

UNIVERSITÀ DI CATANIA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di ricerca in Diritto Privato dell'Economia
XXIII ciclo

TESI DI DOTTORATO

*Obbligazioni di dare e negozi di adempimento traslativi
con causa esterna*

Dott.ssa Tatjana Castano

*Coordinatore: Chiar.mo Prof. M. Paradiso
Tutor: Chiar.mo Prof. C. Turco*

a.a. 2010-2011

*Obbligazioni di dare e negozi di adempimento traslativi
con causa “esterna”*

INTRODUZIONE: Individuazione del problema e piano di
indagine.....3

Capitolo I

LA CAUSA E LE PRESTAZIONI “ISOLATE”

I.1 Premessa.....19

I.2 Principio consensualistico, obbligazioni di dare e
ammissibilità o meno di un atto traslativo atipico nel
nostro ordinamento.....21

I.3 *Segue*. Derogabilità del principio consensualistico?.....35

I.4 La scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* nel sistema
tedesco e in altri ordinamenti giuridici.....40

I.5 Il principio di necessaria causalità nell’ordinamento
giuridico italiano.....49

I.6 *Segue*. Evoluzione del principio “causale”: dalla causa in
astratto alla causa in concreto.....57

I.7 Tipologia e natura giuridica delle obbligazioni di dare.....71

I.8 *Segue*. Le diverse ricostruzioni della giurisprudenza.....77

I.9 Natura giuridica dell’atto di adempimento e del c.d.
pagamento traslativo.....88

Capitolo II

*VIZI ORIGINARI E “DISFUNZIONI” SOPRAVVENUTE NEI NEGOZI DI
ADEMPIMENTO TRASLATIVI CON CAUSA “ESTERNA”*

II.1 Premessa.....97

II.2 Implicazioni reciproche tra vizi del contratto consensuale e atto di adempimento traslativo.....	99
II.3 Le disfunzioni sopravvenute dei negozi di adempimento traslativi: ambito di operatività della nullità e <i>condictio indebiti</i>	103

Capitolo III

TIPOLOGIE DI NEGOZIO DI ADEMPIMENTO TRASLATIVO CON CAUSA "ESTERNA"

III.1 Premessa.....	118
III.2 Contratti ad effetti obbligatori con causa di pagamento: il ritrasferimento del mandatario nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili.....	120
III.3 Il legato di cosa dell'onerato o di un terzo.....	130
III.4 Il collegamento tra contratto preliminare e contratto definitivo.....	135
III.5 <i>Segue</i> . Il preliminare di donazione come fonte di una obbligazione di dare.....	145
III.6 I conferimenti di proprietà nelle società di persone.....	151
III.7 Gli accordi patrimoniali traslativi in sede di separazione personale e di divorzio.....	161
 <i>INDICE BIBLIOGRAFICO</i>	 171
 <i>INDICE GIURISPRUDENZIALE</i>	 181

INTRODUZIONE: INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA E PIANO DI INDAGINE.

Il presente lavoro è precipuamente rivolto a verificare la possibilità che, nel nostro ordinamento giuridico, l'attribuzione patrimoniale a favore di un soggetto possa attuarsi anche al di fuori della dicotomia causale rapporto di scambio-liberalità e, quindi, l'ammissibilità del c.d. *adempimento traslativo*, detto anche pagamento traslativo: espressione con la quale, com'è noto, si è soliti indicare un negozio unilaterale di trasferimento, privo di funzione tipica, ma non per questo astratto, in quanto posto in essere con la funzione "espressa" (c.d. *expressio causae*) di adempiere un preesistente rapporto obbligatorio nel quale esso trova giustificazione (c.d. *causa "esterna"*).¹

In particolare, la nostra indagine prenderà le mosse dalla ricostruzione teorica e giuridica del c.d. *negozio di adempimento traslativo*: operazione, questa, che non potrà non coinvolgere in maniera diretta i concetti di causalità e astrattezza, di tipicità e atipicità dei contratti, il concetto di causa del contratto nonché il principio consensualistico.

¹ In tal senso SCALISI V., voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 85 ss.; cfr. sin d'ora SCUTO C., *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 24 ss.; GIORGIANNI M., voce *Pagamento (dir. civ.)*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1957, p. 321, MENGONI L., REALMONTE F., voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, I, XIII, Milano, 169 ss.; DI MAJO A., voce *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 518 ss.; DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 218 ss.; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, 735 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 525 ss.; GIANOLA A., *Atto gratuito atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002; NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale: dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 6, 823 ss.

Secondo la dottrina tradizionale,² la figura del negozio di adempimento traslativo poteva esistere solo in ordinamenti, come ad esempio quello tedesco, nei quali è rimasta ferma la separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*: il *titulus* (ad es., una donazione o una compravendita) costituisce il contratto causale, produttivo di una obbligazione di dare in senso (non materiale, bensì) tecnico o giuridico; mentre il *modus* è un negozio traslativo astratto, produttivo di un suo proprio effetto indipendentemente dai vizi del *titulus*.³ Nel sistema germanico si potrebbe dunque parlare di un'obbligazione di dare in senso tecnico e cioè di un'obbligazione di porre in essere un autonomo atto traslativo del diritto, al tempo stesso necessario e sufficiente a produrre l'effetto modificativo.⁴

² Hanno negato la configurabilità di ipotesi di pagamento traslativo nel nostro sistema, tra gli altri, GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 3; PuGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 413 ss; COSTANZA M., *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nota a Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1243.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 20 novembre 1992 n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, 2759; Cass.n. 9500/1987, cit., 1237.

³Come vedremo, nel sistema tedesco il negozio dispositivo (*modus*) è un negozio astratto, dal momento che esso può limitarsi ad indicare il trasferimento del bene da A a B senza menzionare la precedente vendita (*titulus*) e cioè la propria causa, risultando l'atto egualmente idoneo a procurare l'acquisto a B. In questo senso, si manifesta il principio di astrazione: fra le parti, l'atto opera anche se non vi è stata la c.d. *expressio causae*. Peraltro, qualora emerga in seguito la mancanza di causa, (ad es. la vendita era invalida), A potrà agire verso B per la restituzione del bene: il principio causale opera così, seppure *ex post*, anche nell'ordinamento tedesco. Tuttavia, se prima dell'esperimento dell'azione di restituzione di A, B avesse già alienato a C, la dimostrata mancanza di causa non travolgerà il trasferimento da B a C ed A avrà diritto solo ad un'azione personale (risarcitoria) verso B. L'acquisto di C sarà, dunque, salvo anche se fondato su un precedente trasferimento privo di causa e tornando così ad operare il principio di astrazione, in quanto la mancanza di causa è irrilevante verso i terzi. Cfr. ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001, 202 ss.

⁴ L'ordinamento giuridico italiano, per la dottrina tradizionale, non sembra più contemplare ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico, cioè che impongono al debitore di compiere un successivo negozio di trasferimento del diritto a favore del creditore. Anche l'odierno art. 1177 cod. civ., nel quale testualmente si parla di consegnare, si riferisce ad ipotesi nelle quali la vicenda traslativa di un diritto si è già perfezionata e residua la necessità di procurare al soggetto acquirente, che in questi limiti è anche creditore, la materiale disponibilità della cosa stessa (possesso o detenzione), custodendola. Bisogna dare atto, tuttavia, della tesi secondo la quale le obbligazioni di dare in senso tecnico nel nostro sistema giuridico si possono ancora riscontrare nel caso in cui il contratto, pur se

Nel sistema giuridico italiano e francese, invece, in forza del principio consensualistico e di quello di causalità, si ritiene tradizionalmente che i contratti diretti alla costituzione o al trasferimento di diritti non possano esaurire la loro funzione nella costituzione di un'obbligazione di dare, ma debbano necessariamente avere efficacia reale: nei suddetti ordinamenti, pertanto, non sarebbe ipotizzabile un atto negoziale traslativo *solvendi causa*. Alla base di questa concezione vi è la convinzione che la giustificazione causale di una vicenda attributivo-traslativa debba essere costituita esclusivamente da una causa onerosa oppure liberale. Più precisamente, parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità hanno per lungo tempo negato l'ammissibilità di un negozio di trasferimento atipico, quale il pagamento traslativo, che, non assolvendo ad una funzione negoziale tipica, non avrebbe potuto non assumere la struttura di un negozio astratto: intendosi, nella specie, quest'ultimo termine come sinonimo di mancanza sostanziale della causa quale ragione che concretamente giustifichi il contratto, perché il negozio non sarebbe conforme al tipo legislativo; e non già nel significato di mancata menzione formale della stessa causa (cd. *expressio causae*).⁵ Altra dottrina ha peraltro rilevato che non esisterebbe

destinato a trasferire un diritto reale, non può produrre immediatamente l'effetto traslativo: si pensi alle ipotesi di vendita c.d. "obbligatoria".

⁵Cfr., al riguardo, nota n.3). La distinzione tra obiettiva inesistenza della causa e mancata menzione della stessa è opportuna e coinvolge la corretta configurazione della categoria del negozio astratto. Nel sistema giuridico italiano i casi di astrazione causale, nella duplice veste della astrazione processuale e della astrazione sostanziale, sono tassativamente previsti dal legislatore.

piena coincidenza fra atipicità ed astrattezza (e, *a contrario*, fra tipo e causa), in quanto scambio e liberalità non rappresenterebbero le uniche categorie di cause idonee ad assicurare il fondamento imposto dall'art. 1325, n. 2, c. c. agli atti attributivo-traslativi: la vendita, la donazione, la permuta, non costituirebbero quindi gli unici atti idonei a perfezionare il trasferimento della proprietà.⁶ A sostegno di siffatta impostazione si possono richiamare alcune fattispecie negoziali come i negozi posti in essere *solvendi causa* o quelli posti in essere *causa familiae* o, ancora i trasferimenti a scopo di garanzia, in ordine ai quali sono state superate le obiezioni alla loro ammissibilità: essi sarebbero infatti supportati da una causa autonoma e sufficiente.⁷ Da ultimo, l'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2645-ter c.c., relativo ai negozi di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, costituirebbe prova tangibile

Com'è noto, si tratta di negozi in cui gli effetti si producono astraendosi o prescindendosi dalla causa che rimane, per così dire, accantonata. Tuttavia, una causa c'è e "rileva nel senso che la sua inesistenza o la sua illiceità toglie efficacia all'attribuzione patrimoniale ma la reazione dell'ordinamento è, per così dire, ad effetto ritardato"; così TORRENTE A.- SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 18^a ed, Milano, 531. Si ricorda che ciò è possibile perchè nei negozi ad effetti obbligatori (ad es., promessa di pagamento o delegazione astratta) la causa si presume e può rimanere inespressa: in questo senso si parla di astrazione (processuale), a differenza che nel campo dei diritti reali in cui la causa non menzionata si presume inesistente. Ipotesi emblematica, sebbene discussa, di astrazione in senso sostanziale, cioè di negozio il cui funzionamento è svincolato dalla causa, sarebbe la cambiale (in cui, però, lo svincolo dalla causa opera solo verso i terzi cui sono inopponibili le eccezioni relative ai vizi causali, ma non tra le parti o contraenti diretti).

