> In seguito a una mia personale ricerca della parola *emptionalia* o dell’espressione “*emptionalia instrumenta*”, ho potuto constatare che non se ne trovano tracce né nelle Istituzioni di Gaio, né nel Digesto o nelle Istituzioni di Giustiniano, il che potrebbe ben avvalorare la tesi della non classicità della parola *emptionalia* e del relativo uso che ne viene fatto.

<sup>41</sup> Si vedano a riguardo le due costituzioni di Giustiniano, entrambe del 531 d.C. in C.7.17.2.1: “... *ut emptor, si victus erat et pro libertate fuerat pronuntiatum, habeat regressum adversus venditorem, ut ei quasi liberae personae venditor reddat id, quod emptionali instrumento continebatur vel natura contractus exigebat.*” e in C.7.37.3.1: “...*sed curatores nostri, per quos solemus substantiam nostram gubernare, necesse habeant in venditionibus rerum et evictionem et alia quae sunt privatae utilitatis pacta emptionalibus instrumentis addere vel quasdam tales obligationes in alienationum instrumentis agnoscere vel in permutationibus vel in transactionibus, si et hoc fuerit celebratum?*”. Come già sostenuto nel testo questi sono gli unici passi in tutto il *Corpus Iuris* in cui si trovi la parola *emptionalia*.

rimento precedente alla necessità del prezzo statuito<sup>42</sup>. Il testo del Codex viene poi<sup>43</sup> affiancato da un ulteriore testo I.3.23pr.<sup>44</sup>, in cui si cerca da un lato di recuperare il contratto di vendita obbligatorio romano classico (nella parte relativa ai contratti “*sine scriptura*”, che “*nihil a nobis huiusmodi venditionibus innovatum est*”) e allo stesso tempo di inquadrare maggiormente le figure ellenistiche e il contratto arrale. In questo modo si crea una variegata disciplina nell’ambito della compravendita e si dà luogo a tre diversi tipi di vendita: l’*emptio venditio* consensuale del diritto classico con effetti obbligatori per il passaggio della proprietà<sup>45</sup>; la vendita arrale che fa prestare una caparra sulla base di un accordo, dando luogo alla cosiddetta “responsabilità arrale<sup>46</sup>”; e una vendita traslativa in forma di contratto scritto che ha anche effetti reali:

*Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit,  
quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit.*

<sup>42</sup> Per questa ultima riflessione sulla contaminazione e sulla compravendita classica, con il riferimento alla necessità del prezzo statuito contenuto nella costituzione di Costantino si veda ancora: M.TALAMANCA, *Vendita* in Enciclopedia del Diritto 46, Milano 1993, p.470ss.

<sup>43</sup> Il testo delle Istituzioni Giustinianee (I.3.23pr.), benché alcuni autori (*in primis* A.D’Ors) lo ritengano precedente, è da datarsi successivamente a quello del Codex (C.4.21.17), che in questo caso doveva essere stato inserito già nell’edizione del 528 d.C e non in quella del *Codex repetitae praelectionis* del 534 d.C., come è stato più volte affermato e provato da diversi romanisti, tra cui Alan Watson, *Law out of context*, Athens (Georgia) 2000, p.29. Inoltre sempre sull’argomento specifico A.WATSON, *Arrha in the Law of Justinians*, in RIDA 6 (1959), pp.385-389. Per l’opinione contraria si veda A.D’ORS, *Las Arras en la compraventa iustiniana*, in IVRA 6 (1955), p.149ss. L’opinione di D’Ors relativa all’inserzione di questo testo nel *repetitae praelectionis* viene anche ripresa da Talamanca: M.TALAMANCA, *Vendita* in Enciclopedia del Diritto 46, Milano 1993, p.475.

<sup>44</sup> Vedi ancora M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.583ss.; p.439ss.

<sup>45</sup> Sull’interpretazione di questa costituzione vedi soprattutto F.GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964, p.32ss. Inoltre sull’intero argomento V.ARANGIO-RUIZ, *la compravendita in diritto romano*, I, Napoli 1978, p.95ss.

<sup>46</sup> In caso di inadempimento del contratto arrale, che ricordiamo ha effetto traslativo della proprietà esattamente nel momento in cui è concluso, la caparra (arra) garantisce che in caso di inadempimento, se la colpa è del futuro compratore, egli perderà la caparra, mentre se la causa è in capo al venditore, egli dovrà restituire la caparra due volte (cioè il doppio di quanto gli era stato dato). Vedi ancora M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.584. Inoltre ancora V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1978, p.90ss.

