

Marco Fratini

IL CONTRATTO

edizione **2026**



6. Il principio consensualistico in una prospettiva di analisi economica del diritto

Da un punto di vista dell'analisi economica del diritto, il principio consensualistico ha il vantaggio di ridurre al minimo gli adempimenti richiesti per il trasferimento della proprietà, essendo necessario un solo atto; ciò avvantaggia gli scambi, perché riduce i costi di transazione. L'effetto traslativo del consenso, quindi, favorisce la circolazione della ricchezza.

La moderna contrattazione ha esigenze di rapidità e di snellezza che sarebbero frustrate se, ai fini del trasferimento della proprietà, si richiedesse un adempimento ulteriore rispetto allo scambio dei consensi.

Il principio del consenso traslativo ha il limite di esporre l'acquirente al rischio che l'alienante, avendogli trasferito la proprietà del bene sulla base del consenso ma avendo conservato la disponibilità materiale del bene stesso, possa sottrarlo, distruggerlo, deteriorarlo, consumarlo, o ancora alienarlo a terzi, i quali ne possono acquisire la proprietà, in buona fede, *a non domino* ai sensi dell'art. 1153 c.c. o in forza di una trascrizione anteriore, in questo secondo caso a prescindere dalla loro buona o male fede.

Il sistema tedesco, basato sul modello romanistico dell'astrattezza dei modi di acquisto della proprietà, elimina questi rischi, dato che l'acquirente diventa proprietario solo in virtù della consegna o della trascrizione. In generale, i sistemi che subordinano il trasferimento della proprietà alla consegna della cosa proteggono in massimo grado il proprietario, che non perde la proprietà della cosa finché non l'abbia consegnata e, quindi, nel suo patrimonio non ne sia entrato l'equivalente in danaro.

Per altro aspetto, il principio consensualistico giova all'alienante. Il passaggio dei rischi relativi alla cosa venduta è retto dal principio *res perit domino*: esso è enunciato con chiarezza dall'art. 1465, comma 1, c.c., secondo cui la distruzione accidentale della cosa dopo la produzione dell'effetto traslativo "non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata". L'effetto traslativo del consenso espone l'acquirente al rischio di dover pagare (o, se ha già pagato, di non poter ripetere) il prezzo di un bene che non può essergli consegnato perché perito prima della consegna (per causa non imputabile all'alienante).

7. Le deroghe al principio consensualistico

Il principio consensualistico si è affermato nel nostro sistema più come "tendenza" che come "dogma". L'ordinamento, infatti, prevede casi in cui l'effetto traslativo è differito a un momento successivo alla conclusione del contratto e si produce in virtù di un atto diverso dal contratto e, quindi, non in base al solo consenso. Ciò è previsto in nome di interessi giudicati prevalenti rispetto all'interesse sotteso alla regola consensualistica. Occorre evidenziare che il principio consensualistico non statuisce che l'effetto traslativo si produca immediatamente (ossia al momento stesso della stipulazione del contratto), bensì che esso si produca direttamente, ossia in base al contratto, senza atti

ulteriori. Quando l'effetto traslativo sia differito per volontà delle parti contraenti (termine iniziale o condizione sospensiva), ma derivi comunque dal contratto, non si ha propriamente un'eccezione al principio consensualistico, quando piuttosto un differimento della sua operatività: il contratto costituisce pur sempre il titolo e il modo di acquisto del diritto da parte dell'avente causa, anche se l'acquisto si realizza in un momento successivo al contratto.

Nei successivi paragrafi sono analizzate le singole ipotesi di deroga al principio del consenso traslativo.

■ 7.1 La vendita obbligatoria

Il principio consensualistico, pur ricollegando l'effetto traslativo alla sola volontà delle parti contraenti, non vieta che esse possano liberamente differire la produzione di tale effetto, ad esempio apponendo al contratto un termine iniziale ovvero una condizione sospensiva.

Nei due esempi fatti, non si tratta di una vera e propria deroga al principio consensualistico. Tale principio comporta infatti non che l'effetto derivativo si produca immediatamente (ossia, al momento stesso della stipulazione del contratto), bensì che esso si produca direttamente (ossia, senza necessità di atti ulteriori rispetto al contratto). Sebbene l'effetto derivativo sia differito per volontà delle parti contraenti mediante termine iniziale o condizione sospensiva, il contratto costituisce pur sempre il titolo idoneo all'acquisto del diritto da parte dell'avente causa.