⁶GIORGIANI M., voce "*Causa*", in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 564; MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, cit. 200 ss.

⁷LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007, il quale, tra gli altri, ricorda gli atti di puro trasferimento posti in essere in attuazione di accordi-quadro quali la concessione di vendita, gli atti di adempimento di obbligazioni naturali mediante il trasferimento di proprietà, i contratti gratuiti atipici, i negozi traslativi di proprietà esecutivi di obbligazioni di risarcimento del danno derivante da illecito. DORIA G., *Autonomia privata e "causa familiare"*. *Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio*, 209; GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, 95; DONISI C., *Il problema dei negozi ...*, cit., 285 ss.

dell'apertura, da parte del nostro legislatore, ai negozi con causa traslativa atipica, una volta vagliata la meritevolezza e la liceità dell'operazione posta in essere. In questo senso, parte della dottrina ritiene non sia del tutto peregrino parlare di affrancazione dell'effetto traslativo dall'alternativa scambio-liberalità e, conseguentemente, soffermarsi sulla pluralità di ragioni giustificative del trasferimento del diritto, analizzando quest'ultimo, oltreché dal punto di vista della causa, anche da quello degli effetti. In ordine a quanto appena affermato, si è appunto suggerito di spostare l'attenzione dal tipo legislativo alla ragione concreta dell'operazione negoziale, cioè alla c.d. causa in concreto. Con quest'ultima espressione la dottrina⁸ e, da ultimo, anche la giurisprudenza di legittimità⁹ sono solite riferirsi ad una accezione di causa intesa non come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare. Si fa riferimento, in altri termini, alla causa come funzione individuale del singolo, specifico

⁸Fra gli altri, FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 353; SACCO R. DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2004, 784 ss.

⁹Così. Cass. Civ. 8 maggio 2006 n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, 621 con nota di RIMOLDI F., considerata una sentenza c.d. spartiacque in merito all'adozione, da parte dei giudici di legittimità, della nozione di causa "in concreto" piuttosto che di causa in senso oggettivo. Nel formulare il suddetto principio la Suprema Corte ha considerato privo di causa, e conseguentemente viziato da nullità, il contratto concernente un'attività di consulenza avente ad oggetto la valutazione di progetti industriali e di acquisizione di azienda intercorso tra una società di consulenza, che ne aveva contrattualmente assunto l'incarico ed un soggetto che la stessa attività svolgeva già simmetricamente e specularmente in adempimento delle proprie incombenze di amministratore della medesima società conferente. V. anche Cass. civ. III sez., 21 luglio 2007 n. 16315 in *Contratti*, 2008, 1, 56 e Cass. civ. sez. III 20 dicembre 2007, n. 26958, entrambe in materia di cc. dd. contratti di viaggio-vacanza; Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.* 1998, 2, 1039 ss., con nota di CLARIZIA R., *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento del lease back*; Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805 in *Corr. giur.*, 360, con nota di CARBONE V., *Lease back e patto commissorio*.

contratto, a prescindere dallo stereotipo contrattuale astratto, «fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti»¹⁰. Da questo punto di vista, allora, e al fine che ci riguarda, è evidente come il problema dei negozi di adempimento traslativi con causa “esterna”¹¹ è strettamente connesso al tema della c.d. *causa in concreto*, specificandosi, essenzialmente la stessa nell’esistenza di un rapporto obbligatorio antecedente al quale il negozio dà esecuzione e che dev’ essere espressamente in esso menzionato (c.d. *expressio causae*) affinché il negozio sia valido. Precisando ulteriormente, se da una parte l’*expressio causae* non si ritiene strettamente indispensabile, dall’altra non si reputa neppure da sola sufficiente per la validità dell’atto perché l’effettiva esistenza della causa al momento della conclusione dell’atto andrebbe comunque verificata: una prestazione isolata posta in essere *solvendi causa* sarebbe dunque nulla ove la causa, nonostante l’*expressio*, mancasse perché fa difetto l’obbligazione da adempiere.¹² Peraltro, come vedremo, nelle prestazioni c.d. *isolate*¹³ la causa (ad

¹⁰ Così, testualmente, Cass. 8/5/2006, n. 10490., cit.

¹¹ Anche noti come prestazioni “isolate”: espressione pregnante con la quale si suole indicare il nudo atto di adempimento (c.d. pagamento traslativo) separato (isolato) dal negozio causale che giustifica lo spostamento patrimoniale, al quale peraltro è collegato; cfr MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Milano, 3^a ed., 203: “Nelle ipotesi in cui l’atto di disposizione è “isolato” [...] la causa giustificativa del trasferimento è fuori dal rapporto negoziale e risiede in un rapporto precedente al quale la prestazione esecutiva è collegata da una funzione traslativa”; NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale, dal pagamento traslativo all’atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 6, 828 ss.

¹² Cfr. SACCO R. – DE NOVA G., in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco R., 3^a ed, Torino, 2004, 828 in cui si legge: “Manca qualsiasi base per ipotizzare che una alienazione effettuata per causa solutoria sia operativa nonostante la falsità della causa”.

¹³ Cfr. la superiore nota n. 11.

esempio, *solvendi*) per un verso è interna all'atto, per cui non potrebbe, a rigore, parlarsi di negozi con causa "esterna"; mentre, per altro verso, l'accertamento della sua esistenza dipende da presupposti causali esterni all'atto. In quest'ultimo senso si suole, anche, parlare di causa "remota".¹⁴ Affermare che una causa, seppure esterna e remota, esiste e, anzi, regge l'intera sequenza che lega il contratto causale all'atto di adempimento traslativo (quest'ultimo posto in essere espressamente per dare esecuzione alla concreta ragione economico-sociale perseguita col primo), significa in definitiva affermare che anche il pagamento traslativo¹⁵ ottempera al principio generale della necessaria causalità che domina il nostro ordinamento giuridico.

Quanto fino ad ora affermato è propedeutico allo studio di un'ulteriore questione di non minore importanza, che ha indotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla natura negoziale o meno del negozio di adempimento traslativo:¹⁶ mentre da una parte, infatti, il trasferimento del diritto di proprietà

¹⁴ V. NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale, dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 6, 828 ss

¹⁵ Si ripete, con questa espressione, analoga a quella di *adempimento traslativo*, si è soliti indicare un negozio unilaterale di trasferimento, privo di funzione tipica, ma non per questo astratto, in quanto posto in essere con lo scopo "espresso" (c.d. *expressio causae*) di adempiere un preesistente rapporto obbligatorio nel quale esso trova giustificazione e causa (c.d. *causa "esterna"*).

¹⁶ Si veda Di MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 368 ss; secondo PUGLIATTI, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 425, "basta ritenere che il trasferimento presupponga un atto di natura negoziale e che il pagamento non possa inquadrarsi nello schema del negozio giuridico, per giungere, sillogisticamente, alla conclusione della incongruenza logica tra pagamento ed effetto traslativo".

In Giurisprudenza cfr. Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, n. 10612, con nota di GAZZONI F., "*Babbo Natale e l'obbligo di dare*", in *Giust. Civ.*, 1991, I, 2896; Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. Giur.*, 1988, 144 con nota di MARICONDA.V.; App. Torino, 9 maggio 1980, in *Giur. It.*, 1981, I, 2, 19 ss.

presupporrebbe un atto di natura negoziale, dall'altra l'adempimento (cioè l'esecuzione della prestazione dovuta) viene alternativamente annoverato tra i fatti giuridici¹⁷ ovvero tra gli atti giuridici in senso stretto¹⁸ (diversi dagli atti giuridici negoziali).¹⁹ Al riguardo, a parte un'unica voce negativa, peraltro autorevole,²⁰ non si ritiene che la qualificazione di un atto come dovuto sia incompatibile con l'idea di negozialità, perché la prima qualificazione si riferirebbe ad un dato di carattere funzionale, mentre la seconda riguarderebbe il contenuto di alcune ipotesi di adempimento.²¹ Si è infatti osservato che, ove si versi nell'ambito di prestazioni prettamente materiali, non occorrerebbe che l'adempimento sia sorretto da una struttura negoziale; laddove dovrebbe dirsi diversamente per le prestazioni che comportano lo svolgimento di un'attività giuridicamente qualificata, sicchè in tal caso, l'adempimento avrebbe una connotazione più specificamente negoziale.²² Come si vedrà nel corso del primo capitolo del

¹⁷ Come è noto, il fatto giuridico è quell'evento naturale che accade e produce i suoi effetti giuridici indipendentemente da qualunque attività consapevole e volontaria dell'uomo (ad es. la nascita, la morte, un'alluvione).

¹⁸ Con questa espressione (equivalente a quella di atto giuridico puro e semplice o di atto non negoziale) si fa riferimento a comportamenti umani involontari, oppure a comportamenti tenuti volontariamente ma senza la volontà di produrre gli effetti giuridici che le norme fanno discendere da essi.