*nam quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est.*

Le Istituzioni giustiniane propongono, dunque, una distinzione e categorizzazione simile ad un riassunto generale della materia in tema di vendita, che sia per gli istituti che per la terminologia usata sembra da un lato non andare totalmente d'accordo con il Codex (naturalmente a seconda di come si interpreti la Costituzione del 528 a.C.<sup>47</sup>), di cui sembrerebbe recepire in parte la disciplina, e dall'altro sembra essere in contrasto con l'economia generale del *corpus iuris*, dove si verrebbero a creare una serie di istituti, come la vendita traslativa scritta la compravendita con arra e la *emptio venditio* classica ad effetti obbligatori, tutti rappresentanti la compravendita<sup>48</sup>. Inoltre, questo testo delle Istituzioni fa riflettere anche sulla necessità stessa della *traditio*, che sembrerebbe essere ancora confermata non solo dai

<sup>47</sup> In questo senso per giungere a una soluzione del problema si dovrebbe confrontare in maniera esegetica il testo C.4.21.17 con I.3.23, per vedere se e quanto vi sia in comune sia sul piano dei contenuti che su quello testuale e grammaticale. In particolare bisognerebbe capire se i "*prisca iura*" di cui si parla nel primo siano raffrontabili con il "*nihil a nobis huiusmodi venditionibus innovatum est*" del secondo e se entrambe le espressioni si riferiscano alla compravendita romana classica ad effetti obbligatori. Una risposta positiva in questo senso è stata data dalla comparazione esegetica dei testi svolta da Gallo in circa 180 pagine di ricerca. Si veda quindi integralmente F.GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino 1964.

<sup>48</sup> Sull'argomento in generale e in particolare sull'ultimo testo: M.TALAMANCA, *L'unità della vendita in I. 3,23 pr.*, Studi in memoria di A. Giuffrè 1 (1967), p.803ss.; A.D'ORS, *Las Arras en la compraventa iustiniana*, IVRA 6 (1955), p.149ss.; A.WATSON, *Arra in the law of Justinian*, RIDA 14 (1959), p.385ss.; W.SCHUSTER, *Die Funktion der "Arrha" bei Justinian*, Labeo 5 (1959), p.26ss.

passi successivi del testo (si veda ad es. I.3.23.1: *...omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur...*, in cui si fa chiaramente dipendere dalla *traditio* la produzione degli effetti reali della vendita, oppure I.3.23.3 in cui le citazioni della necessità della *traditio* abbondano<sup>49</sup>) ma anche da diversi frammenti del digesto contenuti tutti nel libro XVIII<sup>o</sup>, che si occupa appunto della vendita, in cui la parola *traditio* e la sua necessità appare in moltissimi frammenti, soprattutto in relazione al passaggio dei rischi da venditore ad acquirente e nella determinazione del passaggio della proprietà<sup>50</sup>.

Questa lunga evoluzione della disciplina del contratto di compravendita e dei relativi effetti obbligatori e reali va di pari passo con la ricerca e la comprensione del significato della parola e del concetto di consenso<sup>51</sup>. La parola e il concetto di consenso, infatti, non devono

---

<sup>49</sup> Si veda il testo per farsene un'idea: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablati sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine delectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est. Quodsi fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat animadvertendum erit an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit adhuc ipse dominus est.*

<sup>50</sup> Si vedano in questo senso i diversi studi in questione di Talamanca, che molto si è dedicato allo studio dell'applicazione della *traditio* nei diversi momenti dell'esperienza giuridica romana e in special modo nel diritto Giustiniano, in cui viene messa in evidenza la sua problematicità e la sua apparente scomparsa da alcuni documenti, e allo stesso tempo la sua conservazione in altri. M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp.435-441; M.TALAMANCA, *Osservazioni sull'Arra nel diritto giustiniano*, Mélanges Meylan 1 (1963), p.325ss.; M.TALAMANCA, *Vendita* in *Enciclopedia del Diritto* 46, Milano 1993, p.319ss.

<sup>51</sup> Su questo argomento relativo al significato del concetto stesso di consenso si veda M.SCHERMAIER, *Anachronistische Begriffe oder : "Nicht-römisches" im Römischen Irrtumsrecht*, in P.PICHONNAZ, *Autour du droit des contrats*, Bruxelles 2009, p.55ss.

essere visti con gli occhi moderni della sistematica privatistica che li lega indissolubilmente al passaggio della proprietà o alla formazione dell'obbligazione stessa, ma come l'accordo alla base del contratto e come punto fondamentale dell'autonomia dei privati ed elemento portante dell'operazione negoziale stessa. Il consenso è il punto fondamentale della nascita dell'obbligazione in quanto esprime essenzialmente l'accordo delle parti, senza il quale l'obbligazione non potrebbe nascere.