Le parti contraenti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possono ad esempio liberamente convenire che la vendita (di una cosa determinata) produca effetti obbligatori.

■ 7.2 La vendita di cosa altrui e la vendita di cosa futura

Quando la cosa alienata è futura ovvero è in proprietà di un terzo, l'effetto traslativo non si può produrre al momento della stipulazione del contratto: nessuno può trasferire un diritto di cui non sia titolare (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).

Si realizza in questi casi un differimento temporale dell'effetto traslativo (artt. 1348 e 1472 c.c.). Il dante causa resta intanto obbligato a fare acquistare il diritto all'avente causa (arg. art. 1476, n. 2 c.c.).

Il contratto costituisce il titolo (astrattamente) idoneo all'acquisto del diritto: è pertanto immediatamente trascrivibile (se ha a oggetto un bene immobile o mobile registrato) e costituisce un titolo idoneo a determinare un acquisto *a non domino* ai sensi degli artt. 1153, 1159, 1159-bis, 1160, c. 2, 1162 c.c.. Il contratto resta dunque a effetti reali, sebbene essi siano differiti dalla legge.

Non si tratta dunque di una vera e propria deroga al principio consensualistico: tale principio non richiede che l'effetto derivativo si produca immediatamente (ossia, al momento stesso della stipulazione del contratto), bensì che esso si produca direttamente (ossia, senza necessità di atti ulteriori rispetto al contratto). Nelle fattispecie qui considerate, sebbene l'effetto derivativo sia differito dalla legge, il contratto costituisce pur sempre il titolo idoneo all'acquisto del diritto da parte dell'avente causa.

E infatti, secondo quanto prevede l'art. 1478, comma 2, c.c., il compratore di una cosa altrui diventa proprietario di quest'ultima non appena il venditore ne abbia acquistato la proprietà dal precedente titolare.

■ 7.3 La vendita alternativa e con facoltà alternativa

L'effetto traslativo non si produce immediatamente neppure nel caso di vendita alternativa: Tizio diventa proprietario alternativamente di uno solo dei diversi beni che formano oggetto del contratto. La determinazione del bene trasferito dipende dalla scelta della parte o di un terzo fra due o più possibilità. Tale contratto non produce effetti traslativi immediati: tali effetti sono differiti al momento della scelta del bene. Ed è all'atto di scelta del bene che si determina la produzione dell'effetto traslativo. Si realizza quindi una scissione tra il titolo (il contratto) e il modo (la scelta del bene) di acquisto del diritto.

Diverso è a dirsi nel caso di vendita con facoltà alternativa, che determina il trasferimento immediato di un bene già determinato, fatta salva la facoltà di produrre alternativamente il trasferimento di un diritto diverso. Tizio diventa proprietario del bene per effetto del consenso, salva la facoltà della parte di trasferire in alternativa un bene diverso da quello già trasferito.

■ 7.4 La vendita di cosa generica

Si definisce vendita di cosa generica quella avente a oggetto non una res specifica designata nella sua concreta identità, bensì uno o più beni che vengono indicati unicamente tramite il *genus* cui appartengono e che pertanto necessitano di successiva ulteriore individuazione.

Per questo tipo di vendita, l'effetto traslativo non può prodursi immediatamente, non essendo stato determinato il bene da trasferire. Ai sensi dell'art. 1378 c.c., l'effetto traslativo dell'alienazione avente a oggetto una cosa generica si produce soltanto a seguito dell'individuazione, la quale può essere fatta d'accordo tra le parti o negli altri modi da esse stabiliti.

L'effetto traslativo risulta quindi differito al momento dell'individuazione, e in tal senso deve essere intesa la qualificazione in termini di "vendita obbligatoria".

L'individuazione costituisce dunque un autonomo atto giuridico, con cui si assegnano cose concrete in esecuzione di un'obbligazione traslativa generica.

■ 7.5 Il sistema tavolare

In alcune parti del territorio nazionale (regioni a statuto speciale del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia, e anche in alcune zone delle province di Belluno e di Brescia), è stato conservato il sistema di pubblicità immobiliare dei libri fondiari, introdotto durante la precedente dominazione austriaca.

Nell'ambito di tale sistema (c.d. reale) non è applicabile il principio consensualistico, il quale è espressamente derogato dall'art. 2, c. 1 e 2, r.d. n. 499/1929. I diritti che sono assoggettati a tale pubblicità non si costituiscono dunque per effetto del solo consenso delle parti legittimamente manifestato, bensì soltanto a seguito della loro iscrizione nei