¹⁹ Gli atti giuridici negoziali (o negozi giuridici) sono, invece, gli atti volontari, in cui volontà dell'autore non è solo quella di compiere l'atto, ma anche di determinare quegli effetti giuridici che le norme fanno derivare dall'atto.

²⁰ DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, op. ul. cit. 368ss.

²¹ Cfr. Cass., 8 giugno 1977, n. 2354, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n 17 e Cass., 7 luglio 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 111.

²² A tal proposito si è fatto l'esempio del contratto definitivo che, pur essendo di natura negoziale è atto dovuto di adempimento del contratto preliminare. Cfr. sin d'ora SCUTO C., *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 352; GIORGIANNI M., voce *Pagamento* (diritto civile), in *Nov. Dig. it.*, XII; I, 1957, 317 ss.; MENGONI L.- REALMONTE F., voce *Disposizione (atto di)*, cit., 189 ss.;

presente lavoro, optare per l'una o per l'altra soluzione non è privo di conseguenze sul piano giuridico, non ultima quella concernente la capacità (legale d'agire e/o naturale) in capo a chi compie l'atto di adempimento.

Un corretto inquadramento giuridico del negozio di adempimento traslativo con causa esterna richiede, altresì, un'analisi relativa alla veste giuridica ed alla tecnica di formazione dello stesso; problematica, questa, oggetto di un vivace dibattito tra gli studiosi dell'argomento. Spesso lo spunto per una riflessione sull'inquadramento della fattispecie è derivato da casi giurisprudenziali molto noti e della complessa diatriba sorta in occasione degli stessi si darà atto nel paragrafo relativo alla tipologia e alla natura giuridica delle obbligazioni di dare. In questa sede può anticiparsi che, mentre la dottrina prevalente e la giurisprudenza della Suprema Corte ritengono che debba ricorrersi allo schema del contratto con obbligazioni del solo proponente ai sensi dell'articolo 1333 c.c., la cui struttura unilaterale ben si presterebbe alla realizzazione di un negozio di adempimento traslativo con causa "esterna",²³ altra parte della dottrina, avallata da certa giurisprudenza, supera il dettato normativo di cui all'art. 1987 c.c. (che, come è noto, prescrive che la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge) e ammette la possibilità di un negozio

²³ Cass. 21 dicembre 1987 n 9500, cit..

unilaterale atipico di trasferimento immobiliare,²⁴ ritenendo piuttosto che il ricorso all'art. 1333 c.c. sconterebbe l'alea di subordinare il trasferimento del diritto di proprietà del bene al mancato rifiuto dell'*accipiens*. D'altra parte non manca, soprattutto nella pratica degli studi notarili, una ricostruzione del negozio di adempimento traslativo come contratto senza corrispettivo con causa "esterna", in cui il trasferimento si realizzerebbe a fronte del consenso legittimamente manifestato da entrambe le parti e in adempimento dell'obbligo assunto in precedenza.

Come si può rilevare da quanto esposto, la presenza di un atto di adempimento "estraneo" al contratto traslativo, seppur allo stesso connesso, ha esiti particolari a livello giuridico e pratico. Tra le altre, si pensi alle conseguenze legate ai vizi originari ed alle disfunzioni sopravvenute dei negozi di adempimento traslativi con causa "esterna". Nello specifico, si proverà a chiarire, nel corso del secondo capitolo, quali conseguenze abbiano le vicende relative al contratto consensuale sull'atto di adempimento traslativo, e viceversa. Soprattutto, si analizzerà se e quando vizi, disfunzioni sopravvenute o anche mere irregolarità dell'uno siano atti a travolgere l'altro, in ottemperanza al brocardo *simul stabunt simul cadent*; ovvero possano non influire sul meccanismo operativo della sequenza contratto causale-atto di adempimento traslativo,

²⁴ CHIANALE A., *Obbligazione di dare ed atti traslativi solvendi causa*, nota a Cass., 12 giugno 1987, n. 5147; SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo e art. 1333 c. c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 529 ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 805 ss., nonché in "*Babbo Natale e l'obbligo di adempiere*", nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, 2896 ss.; DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 282.

che rimarrebbe in piedi. Allo stesso modo, esamineremo la reazione dell'ordinamento giuridico qualora uno dei due momenti (*titulus* o *modus*)²⁵ risulti inficiato da un vizio di validità: è dubbio, infatti, se operino i consueti rimedi dell'annullabilità e della nullità e, in quest'ultima ipotesi, quali siano le conseguenze di un'eventuale pronuncia di nullità (del *titulus* o del *modus*) sugli acquisti dei terzi subacquirenti. L'analisi, come vedremo, prenderà le mosse dalla constatazione che il principio consensualistico delineato dal codice del 1942 comporta l'assorbimento dell'atto di adempimento traslativo (*modus*) nel contatto consensuale (*titulus*) rendendo così partecipe il primo dei vizi del secondo: qualsiasi ipotesi di nullità del *titulus* dovrebbe quindi di regola impedire l'effetto traslativo, travolgendo anche eventuali trasferimenti nei confronti di terzi subacquirenti, ai quali il vizio sarebbe opponibile.²⁶ Questo meccanismo non opera, al contrario, per le prestazioni c.d. *isolate*,²⁷ ove *titulus* e *modus* rimangono distinti - per cui l'atto di adempimento produrrà l'effetto traslativo a prescindere ed autonomamente dalle vicende concernenti eventuali

²⁵ Non sembra superfluo ricordare che il *titulus* (ad es. una donazione o compravendita) costituisce il contratto causale, produttivo di una obbligazione di dare in senso tecnico; mentre il *modus* è un negozio traslativo astratto, produttivo di un suo proprio effetto indipendentemente dai vizi del *titulus*.

²⁶ In questo senso GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, cit., 552 il quale sottolinea come l'estensione del principio della nullità del contratto per mancanza o falsità della causa al contratto ad effetti reali (non solo obbligatori) comporta che il *tradens* non perda la proprietà, ove il contratto di trasferimento si dimostri privo di causa, perché egli potrebbe agire in revindica verso i terzi subacquirenti: ciò a differenza di quanto avveniva nel sistema precedente, in cui il *tradens* aveva a disposizione non l'azione di rivendicazione, esperibile *erga omnes*, bensì un'azione personale restitutoria esperibile esclusivamente nei confronti dell'*accipiens*.

²⁷ Con questa espressione, si ripete, si suole indicare il nudo atto di adempimento (c.d. pagamento traslativo) separato (isolato, appunto) dal negozio causale che giustifica lo spostamento patrimoniale, al quale è peraltro collegato.

difetti del *titulus* - e nelle quali, come si è già sottolineato, la causa ha un regime peculiare in quanto si specifica essenzialmente nell'esistenza di un rapporto obbligatorio antecedente al quale il negozio dà esecuzione e all'interno della cui struttura essa dev' essere espressamente menzionata (c.d. *expressio causae*). Per tale ragione, secondo parte della dottrina, in tale ambito sarebbe “giustificato” un regime rimediale diverso dalla nullità, quale potrebbe essere la ripetizione dell'indebito,²⁸ che se da una parte tutelerebbe i terzi subacquirenti non esponendo il loro acquisto al rischio dell'inefficacia, dall'altra penalizzerebbe eccessivamente il *tradens* (di diritti su beni i cui relativi atti sono soggetti a pubblicità) non rientrando la domanda di ripetizione dell'indebito tra quelle trascrivibili.²⁹ La questione è molto controversa e coinvolge in maniera diretta l'istituto della causa del contratto che, anche in relazione al regime rimediale, costituirà dunque il filo conduttore della nostra indagine: significativa, al riguardo, l'affermazione di coloro secondo i quali le prestazioni c.d. *isolate* attuerebbero una “fuga dalla causa” o dalla nullità,³⁰ perché la causa, che di norma rileva nel momento statico del contratto, in tal

²⁸ GIORGIANNI M., cit., 568.

²⁹ Ciò significa che l'alienante di una prestazione c.d. *isolata sine causa* ha una protezione inferiore a quella dell'alienante in base ad un *titulus* che comporti mera inefficacia, poiché sono trascrivibili le domande giudiziali sia di risoluzione che di rescissione.

³⁰ Cfr. SCALISI V., *Negozio Astratto*, cit, p. 109.

caso rilevarebbe anche in quello funzionale (cioè in fase di adempimento).³¹

Nelle pagine iniziali del presente lavoro ci si interrogava sulla possibilità che l'ordinamento giuridico italiano ammettesse un'attribuzione patrimoniale al di fuori della dicotomia causale rapporto di scambio-liberalità, da realizzarsi attraverso un negozio di adempimento traslativo con causa "esterna". Si è anche tracciato un quadro delle numerose, quanto rilevanti, problematiche sollevate da questo quesito, che verranno puntualmente affrontate nel corso dei primi due capitoli. Invero, non può in questa sede tacersi la circostanza che lo stesso codice civile italiano contempli ancora oggi vere e proprie ipotesi di obbligazione di dare in senso (non materiale, bensì) tecnico o giuridico³² e, in ultima analisi, di c.d. *adempimento* o *pagamento traslativo*, le cui ipotesi più rilevanti saranno oggetto del terzo capitolo del presente lavoro. Anticipando in parte l'argomento, può affermarsi che la figura più studiata è stato il contratto di ritrasferimento del mandatario nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o beni mobili registrati. Il mandatario, acquistato il bene, è obbligato a dare: è, cioè, tenuto a compiere un ulteriore negozio traslativo del bene medesimo a favore del mandante. La stessa

³¹ Può sin d'ora rilevarsi che ciò può essere vero finché il contratto produce effetti obbligatori, nel qual caso i rimedi rimangono l'eccezione di inadempimento e la *condictio indebiti*, ma se l'effetto è di tipo traslativo, la nullità chiama in causa l'azione di rivendica perché inficia la ragione stessa del trasferimento.