In questo senso dunque di "accordo"<sup>52</sup> il testo principale e più importante da cui il digesto trae l'importanza del consenso nell'operazione generale della compravendita è quello di Ulpiano in D.18.1.9:

*In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem cornelianum, tu mihi te vendere sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me stichum, tu pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur<sup>53</sup>.*

In questo testo ben si vede come i romani intendessero per consenso non un valore tecnico o un istituto giuridico a se stante, ma appunto

---

Si veda inoltre C.CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, pp.1-37.

<sup>52</sup> Sul significato della parola consenso e sui suoi rapporti con la volontà si veda M.KASER, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p.234ss.; p.526.

<sup>53</sup> Per l'interpretazione generale di questo testo e per gli eventuali problemi di interpolazione si veda l'Analisi di Schermaier: M.SCHERMAIER, *Anachronistische Begriffe oder: "Nichttrömisches" im Römischen Irrtumsrecht*, in P.PICHONNAZ, *Autour du droit des contrats*, Bruxelles 2009, p.83ss.

il semplice accordo delle parti da cui scaturisce l'obbligazione stessa<sup>54</sup>. E proprio in questo senso viene anche la *summa divisio* di Gaio contenuta nel III° libro delle sue Istituzioni<sup>55</sup>, che appunto categorizza alcuni contratti, come ad esempio la compravendita, tra le fonti delle obbligazioni “*ex consensu contractae*”, e cioè contratte sulla base dell'accordo<sup>56</sup>. Obbligazioni che nascono in seguito ad un accordo, come Gaio ben ci dice, e che necessitano solamente di esso per venire a realizzarsi. È da rigettare un'opinione, probabilmente influenzata dalla scolastica e dalle correnti giusnaturalistiche<sup>57</sup>, che vorrebbe quella parte di contratti che Gaio definisce *ex consensu* come contratti consensualistici in senso moderno, o per così dire alla “francese”, e cioè in cui si trasmette la proprietà sulla base del contratto stesso che si regge sul consenso<sup>58</sup>. Gaio infatti non ci parla affatto di effetti traslativi della proprietà. E nessun altro testo romanistico associa il trasferimento della proprietà alla nascita di un'obbligazione *ex consensu*, senza bisogno di alcun altro atto. Come abbiamo visto prima l'unica operazione contrattuale che incorpora il trasferimento direttamente alla conclusione del contratto consensuale è quella o della vendita scritta o della vendita greca con arra<sup>59</sup>. Operazioni negoziali che nascono dalla prassi greca ed ellenistica e che vediamo svilupparsi

<sup>54</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1978, p.107ss.

<sup>55</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p.522ss.

<sup>56</sup> Vedi Gai.3.88-89: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu. E ancora Gai.3.135-136: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.**

<sup>57</sup> Si veda a riguardo l'analisi di I. BIROCCHI, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, in L. VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà in prospettiva storico-comparatistica*, Milano 1991, p.156ss.; E inoltre R.T. TROPLONG, *Della vendita ovvero commentario sul titolo VI°, Libro III° del Codice Civile*, trad. it. a cura di V. DE MATTEIS, Napoli 1854, p.309.

<sup>58</sup> Per una introduzione al sistema di trasferimento della proprietà del *Code Civil* francese e per una lista delle diverse interpretazioni in chiave storico-comparatistica: P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, Torino 1999, p.25ss.

<sup>59</sup> E.J. TAYLOR, *Writing and “Arra” in sale under the “Corpus Iuris”*, LQR 77 (1961), p.1ss.

nell'impero romano, soprattutto orientale, a partire dal tempo di Costantino<sup>60</sup>. Per tutti gli altri periodi, invece, e per il diritto romano originario il consenso rimane semplicemente come "l'accordo" che fa nascere l'obbligazione.

### 3. *Recezione della disciplina romana negli ordinamenti moderni*

Proprio in questo suo significato originario romano di accordo, legato alla volontà delle parti, il consenso si insinua e viene recepito negli ordinamenti moderni. Il consenso è così il minimo comun denominatore dell'autonomia dei privati in campo contrattuale che possiamo trovare come eredità dell'ordinamento giuridico romano in ogni sistema giuridico moderno<sup>61</sup>.