³² Di un'obbligazione, cioè, di porre in essere un autonomo atto traslativo del diritto, al tempo stesso necessario e sufficiente a produrre l'effetto modificativo.

sequenza, peraltro, può osservarsi con riferimento alla fattispecie, di costruzione dottrinarica, concernente l'obbligo di dare (in senso tecnico-giuridico) che sorge in capo al mandante nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza ad alienare beni soggetti a pubblicità immobiliare. Affinchè il mandatario possa adempiere al contratto in nome proprio, ma per conto del mandante, è infatti, necessario un primo passaggio del diritto di proprietà, con relativa trascrizione, dal mandante al mandatario: il citato trasferimento integrerebbe proprio un'ipotesi di adempimento traslativo, propedeutico al trasferimento da parte del mandatario al terzo avente causa in esecuzione del mandato. Per alcuni interpreti, poi, il nostro codice civile contemplerebbe, oltre al mandato, ulteriori ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico: si ritiene configurino ipotesi di prestazioni c.d. *isolate* il legato di cosa dell'onerato o del terzo *ex art. 651 c.c.*, la collazione ereditaria, la c.d. fiducia testamentaria nonché i conferimenti in natura nelle società di persone, ai sensi dell' art. 2286, 3° comma, c. c.³³ Nelle citate fattispecie, accanto al contratto causale da cui sorge l'obbligazione, vi è una prestazione successiva di dare la cui giustificazione causale si rinviene rispettivamente nel testamento, nell'obbligo di procedere a collazione che incombe sui coeredi in sede di divisione ereditaria, nell'accordo tra testatore e fiduciario,

³³ Cfr. MACCARRONE G., *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 634 ss; CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 239 ss; PORTALE G.B., *Principio con sensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Rivista delle società*, 1970, 912 ss e 934 ss.

nel contratto di società, e dev' essere espressamente menzionata all'atto dell'adempimento.³⁴

Interessante si presenta, poi, lo studio del rapporto tra la sequenza contratto preliminare - contratto definitivo e la sequenza contratto causale-atto di adempimento traslativo. Sulla scissione tra preliminare e definitivo la dottrina si è a lungo interrogata: basta qui anticipare che, secondo parte della dottrina, la sequenza preliminare-definitivo darebbe vita sempre alla struttura negoziale *titulus-modus*. Secondo questo meccanismo, al contratto consensuale, rappresentato dal contratto preliminare, seguirebbe un negozio di adempimento traslativo con causa esterna rappresentato dal contratto definitivo: quest'ultimo realizzerebbe, in altre parole, una chiara ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico-giuridico. Peculiare, inoltre, la figura del preliminare di donazione.³⁵ Qualora lo si ammetta, si esaminerà quella tesi secondo cui il preliminare di donazione dovrebbe riqualificarsi come contratto (definitivo) di donazione obbligatoria dalla quale discende l'obbligazione di un successivo atto di adempimento traslativo con causa "esterna", esecutivo dell'obbligazione

³⁴ Cfr. Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in Giur. It., 1988, I, 1569. La *datio in solutum*, ad es., che secondo taluno costituirebbe una obbligazione di dare in senso tecnico, sarebbe nulla se all'atto dell'adempimento non si enunciasse espressamente la finalità solutoria, causa questa sufficiente per giustificare atti traslativi privi di controprestazione, essendo l'interesse all'adempimento dell'obbligo di dare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

³⁵ Sin d'ora si veda TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1956. secondo cui il preliminare di donazione sarebbe un *contratto (definitivo) di donazione obbligatoria* dalla quale discende l'obbligazione di concludere un ulteriore contratto.

precedentemente oggetto di donazione.³⁶ Nell'ambito degli studi sull'adempimento traslativo meritano, infine, una nota di rilievo gli accordi patrimoniali traslativi in sede di separazione personale tra i coniugi o di divorzio nei quali, per la dottrina prevalente, si concretizza la sequenza contratto consensuale (ovvero sentenza giudiziale di separazione, di omologazione o di divorzio) - obbligazione di dare in senso tecnico-giuridico e che hanno dato origine ad un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale, soprattutto in relazione alla struttura giuridica che gli stessi devono rivestire, di cui si darà conto nel terzo capitolo.³⁷

A ben vedere, l'argomento oggetto del presente lavoro è denso di spunti problematici. Riprendendo il quesito di fondo concernente la configurabilità o meno di atti di adempimento traslativi con causa esterna nel nostro ordinamento, può sin d'ora anticiparsi che il sistema giuridico italiano sembra in buona misura svincolato dagli archetipi tradizionali; e che, rovesciando una nota affermazione di Jhering,³⁸ ed evitando di ridurre l'autonomia privata "ad un fiore sulla roccia nuda", esso abbia comunque infranto il rigido binomio esclusivo scambio sinallagmatico-

³⁶ La prospettiva di analisi della fattispecie, dunque, sarà duplice. Da una parte, volta a verificare se sia ipotizzabile il preliminare di una donazione con effetti non obbligatori ma traslativi; dall'altra, se nella ipotesi di donazione obbligatoria questa possa definirsi come preliminare rispetto al successivo atto di adempimento (esecutivo dell'obbligo).

³⁷ Si veda sin d'ora OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Foro it.*, 1999, I, 1306; MATTIANGELI L., *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. del Not.*, LIV, I, 2000, 317.

³⁸ La frase di JHERING, *Lo scopo nel diritto*, rist. 1972, a cura di Losano, Torino, 1972, 164 era rivolta, viceversa, a sostenere come lo spirito di solidarietà "nel sistema dell'egoismo" sia fenomeno problematico come un "fiore su una roccia nuda".

liberalità, a vantaggio di operazioni complesse nelle quali la varietà tipologica delle prestazioni c.d. *isolate* trova sempre maggiore riconoscimento.

CAPITOLO I

LA CAUSA E LE PRESTAZIONI “ISOLATE”

I.1 *Premessa.*

Il principio consensualistico e, correlativamente, del consenso traslativo o dell'effetto traslativo del consenso, è una delle pietre angolari del sistema giuridico italiano. Com'è noto, detto principio è sancito all'articolo 1376 c.c. il quale, nel risolvere il problema fondamentale dei contratti ad effetti reali, e cioè il tempo ed il modo in cui si producono tali effetti, afferma che "la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato". La prima codificazione del consenso traslativo risale al Code Napoléon del 1804, ripreso poi dal codice civile italiano del 1865 (art. 1125) e, quindi, del 1942. Tuttavia, nel Code civil, cui si richiama il nostro del 1865, i contratti traslativi erano concepiti come contratti essenzialmente obbligatori, per cui il trasferimento del diritto di proprietà sui beni, nonché la costituzione di diritti reali su di essi, non conseguivano all'atto consensuale, occorrendo all'uopo un ulteriore atto negoziale traslativo.³⁹ Tale sistema richiama quello di diritto comune e, prima ancora, quello di diritto romano, caratterizzati tra l'altro da un accentuato formalismo.⁴⁰ Al riguardo, è noto come nell'ordinamento romano il passaggio del diritto soggettivo dall'alienante all'acquirente non si realizzasse automaticamente alla conclusione del contratto, il quale produceva non l'acquisto immediato della proprietà, ma il diritto ad ottenerla

³⁹ Cfr. MACCARRONE G., *Obbligazioni di dare ed adempimento traslativo*, in *Rivista del Notariato*, 1994, 1319 ss.

⁴⁰ BURDESE, voce *Vendita, diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975

(*ius ad habendam rem*), occorrendo a tal fine un ulteriore atto, consistente nella *mancipatio* o nella *in iure cessio* ovvero nella *rei traditio*.⁴¹ Tale meccanismo, e segnatamente la sequenza atto negoziale-*traditio*, è ancora oggi vigente nel sistema giuridico tedesco nonché, in Italia, in talune province ed in alcuni comuni del Trentino Alto Adige e del Friuli Venezia Giulia, nei quali si assiste ad uno scorporo tra *titulus* e *modus acquirendi*, tra *stipulatio* e *traditio* e, cioè, tra promessa (negoziale) obbligatoria (*Kausalgeschäft*) e atto (materiale ed astratto) di trasferimento della proprietà del bene (*Auflassung*).⁴²

Il Code Napoléon, nonostante avesse affermato *in nuce* il principio consensualistico, prevedeva che il contratto non trasferisse ma obbligasse a trasferire: detto obbligo, in ottemperanza al suddetto principio, si realizzava immediatamente con il perfezionamento del contratto. Il codice civile italiano del 1942 elimina questo “artificio” prevedendo che l’accordo tra le parti non solo obblighi a trasferire, ma trasferisca o costituisca esso stesso il diritto reale.

Il principio del consenso traslativo come strutturato all’art. 1376 c. c. è frutto di precise scelte da parte del legislatore.⁴³ Tra le varie motivazioni, una è di ordine “socio-politico” e va ravvisata nell’esigenza di favorire la posizione dell’acquirente rispetto sia a

⁴¹ Almeno fino a quando, per il moltiplicarsi dei traffici commerciali e l’avvento del diritto comune, si iniziò ad introdurre la c.d. “clausola di spossessamento”, che sostituì la consegna e prevedeva che il proprietario-possessore divenisse detentore con l’obbligo di consegnare la cosa al venditore.

⁴² Per il sistema tedesco LARENZ. M., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I-II, Munchen-Berlin, 1967; MEDICUS D., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Munchen, V, 1990; si veda il par. II, cap. I.

⁴³ Cfr. ROPPO V. *Il contratto*, Trattato di Diritto Privato a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, 511 ss.

quella dell'alienante che a quella dei terzi. Il passaggio del diritto di proprietà, infatti, è slegato tanto dal pagamento del prezzo o dalla consegna della cosa, quanto, in caso di immobile, dalla trascrizione del contratto. Invero, se il principio del consenso traslativo favorisce l'*accipiens*, è innegabile che esso sia vantaggioso anche per il *solvens* in forza del principio *res perit domino*: dopo il passaggio della proprietà, l'acquirente sarà egualmente tenuto al pagamento del prezzo anche se il bene non gli venisse consegnato, perchè perito prima della consegna per causa non imputabile all'alienante.

Una seconda motivazione, come confermato da autorevole dottrina,⁴⁴ andrebbe individuata nella circostanza che il principio consensualistico, consentendo il trasferimento dei beni con il semplice accordo delle parti, favorisce la rapidità del traffico giuridico: circostanza, questa, che lascia spazio ad una serie di operazioni imprenditoriali che nella moderna economia non sarebbero realizzabili se il compratore, per diventare proprietario del bene, dovesse preventivamente versare il corrispettivo all'alienante e ricevere correlativamente in consegna il bene. Il consenso traslativo fungerebbe, altresì, come principio attivatore della circolazione dei beni: basti pensare al compratore cui manca il danaro per pagare il prezzo e si propone di procurarlo con la rivendita della cosa (come avviene, ad es., nel contratto

⁴⁴ GALGANO F.-VISENTINI, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA-BRANCA, sub. artt. 1372-1405, Bologna-Roma 1993.

estimatorio), oppure a chi acquisti un immobile e si procuri la provvista per pagare il bene acquistato acconsentendo contestualmente a costituire ipoteca sul bene medesimo a favore della banca mutuante (operazione impossibile ove la proprietà non passasse con il semplice consenso).

Un'ulteriore motivazione, di ordine culturale, andrebbe infine ricercata nella circostanza che il principio consensualistico è frutto della combinazione tra giusnaturalismo illuminista e liberismo economico, che valorizzavano entrambi la volontà umana come diretta produttrice di effetti giuridici⁴⁵.

I.2 Principio consensualistico, obbligazioni di dare e ammissibilità o meno di un atto traslativo atipico nel nostro ordinamento.

Negli ultimi decenni, parte della dottrina e della giurisprudenza, anche di legittimità, ha svolto un'attenta analisi volta ad una rilettura del principio consensualistico e, con esso, di quello di causalità e di tipicità dei diritti reali. Ci si è chiesti, nello specifico, se fosse possibile che, in un contratto volto al trasferimento di un diritto, l'effetto reale derivasse non dal contratto consensuale, quanto da un successivo e distinto negozio dispositivo, destinato a dare esecuzione all'obbligazione di dare

⁴⁵ Cfr., GALGANO F., *op. ult. cit.*, 160.

assunta con il primo.⁴⁶ La soluzione a questo quesito richiede la definizione di due questioni preliminari. Ci si è interrogati, in primo luogo, se il principio sancito dall'articolo 1376 c.c. sia inderogabile o se, diversamente, le parti possano stabilire che l'effetto reale si produca in un momento successivo alla conclusione del contratto e subordinatamente al verificarsi di un qualche evento. In secondo luogo, risolto positivamente il primo quesito, se possa continuare a considerarsi tipico il contratto con il quale si deroghi al principio sancito all'art. 1376 c.c.⁴⁷

La dottrina prevalente ha ritenuto a lungo di dovere rispondere alla prima questione in senso negativo, argomentando che ogni eccezione al principio consensualistico debba condurre necessariamente alla creazione di un negozio traslativo astratto, la cui struttura, a differenza che in altri ordinamenti, non è ammessa nel nostro sistema.⁴⁸ Secondo questa tesi, infatti, in forza del principio consensualistico e di quello di causalità, i contratti diretti alla costituzione o al trasferimento di diritti non potrebbero essere fonte di una obbligazione di dare (in senso tecnico-giuridico) dovendo avere, necessariamente, efficacia reale, in quanto nel

⁴⁶ Cfr. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, 72; Id., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, 1953, III, 83 ss; MENGONI L. - REALMONTE F., *Disposizione (Atto di)*, in *Enc., dir.*, XIII, Milano 1960.

⁴⁷ PORTALE G. B., *Principio con sensuallistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Rivista delle società*, 1970, 932 ss.

⁴⁸ In questo senso GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano 1957, 141; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 95 ss.; DE CUPIS A., *Acquisto della proprietà e costituzione italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 210 ss; *contra* SACCOR., *Principio consensualistico*, 1394; in giurisprudenza v. App. Torino, 24 maggio 1948, in *Foro pad.*, 1948, II, 88: "Le norme stabilite dal legislatore sotto il titolo dei contratti in generale in tema di trasferimento della proprietà, non debbono considerarsi inderogabili dalla privata volontà, salvo il limite posto dall'art. 1343 c.c.".

sistema giuridico italiano non sarebbe ipotizzabile un atto negoziale traslativo *solvendi causa*.⁴⁹ Il ragionamento seguito dalla citata dottrina parte dall'analisi dell'art. 1325 c.c., il cui dettato normativo stabilisce la regola fondamentale secondo cui ogni attribuzione patrimoniale, tanto ad effetti reali quanto ad effetti obbligatori, deve essere sostenuta da una causa sua propria. Qualora si potesse derogare al principio consensualistico, la regola della necessaria causalità non opererebbe più, perché si negherebbe idoneità traslativa al contratto consensuale e si demanderebbe l'effetto reale ad un autonomo atto di disposizione privo di una propria causa giustificativa, in deroga all'art. 1325 c.c. In altri termini, se si ammettessero deroghe all'art. 1376 c.c. verrebbero a configurarsi delle prestazioni traslative "isolate", cioè separate da un contratto con funzione tipica, e astratte, perché per la dottrina tradizionale la giustificazione causale di una vicenda attributiva potrebbe essere costituita solamente da una causa onerosa o liberale. In definitiva, si è negata l' ammissibilità di un negozio di trasferimento atipico, quale il pagamento traslativo, che, non essendo improntato ad una funzione negoziale tipica ed essendo posto in essere *solvendi causa*, non avrebbe potuto rivestire se non la struttura di un negozio astratto, come tale non ammissibile nel sistema giuridico italiano.

⁴⁹ SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo...*, cit., 528.

La dottrina tradizionale perviene a siffatta conclusione anche in conseguenza dell'applicazione del noto principio del *numerus clausus* dei diritti reali: la tipicità dei contratti traslativi sarebbe dunque un corollario del principio di tipicità dei diritti reali. La dottrina in esame si basa sul collegamento tra l'art. 922 c. c. e l'art. 42 Cost.: dal tenore delle due norme emergerebbe in particolare la funzione della legge nel determinare modi di acquisto, di godimento e limiti della proprietà privata anche al fine di assicurarne la funzione sociale, dovendosi ritenere illegittimi modi di acquisto diversi.⁵⁰ Parte della dottrina ha mosso critiche decisive a questa impostazione sottolineando che la stessa sovrapporrebbe due distinte problematiche: da un lato, la derogabilità del principio del consenso traslativo e, dall'altro, la presunta inderogabilità del principio del numero chiuso dei diritti reali. Si è al riguardo affermato che il principio del *numerus clausus*, col negare *a priori* la creazione da parte dei privati di rapporti reali diversi da quelli codificati, si porrebbe in contrasto con lo stesso art. 1322 c. c. globalmente considerato: i diritti reali sarebbero infatti dotati della stessa potenzialità espansiva che possiede il contratto e sostenere la «rigidità del risultato» di quest'ultimo, con riferimento alla tipicità dell'effetto traslativo,

⁵⁰ SCOGNAMIGLIO R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951, 75; BARASSI L., *I diritti reali*, Milano, 1952, 50; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 242 ss.; CARIOTAFERRARA L., *I negozi fiduciari*, Napoli, 1978, 121 ss.

«sarebbe contraddittorio».⁵¹ La stessa Corte di Cassazione ha da tempo superato l'idea secondo cui dal principio di tipicità dei diritti reali discenderebbe la tipicità dei contratti traslativi o costitutivi del diritto ed ha affermato la possibilità di negozi traslativi atipici, purchè sorretti da causa lecita: in altri termini, atipicità della causa non significherebbe atipicità del diritto trasferito.⁵²

Come più volte sottolineato, gli atti di adempimento traslativi sono stati in passato considerati dalla prevalente dottrina, ipotesi eccezionali di negozi astratti.⁵³ La conclusione che le prestazioni traslative esecutive diano necessariamente luogo a negozi astratti è stata, tuttavia, contestata da una parte della dottrina, secondo la quale anche gli spostamenti patrimoniali attuati con prestazioni c.d. *isolate* potrebbero ben ottemperare al requisito causale, perchè la causa non deve necessariamente identificarsi con il tipo. E, si aggiunge, non esisterebbe un'interdipendenza tra atipicità ed astrattezza in quanto corrispettività e liberalità non rappresenterebbero le uniche categorie di cause idonee ad assicurare il fondamento imposto dall'art. 1325, n. 2, c.c. agli atti attributivi.⁵⁴ In particolare,

⁵¹ COSTANZA M., *Il contratto atipico*, 119. porta l'esempio delle servitù atipiche personali e della posizione dell'utilizzatore nel leasing, per dimostrare l'ampliamento della categoria dei diritti reali.

⁵² Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500; Cass. 9 Ottobre 1999, n. 10612.

⁵³ Cfr. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 80; MINERVINI L., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, 1957.

⁵⁴ GIORGIANNI M., *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 564; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967, 42; RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 285 ss.; MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 200 ss. MACCARRONE G.,

secondo autorevole dottrina, affermare che i privati possano determinare un trasferimento del diritto utilizzando solo fattispecie tipiche dotate di una propria causa significherebbe sovrapporre due differenti profili: quello dell'individuazione delle forme strutturali a mezzo delle quali può operare il trasferimento e quello della identificazione delle cause idonee a giustificare il trasferimento stesso. Se le due prospettive, quella afferente alla causa da una parte e quella afferente al tipo dall'altra, si mantengono distinte, non vi sarebbero ostacoli a considerare lecite le operazioni con cui si dispone dell'effetto traslativo deviando dal principio di cui all'art. 1376 c.c., perché il negozio dispositivo, seppur atipico, non sarà astratto.⁵⁵ A questo proposito, si è sostenuto che solo un irrigidimento dogmatico in relazione alle figure tipiche di trasferimento e alla necessità del requisito causale come elemento interno al contratto impedirebbe di considerare pienamente soddisfatto il principio causalistico nell'ipotesi di negozi di adempimento traslativi con causa esterna.⁵⁶ In questo senso, si è altresì affermato che il binomio consenso-causa sarebbe l'ostacolo da rimuovere al fine di spiegare, da una parte, l'inefficacia traslativa di un negozio causale e consensuale (c.d. *titulus*: ad es. il

Obbligazioni di dare e adempimento traslativo, in *Riv. del not.*, 1994, 2, 1331; si veda anche FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 400 ss.