Anche se negli ordinamenti attuali assai variegata è stata la recezione delle forme romane, del nesso di causalità o del principio di astrazione, della necessità della consegna, e del momento del passaggio della proprietà, in merito al contratto di compravendita, è rimasta ferma la centralità del consenso dei privati<sup>62</sup>. In Germania<sup>63</sup> e nei paesi che seguono il suo schema, come ad esempio la Grecia<sup>64</sup>, nell'ambito del passaggio della proprietà in seguito a una compravendita (§§ 433-514 BGB) vi è un negozio obbligatorio (*Verpflichtungsgeschäft*) e un negozio dispositivo (*Verfügungsgeschäft*) astratto che sono assolutamente separati, secondo il cosiddetto *Trennungsprinzip* o anche *Abstraktionsprinzip*<sup>65</sup>, in cui il negozio dispositivo realizza gli effetti reali è sempre astratto e slegato da quello obbligatorio. In altre parole, nel caso di un bene mobile (§ 929 BGB<sup>66</sup>) oltre all'accordo delle parti

<sup>60</sup> E.LEVY, *West roman vulgar law 1. The law of Property*, Philadelphia 1951, p.128ss.; G.G.ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova 1934, p.168.

<sup>61</sup> In generale sull'argomento F.FERRARI, *Principio consensualistico ed Abstraktionsprinzip: Un'indagine comparatistica*, in *Contr. Impr.*, 1992, p.887ss.

<sup>62</sup> G.GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, vol. 1, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano 1998, p.19ss.

<sup>63</sup> K.LARENZ-M.WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 1997, p.458ss.

<sup>64</sup> R.SACCO, *Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, *Riv.dir.civ.* 1979 I, p.451ss.; J.M. RAINER, *Europäisches Privatrecht*, Frankfurt 2007, pp.235-237.

<sup>65</sup> W.FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin 1992, p.156ss.

<sup>66</sup> §929 BGB: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber

sul trasferimento sarà necessaria la consegna della cosa, mentre nel caso di un bene immobile (§ 873 BGB<sup>67</sup>) sarà richiesta oltre a ciò anche un'iscrizione in pubblico registro (Grundbuch). Siamo quindi in presenza di un sistema che ben riprende proprio dal diritto romano classico dividendo ad esempio il negozio che produce effetti obbligatori da quello che trasferisce la proprietà, che per'altro in Germania è astratto esattamente seguendo lo schema della *mancipatio* quale *imaginaria venditio*, come la descrive Gaio. Naturalmente alla base dell'operazione vi è l'accordo delle parti (le due Willenserklärungen di chi vende e chi compra) che deve essere sia alla base del primo che del secondo negozio. In Austria<sup>68</sup>, in cui sulla base dei Paragrafi 380, 424 e 425 dell'ABGB<sup>69</sup> il trasferimento della proprietà si basa su un valido titolo che può fondarsi benissimo secondo il paragrafo 1053<sup>70</sup> sulla vendita, e su un valido "modus" e cioè una "consegna" in senso giuridico (*rechtliche Übergabe*) della cosa, che nel caso di beni immobili deve anche essere iscritta in un registro (§ 431<sup>71</sup>). Qui troviamo di nuovo un negozio obbligatorio (che funge da titolo, come la com-

---

einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums“.

<sup>67</sup> §873 BGB: „(1) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat“.

<sup>68</sup> H.KOZIOL-R.WELSER, *Bürgerliches Recht*, Band I, Wien 2006, p.185 ; p.239ss.

<sup>69</sup> § 380 ABGB: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden“; § 424 ABGB: „Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Verträge; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder, in der Anordnung des Gesetzes“; § 425 ABGB: „Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden“.

<sup>70</sup> § 1053 ABGB: „Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem andern überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln ein Eigentum zu erwerben. Die Erwerbung erfolgt erst durch die Übergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Übergabe behält der Verkäufer das Eigentumsrecht“.