⁵⁵ PORTALE G.B., *op. ult. cit.*, 937; GIORGIANNI M., voce *Causa*, in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 570; BARCELLONAP., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 65.

⁵⁶ Secondo una diversa lettura, le ipotesi di pagamento traslativo non sarebbero eccezioni al principio consensualistico ma atterrebbero piuttosto alla immediatezza o meno dell'effetto traslativo in considerazione della pluralità di funzioni cui si accompagna la circolazione dei diritti: CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, 46.

contratto di mandato); dall'altra, la riconduzione dell'effetto traslativo ad un negozio il cui consenso non è libero, ma dovuto e che non ha causa propria, ma la mutua dal *titulus* (c.d. *modus*: rimanendo all'esempio del mandato, l'atto di ritrasferimento del mandatario a favore del mandante).⁵⁷ L'atto traslativo sarà astratto solo qualora produca effetti reali sulla base di una semplice dichiarazione o del mero compimento di una formalità, ma non anche se venga indicato il programma di interessi che l'attribuzione patrimoniale è volta a realizzare e detto programma sussista al tempo dell'adempimento. Nell'ipotesi di un negozio traslativo privo di funzione tipica sarà pertanto necessario, al fine di rispettare il principio dell'art. 1325 c. c., che si indichi di volta in volta la funzione concreta per la quale si attua lo spostamento patrimoniale (c.d. *expressio causae*). Al riguardo, può segnalarsi come questo meccanismo non fosse sconosciuto alle fonti del nostro diritto, atteso che gli stessi glossatori⁵⁸ distinguevano fra contratti consensuali, che portano in se stessi la causa perchè essa si identifica con la stessa funzione del contratto (*sunt causa sui ipsius*), e contratti di stipulazione, ove la giustificazione causale deve ricercarsi fuori dal contratto e si specifica essenzialmente nell'esistenza di un rapporto obbligatorio antecedente al quale il

⁵⁷ CAMARDI C., *Principio con sensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e Impresa*, 2, 1998.

⁵⁸ BALDO DEGLI UBALDI, *Ad. Cod.*, 4, 30, 13, Venetiis, 1615 il quale riporta l'opinione di Nicolò Matarello. Cfr., più avanti, il filosofo Ahrens, *Corso di diritto naturale e di filosofia del diritto*, II, Napoli, 1870, 170 ss. il quale osservava che mentre certi contratti hanno un aspetto obiettivo rappresentato dal complesso dei rapporti che formano il contenuto o la ragione della sua esistenza, in altri la ragione non è manifesta.

negozio dà esecuzione (*est aliunde causandus*).⁵⁹ Si ripresenta in queste ipotesi quel dualismo tra l'aspetto soggettivo e quello oggettivo della causa, tra scopo e fondamento (nel diritto tedesco, tra *Zweck* e *Grund*), che costituisce un aspetto portante degli studi sulla causa al tempo dell'emanazione del codice civile del 1865.⁶⁰

Quanto fin qui esposto sembra trovare conforto in alcune fattispecie previste proprio dal codice civile italiano, nella cui struttura la dottrina ha individuato una c.d. *obbligazione di dare in senso tecnico-giuridico* (oggetto di un distinto atto di disposizione idoneo a trasferire il diritto),⁶¹ e dalle quali ha tratto interessanti spunti di riflessione in ordine all'ammissibilità nel nostro ordinamento di atti di adempimento traslativi con causa esterna. Si tratta, fra le altre, delle ipotesi regolate dall'articolo 1706, 2° comma, c.c., in tema di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili; dall'articolo 651 c.c., in tema di legato di cosa dell'onerato o di un terzo; dall'art. 627, 2° comma, c.c., in tema di adempimento di disposizioni fiduciarie testamentarie e di altre fattispecie, come la *datio in solutum*. In ciascuna di queste

⁵⁹ Cfr. GIORGIANNI M., *Pagamento*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1965, 330; NATOLI, *op. ult. cit.*, 44 ss., sulla premessa che anche un comportamento negoziale può essere dedotto in obbligazione. *Contra* MENGONI L.-REALMONTE F., *op. cit.*, 191. Secondo DI MAJO A., *La causa del negozio giuridico*, 2, con il passaggio dal codice civile del 1865, che prevedeva il modello di contratto obbligatorio, a quello del 1942, punto di riferimento della causa non è più la singola promessa ma il contratto unitariamente considerato; prevarrebbe secondo l'A., una concezione unitaria del contratto che trascende le singole promesse dei contraenti e si rifletterebbe sulla nozione di causa che deve riferirsi all'operazione negoziale unitariamente intesa.

⁶⁰ Si pensi all'ipotesi, spesso sottoposta all'attenzione dei giudici, dell'accordo in base al quale un coniuge trasferisce all'altro (o al figlio) la proprietà di un bene in adempimento dell'obbligo di mantenimento. L'atto di trasferimento non è correlato al pagamento del prezzo, quindi non esprime alcuna connessione oggettiva con un'operazione di scambio, ma è caratterizzato dallo scopo soggettivo che vuole realizzare il *solvens*.

⁶¹ Sulle obbligazioni di dare vedi *amplius* cap. I, paragrafi VI-VII.

fattispecie sarebbe possibile ricostruire una sequenza negoziale composta da un contratto causale e da un successivo negozio di trasferimento (obbligazione di dare in senso tecnico-giuridico), che strutturalmente non esprime altra funzione se non quella risultante dal negozio causale che lo prevede come dovuto.⁶² l'obbligazione di dare in senso tecnico-giuridico costituirebbe un negozio innominato, la cui *causa solvendi* si specifica in base al suo collegamento con il contratto obbligatorio antecedente.⁶³ Secondo parte della dottrina,⁶⁴ una significativa riprova dell'esattezza della ricostruzione dei casi sopra citati come atti di adempimento traslativi con causa esterna sarebbe rinvenibile in quegli ordinamenti, come quello svizzero o quello austriaco, che ricollegano l'effetto reale ad un *Leistungsgeschäft* di natura causale.⁶⁵

E' interessante, da ultimo, riportare il pensiero di quella dottrina che, con riferimento al ritrasferimento del mandatario *ex art. 1706, 2° comma*, ha suggerito di equiparare gli atti di adempimento traslativi ad uno di quei fatti che, nelle vendite c.d. *obligatorie*, condizionano la realizzazione dell'effetto reale.⁶⁶

⁶² La sequenza sembra richiamare quella tra contratto preliminare e contratto definitivo ma ne differisce in maniera sostanziale in quanto il contratto definitivo è sorretto da una funzione (causa) sua propria che costituisce la giustificazione del trasferimento. Nonostante, come vedremo, il contratto definitivo sia, sotto un certo aspetto, anche un atto dovuto, di adempimento del contratto preliminare di cui costituisce esecuzione, coercibile ai sensi dell'articolo 2932 codice civile.

⁶³ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1964, 45 ss.

⁶⁴ PORTALE G. B., *op. ult. cit.*, 936.

⁶⁵ Vedi *amplius* cap. I, par. III.

⁶⁶ Cfr. MENGONI L.-REALMONTE F., *op. ult. cit.*, 192, Questa tesi sembra peraltro superata dallo stesso MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, cit., 210, secondo cui il mandato non sarebbe soggetto a trascrizione.

Anche nell'ipotesi di vendita c.d. *obligatoria*, infatti, il trasferimento o la costituzione del diritto reale hanno luogo in un momento successivo alla stipula del contratto ed il semplice consenso legittimamente manifestato dalle parti non è sufficiente per la produzione degli effetti reali occorrendo, a tal fine, ulteriori elementi quali, ad es., l'acquisto della *res aliena* o la venuta ad esistenza del bene. A questa opinione si è replicato che, nei casi di vendita c.d. *obligatoria*, nei quali secondo autorevole dottrina⁶⁷ il contratto ha effetti obbligatori immediati ed effetti traslativi (reali) differiti e, a differenza che nell'ipotesi di atti di adempimento traslativi con causa esterna, lo spostamento patrimoniale trova sempre la sua fonte nel consenso delle parti legittimamente manifestato al momento della conclusione dello stesso contratto. Non è poi marginale la circostanza che, nelle vendite c.d. *obligatorie*, per la dottrina prevalente⁶⁸ e la giurisprudenza della Cassazione,⁶⁹ ad essere soggetto a trascrizione sia proprio il contratto consensuale, provvedendosi, con dichiarazione anche unilaterale, al verificarsi del c.d. *fatto ulteriore* produttivo dell'effetto reale (ad es., l'acquisto della *res aliena*), solo alla cancellazione della menzione (presente nella nota di trascrizione del contratto consensuale) della ragione per cui non vi era stato

⁶⁷ RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962, 299 ss.

⁶⁸ RUBINO D., *op. ult., cit.*, 317; MARICONDA V., *La Trascrizione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, vol. 19, 81.

⁶⁹ Cass. 31 maggio 1971 n. 1637; Cass. 8 ottobre 1973 n. 2520; Cass. 10 luglio 1986 n. 4497.

trasferimento immediato;⁷⁰ mentre, nella sequenza contratto consensuale-atto di adempimento traslativo, è quest'ultimo ad essere soggetto alle norme sulla trascrizione e non il primo, (ad es., il negozio di ritrasferimento immobiliare del mandatario *ex art. 1706, 2° comma, c.c.*, e non il contratto di mandato).⁷¹

1.3 Segue. *Derogabilità del principio consensualistico?*

Lo studio relativo alle obbligazioni di dare e ai negozi di adempimento traslativi con causa esterna coinvolge il dibattito relativo alla possibilità che la volontà privata, nell'ambito dell'autonomia contrattuale concessa dall'art. 1322 c.c., deroghi all'operatività del principio consensualistico. La dottrina ha negli anni individuato degli elementi, anche normativi, dai quali desumere l'eventualità che i privati possano prevedere che l'effetto traslativo o costitutivo del diritto si produca in un tempo successivo alla conclusione del contratto. Il legislatore ha, cioè, ritenuto lecito che si possa fissare il momento a partire dal quale (*dies a quo*) il

⁷⁰ Questa tesi si basa sulla considerazione che nell'art. 2643 c.c. («contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili») devono ritenersi inclusi non solo i contratti ad effetti reali immediati, ma altresì quelli ad effetti reali differiti, e che in tal caso possa farsi riferimento, analogicamente, al procedimento di pubblicità dei contratti soggetti a condizione sospensiva e a termine iniziale (artt. 2659, u.c., e 2668, 3° comma, c.c.). Si vuole comunque riportare il pensiero di quegli Autori (cfr. FERRI L., *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, VI, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1955, 65) secondo i quali la trascrizione sarà efficace solo quando si sarà verificato il trasferimento: in tale momento si avrebbero due trasferimenti di proprietà (dal terzo al venditore e da questi al compratore) e due trascrizioni (la prima contro il proprietario originario, la seconda contro il venditore di cosa altrui).

⁷¹ Così PORTALE G.B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Rivista delle società*, 1970, 935. Interessante ma isolata l'opinione di un autore il quale ha ravvisato nella compravendita ad effetti reali immediati una fusione tra una stipulazione costitutiva di un' obbligazione ed un atto bilaterale ad efficacia traslativa, concluso in adempimento di quella obbligazione, DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 217 ss.

contratto debba iniziare a produrre i suoi effetti traslativi. La norma cui, in modo particolare, si fa riferimento è l'art. 1465, 2° comma, c. c., il quale stabilisce che la disposizione relativa al passaggio del rischio del perimento della cosa venduta a carico dell'acquirente si applica anche nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino alla scadenza di un termine. Le parti, dunque, possono prevedere che l'effetto traslativo o costitutivo si produca in un tempo successivo alla conclusione del negozio.⁷² Dalla prassi emerge, poi, uno strumento ulteriore, legato al contratto di compravendita, che concretrebbe una deroga al principio consensualistico e costituirebbe un ulteriore indice della possibile derogabilità degli effetti traslativi del consenso. Si tratta della facoltà di dedurre in contratto la c.d. *condizione sospensiva di adempimento*, con la quale le parti subordinano l'efficacia del trasferimento ad una delle prestazioni, in particolare al pagamento del prezzo: per effetto del semplice consenso non passa dunque il diritto di proprietà né il relativo rischio del perimento del bene e l'acquirente non ha diritto alla consegna di quest'ultimo. In sintesi, è doveroso in questa sede ricordare come l'ammissibilità della condizione sospensiva di adempimento sia stata controversa in dottrina e giurisprudenza,⁷³ costituendo il pagamento del prezzo un

⁷² Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che la suddetta disposizione debba intendersi nel senso che il termine iniziale influisca non sulla nascita del diritto reale bensì sull'esercizio del diritto reale stesso. Cfr. RUBINO D. *La compravendita*, cit., 411; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 146.

⁷³ RESCIGNO P., voce *Condizione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 796; CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 213; DI MAJO GIAQUINTO A. *L'esecuzione del contratto*,

essentiale negotii: l'obbligazione di corrispondere il prezzo d'acquisto, per autorevole dottrina,⁷⁴ non sarebbe deducibile in condizione, dovendo quest'ultima rivestire i requisiti dell'incertezza, dell'accidentalità e dell'estraneità all'esecuzione del contratto. Si sottolinea, al riguardo, che esisterebbe incompatibilità concettuale tra la figura teorica della condizione e la caratteristica di “atto dovuto” dell'evento in esso dedotto, cioè il pagamento del prezzo (art. 1498 c.c.). La considerazione che l'evento dovrà necessariamente verificarsi, perchè oggetto di una prestazione obbligatoria, escluderebbe «l'istituzionale, caratterizzante requisito dell'oggettiva incertezza» essenziale allo schema condizionale.⁷⁵ Parte autorevole della dottrina ha superato questa obiezione, ammettendo la possibile deduzione di una condizione sospensiva di adempimento in base alla considerazione che essa non sarebbe relativa alla fase *genetica* del contratto di compravendita (in cui certamente non potrebbe contemplarsi come futuro ed incerto un evento legalmente “dovuto”), bensì alla fase esecutiva, potendo l'obbligazione di pagare il prezzo non essere di fatto adempiuta dall'*accipiens*.⁷⁶ A prescindere dal vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale sinteticamente richiamato, non vi è comunque dubbio che la condizione sospensiva di adempimento sia uno

Milano, 1967, 134. In giurisprudenza v. Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1524 con nota di Costanza; Cass. 24 gennaio 1993, n. 7007, in *Riv. notar.*, 1994, 1112.

⁷⁴ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, 199; GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 58 ss.

⁷⁵ Così Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1524.

⁷⁶ DI MAIO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 134.

strumento che può essere utilizzato per “congelare” e paralizzare temporaneamente l'effetto traslativo del consenso. Ricollegandoci all'argomento che ci riguarda, e cioè gli atti di adempimento traslativi con causa esterna, sembra opportuno mettere in rilievo che, tanto l'ipotesi del termine di efficacia, di cui all'art. 1465, 2° comma, c.c., quanto quella della condizione di adempimento, si differenziano in maniera sostanziale dall'ipotesi del c.d. *adempimento traslativo*: e ciò per l'evidente ragione che nei primi due casi l'effetto traslativo si realizza *ipso iure* allo scadere del termine o con il pagamento del prezzo, mentre nell'altro occorre un successivo atto di disposizione idoneo a trasferire il diritto e collegato al precedente contratto consensuale da cui mutua la causa e del quale costituisce esecuzione.⁷⁷ Inoltre, mentre nell'ipotesi della condizione sospensiva il diritto si acquista *ex tunc*, avendo la condizione efficacia retroattiva, non così nella fattispecie dell'adempimento traslativo, in cui l'acquisto del diritto si verifica *ex nunc*. Quest'ultima considerazione permetterebbe altresì di superare l'obiezione di chi rinvia, nella possibilità riconosciuta ai privati di separare l'effetto reale dal contratto consensuale, una fonte di gravi incertezze in ordine alla circolazione dei beni:⁷⁸ la condizione giuridica dei beni, infatti, è destinata a mutare solo alla conclusione dell'atto traslativo *solutionis causa*, che è l'unico ad essere soggetto a trascrizione.

⁷⁷ Cfr. COTTINO G., *Contratti commerciali*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, XVI, Padova, 1991, 23.

⁷⁸ Così PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, 31.

In relazione a quanto fin qui esposto, è certamente interessante, da ultimo, riportare talune riflessioni svolte in ordine alla possibilità di ricondurre allo schema traslativo tipicamente previsto dal legislatore il contratto nel quale, con una clausola, si escludesse l'operatività del principio consensualistico. Più precisamente, ci si è chiesti se inserendo in un contratto un patto che escluda l'operatività del principio consensualistico, per ricollegare l'effetto reale ad un successivo atto esecutivo traslativo, si resti nel c.d. «limite di elasticità» del tipo contrattuale, oppure si incida sullo schema del negozio fino a creare una fattispecie atipica.⁷⁹ Questo problema è stato affrontato da alcuni autori con particolare riguardo al contratto di compravendita. A tal proposito, si è giunti alla conclusione che, se le parti differissero il trasferimento ad un tempo successivo e il passaggio della proprietà fosse contemplato come un effetto automatico del consenso, si rimarrebbe comunque nello schema della vendita; laddove, qualora le parti svincolassero il trasferimento del diritto di proprietà dal consenso, per riconnetterlo ad un separato atto successivo, non si avrebbe più un contratto *ex art.* 1470 c.c., bensì un contratto atipico, perché il trasferimento del diritto costituisce un *essentiale negotii*.⁸⁰ Questa opinione si basa sull'esame del dato legislativo, dal quale

⁷⁹ PORTALE G.B., *Principio consensualistico e...*, cit., 938.

⁸⁰ CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, 231; DE MARTINO, *Vendita reale, vendita obbligatoria e promessa di vendita*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, 460. *Contra* SACCO R., *Principio consensualistico*, cit., 1394 secondo cui, letteralmente, consensualismo e autonomia negoziale convivono sulla base di una presunzione, tacitamente e praticamente ammessa, che le parti di una compravendita, di una donazione etc., abbiano voluto il passaggio di proprietà, salvo la prova che abbiano voluto solo l'obbligazione di dare in futuro.

emerge che il legislatore ha attribuito contenuto reale persino alle vendite c.d. *obbligatorie*, dove, come abbiamo già evidenziato, l'effetto traslativo trova la sua fonte sempre nel contratto di vendita.⁸¹ In queste ipotesi infatti, nonostante sia previsto un comportamento obbligatorio del venditore, questi compie una prestazione (ad es., l'acquisto della cosa altrui) che rappresenta un antecedente solo materiale dell'effetto reale, che comunque si produrrà senza la mediazione di un obbligo di dare in senso tecnico-giuridico. In materia di contratto di compravendita, dunque, può affermarsi che un'eccezione alla normale operatività della regola consensualistica darebbe vita ad un contratto innominato, valido solo se diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, *ex art. 1322, 2° comma, c.c.*

E' interessante, tuttavia, rilevare che, secondo parte della dottrina, quanto sopra affermato non sarebbe valido per tutti i contratti traslativi, perché ve ne sarebbero alcuni in cui la prestazione traslativa costituisce solo un elemento eventuale dello schema del contratto, per cui il trasferimento non sarebbe essenziale a connotare il tipo. Al riguardo, si è parlato di contratti ad effetti reali "eventuali",⁸² di cui costituirebbe esempio il contratto di transazione, poichè rientrerebbe nello schema transattivo ogni fattispecie volta al superamento della lite

⁸¹ RUBINO D., *La compravendita*, Milano 1962, 305 ss.