<sup>71</sup> § 431 ABGB: „Zur Übertragung des Eigentumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation)“.



pravendita) e un dispositivo ad effetti reali, ma questa volta causale, ricalcato sulla formula della *traditio ex iusta causa* romana classica e tardo-classica<sup>72</sup>, che rende nullo l'atto traslativo qualora sia nullo anche quello obbligatorio che ne è alla base. Anche qui troviamo ancora una volta l'accordo (in questo caso una "übereinstimmende Willenserklärung" delle parti) alla base del negozio obbligatorio, che regge l'intera operazione giuridica, dal momento che venendo esso meno, l'intero negozio diviene nullo<sup>73</sup>. In Spagna<sup>74</sup>, paese che riprende la tradizione tedesca e austriaca, la proprietà passa in seguito ad un contratto, che ha ad oggetto il suo trasferimento, tramite la tradizione della cosa, come vediamo nell'articolo 609 del Código Civil: "La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción", nonché nell'art 1095: "El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada." Allo stesso tempo il contratto di compravendita spagnolo è un contratto ad effetti obbligatori e inoltre prettamente causale, che è seguito appunto da una tradizione della cosa, come vediamo ad es. dall'art.1445: "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente", nonché dai seguenti articoli e in particolare il 1461,1462 e 1463<sup>75</sup>

<sup>72</sup> I.BIROCCHI, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, in L.VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà in prospettiva storico comparatistica*, Milano 1991, p.156ss.

<sup>73</sup> D.MATTIANGELI, *La nozione di contratto nel diritto privato austriaco*, in S.CHERTI, *La nozione di contratto nella prospettiva storico comparatistica*, Padova 2010, pp.117-133.

<sup>74</sup> In generale si veda sull'argomento T.RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bologna 1993, p.9ss.

<sup>75</sup> J.M.RAINER, *Europäisches Privatrecht*, Frankfurt 2007, p.341ss.; Si veda inoltre il testo dei due articoli: 1461: "El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta"; 1462: "Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario"; 1463: "Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan

sull'obbligo del venditore di consegnare la cosa, del 1500<sup>76</sup> sull'obbligo di pagare il prezzo. Inoltre in Spagna, qualora si venda una cosa immobile ci sarà l'obbligo di registrazione per l'opposizione del diritto a terzi (art. 605-606<sup>77</sup>). Un sistema, quello spagnolo, che ricalca, similmente a quello austriaco, il sistema romano classico e tardo-classico della *traditio ex iusta causa classica*<sup>78</sup>. In Italia<sup>79</sup>, come vediamo nell' Articolo 1376 c.c.: "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato", in Francia<sup>80</sup>, come vediamo dall'art. 1583 Code Civil, Titolo VI "De la Vente": "Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé", nonché grazie al disposto dell'articolo Art. 711 Code Civil<sup>81</sup>: "La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations", per l'acquisto della proprietà tramite obbligazione, e in tutti gli altri paesi che seguono lo schema inaugurato dal Code Napoleon, invece il contratto di compravendita produce immediatamente effetti reali sulla base del consenso, dal momento che il momento obbligatorio e quello traslativo della proprietà si uniscono insieme, e inoltre il contratto di

---

almacenados o guardados; y por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo".

<sup>76</sup> J.M.RAINER, *Europäisches Privatrecht*, Frankfurt 2007, p.340; Nonchè il testo integrale: "El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida".

<sup>77</sup> Vedi gli articoli del Código Civil: 605: "El Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles"; 606: "Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican a tercero".

<sup>78</sup> J.L.DE LOS MOZOS, *Estudio sobre derechos de los bienes*, Madrid 1991, p.81ss.

<sup>79</sup> Si veda in generale C.M.BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano 1987, p.499ss.; Nonché lo studio di P.M.VECCHI, *Il principio consensualistico*, Torino 1999, p.3ss.

<sup>80</sup> P.M.Vecchi, *Il principio consensualistico*, Torino 1999, p.33ss.

<sup>81</sup> J.CARBONNIER, *Droit Civil 3. Les biens*, Paris 1992, p.194ss.

compravendita risulta sempre causale e basato appunto sulla vendita stessa<sup>82</sup>. Seguendo così lo schema tardo- classico della vendita scritta ad effetti traslativi inaugurata di derivazione greco-ellenistica e introdotta nel diritto romano ufficialmente dall'epoca di Costantino. Anche in questo sistema "consensualistico" vediamo ancora una volta come il consenso, e cioè l'accordo delle parti sia alla base di tutti i relativi e conseguenti effetti giuridici.

Come avevamo precedentemente detto, dunque, un filo comune, quello del consenso, che anche se in maniera diversa e sulla base di teorie dottrinali e giuridiche contrastanti, tiene uniti e accomuna tutti i sistemi di derivazione romanistica, dimostrando ancora una volta come proprio l'elemento dell'accordo fosse per i romani e per chi ha deciso di riprendere i loro insegnamenti il "motore" dell'intera operazione contrattuale della compravendita.

---

<sup>82</sup> P.M.Vecchi, *Il principio consensualistico*, Torino 1999, p.27ss.