⁸² Questi contratti, proprio perchè la nota individuale non è tratta dalla natura delle prestazioni delle parti, sono a volte designati come contratti a "contenuto elastico"; cfr. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano 1942, 59.

attraverso reciproche concessioni, a prescindere dalla circostanza che le stesse comportino un successivo atto con effetto traslativo. Un altro esempio si rinverrebbe nel contratto di società con conferimento di beni in proprietà, la cui nota distintiva, si è detto, non sarebbe data dal tipo di prestazione dei soci, bensì dal modo in cui le stesse sono collegate e dallo scopo cui vengono destinate (cfr. art. 2247 c.c.)⁸³: anche se con un patto si escludesse l'effetto reale del contratto, prevedendo per il socio *solvens* il compimento di un successivo atto idoneo a trasferire il diritto, non si darebbe vita ad un contratto innominato perchè, nonostante lo scorporo tra *titulus* e *modus*, resterebbero intatte le caratteristiche del contratto di società. In tal caso, il conferimento del socio non sarebbe costituito dall'immediato trasferimento del diritto sul bene alla società, bensì dall'attribuzione alla stessa di un diritto *ad rem habendam*.

I.4 *La scissione tra titulus e modus acquirendi nel sistema tedesco e in altri ordinamenti giuridici.*

Come anticipato, il dualismo tra *titulus* e *modus acquirendi* non è nuovo al nostro ordinamento giuridico. Come già sottolineato in apertura di capitolo, nel diritto romano il passaggio del diritto soggettivo dall'alienante all'acquirente non si realizzava automaticamente alla conclusione del contratto, il quale produceva

⁸³Cfr. FERRI G., *Contratto plurilaterale*, in *Novissimo dig. it.*, IV, Torino, 114.

non l'acquisto immediato della proprietà, ma il diritto ad ottenerla (*ius ad habendam rem*), occorrendo a tal fine un ulteriore atto, consistente nella *mancipatio* o nella *in iure cessio* ovvero nella *rei traditio*,⁸⁴ Questo meccanismo rimase in vita almeno fino a quando, per il moltiplicarsi dei traffici commerciali e l'avvento del diritto comune, si iniziò ad introdurre la c.d. *clausola di spossessamento*, che sostituì la consegna e prevedeva che il proprietario-possessore divenisse detentore con l'obbligo di consegnare la cosa al venditore. Nel diritto comune, tra l'altro, lo scorporo tra *titulus* e *modus acquirendi* risultava funzionale alla permanenza di controlli sui trasferimenti della proprietà terriera e, conseguentemente, di vincoli di carattere feudale, a vantaggio della vecchia classe aristocratica ed a scapito invece dell'emergente ceto borghese, vero artefice nonché fruitore del *code civil*.⁸⁵

Nel sistema giuridico italiano (e francese), tuttavia, per le ragioni che meglio si illustreranno nel corpo del presente studio, la scissione tra titolo e negozio di adempimento è stata poi superata ed assorbita dal principio consensualistico, che li permea. Può, qui, sottolinearsi come l'importanza del principio consensualistico

⁸⁴ Come già ricordato, tale meccanismo è ancora oggi vigente nel sistema giuridico tedesco nonché, in Italia, in alcune province ed in alcuni comuni del Trentino Alto Adige e del Friuli Venezia Giulia, nei quali si assiste ad uno scorporo tra *titulus* e *modus acquirendi*, tra *stipulatio* e *traditio*, cioè tra la promessa obbligatoria (*Kausalgeschäft*) e l'atto (astratto) di trasferimento (*Auflassung*) della proprietà del bene.

⁸⁵ Sul ruolo fortemente politico della Codificazione, si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in Id. *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, p.127-141, che la definisce “una enorme operazione di politica del diritto; anzi, la più colossale operazione di politica del diritto nell'intero arco della storia giuridica occidentale” (p.128).

consista non tanto nell'affermazione che la proprietà si trasferisce senza necessità di un atto materiale di consegna (*traditio*, che comunque nel tempo si era risolta ad una mera formula notarile), quanto nella compenetrazione tra contratto obbligatorio e atto traslativo,⁸⁶ la cui fondamentale conseguenza, come vedremo, è quella di rendere partecipe l'atto di adempimento traslativo dei vizi del contratto consensuale in cui esso trova causa.⁸⁷

Questo fenomeno non si è verificato nell'ordinamento giuridico tedesco dove, invece, si è assistito ad una differente evoluzione giuridica, dovuta ad una diversa incidenza delle riflessioni sulla causa compiute dai giuristi italiani e francesi.⁸⁸ Ciò avvenne sia per il maggior formalismo che permeò più a lungo l'ordinamento tedesco, sia per la minore sensibilità di quest'ultimo all'influenza dello scopo perseguito dalle parti a cui la dottrina giusnaturalistica e illuministica italiana e francese avevano invece collegato la rilevanza del consenso delle parti. L'ordinamento germanico pre-codicistico rimase fedele al principio romanistico della necessaria scissione tra *titulus acquirendi* e *modus* ed a quello della validità del trasferimento della proprietà nonostante la mancanza della causa;⁸⁹ il *B.G.B.* alla fine, seppur con taluni accorgimenti, ha mantenuto la distinzione tra *titulus* e *modus* ed

⁸⁶ In senso negativo GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in Ann. Perugia, 1936, 77.

⁸⁷ Conseguenza, questa, della essenzialità della causa che era stata frattanto elevata ad elemento fondamentale del contratto tanto nel *code civil* francese (art. 1108) che nel codice civile italiano del 1865 (art. 1104).

⁸⁸ GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 550 ss.

⁸⁹ E tuttavia, nella scissione del *modus* dal *titulus* un insigne autore ha ravvisato una affermazione della supremazia della volontà del soggetto: SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, II, Berlin, 1853, 256 ss.

attualmente si distingue tra negozi fondamentali (*Grundgeschäfte*) e negozi di adempimento (*Erfüllungs* o *Leistungsgeschäfte*). E' proprio la separazione tra contratto obbligatorio e atto di disposizione che consente il perpetuarsi dell'*astrattezza* del trasferimento⁹⁰: il negozio dispositivo (*Dinglicher Vertrag*) è un negozio astratto e di conseguenza la sua validità non può essere condizionata da quella del contratto obbligatorio. Tale soluzione era stata considerata, al momento della codificazione, la più rispondente all'esigenza di tutela del traffico giuridico, anche se era già evidente l'ingiustificato sfavore che essa comporta per l'alienante⁹¹ (tutelato solo nei confronti dell'acquirente con una azione personale: la *condictio indebiti*), a totale vantaggio dei terzi subacquirenti: la mancanza o il vizio della causa attribuiva al *tradens* esclusivamente un'azione personale di restituzione (*condictio indebiti* o *sine causa*).⁹² Bisogna, al riguardo specificare che, nonostante l'ordinamento tedesco avesse mantenuto distinti i modi di acquisto della proprietà e le fonti dell'obbligazione, si preoccupò comunque di instaurare una relazione tra la causa e l'atto con il quale si attua uno spostamento patrimoniale servendosi dello strumento giuridico dello *Zuwendungsgeschäft* (o

⁹⁰ Sulla funzione del trasferimento astratto della proprietà propria del sistema romano v. JHERING, *L'esprit du droit romain*, IV, Paris, 1880, 204.

⁹¹ Cfr. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg- New York, 1965, 177 ss.; WESTERMANN, *Sachenrecht*, , Karlsruhe, 1966, 24 ss.

⁹² Questa tradizione, che affondava le sue radici nel diritto romano, venne messa in crisi con l'affermazione del principio con sensualistico che confondeva *titulus* e *modus* e comportava l'applicazione al contratto traslativo del principio della nullità per mancanza di causa, maturato nel terreno del contratto obbligatorio. Cfr. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), I, Milano, 1805, 65;

negozio di attribuzione patrimoniale), così come il sistema giuridico francese si era servito della *convention* (o contratto obbligatorio, idoneo a produrre non solo obbligazioni): all'uopo occorre tuttavia precisare che, mentre la dottrina francese riferisce la causa all'obbligazione, la dottrina tedesca la riferisce alla attribuzione patrimoniale.

Non sembra superfluo accennare alle ragioni storico-giuridiche che hanno portato a tale scelta. I giuristi tedeschi del diciannovesimo secolo, rimasti fedeli alla tradizione romanistica, disquisirono della causa tanto nell'ambito delle obbligazioni quanto dei diritti reali. La causa rappresentava lo scopo (*Zweck*) ovvero il fondamento (*Grund*), a seconda che si ponesse l'accento sulla realizzazione dell'interesse del privato ovvero sull'esistenza di un titolo da cui scaturisse la promessa o la *traditio*. Successivamente, queste ultime vennero ricondotte alla nozione di attribuzione patrimoniale (*Zuwendung*) e lo studio della causa venne assorbito dalle disquisizioni sulla neo elaborata categoria del negozio giuridico, precisamente del negozio di attribuzione patrimoniale. Bisogna al riguardo precisare che, per l'ordinamento tedesco, la causa poteva essere considerata elemento di validità solo per il negozio obbligatorio, ma non per quello traslativo, tanto è vero che, ad un certo punto, si iniziò a discutere della vincolatività anche della promessa obbligatoria che non indicasse la causa. In particolare, la dottrina tedesca elaborò il principio,

presente anche nella dottrina italiana e francese, della c.d. *causa indiscreta*⁹³ in base al quale la promessa obbligatoria è vincolante anche senza la menzione della causa.⁹⁴ Quanto detto spiega perché il legislatore tedesco non abbia contemplato la causa tra gli elementi fondamentali del contratto. Inoltre, la mancanza della causa ha una diversa disciplina, a seconda che riguardi la promessa ovvero le prestazioni: nel primo caso il debitore ha diritto ad una *exceptio* (§ 821), nel secondo può agire con la *condictio* anche nei confronti del terzo subacquirente a titolo gratuito (§§ 813-820). Infine, il § 812 *B.G.B.* prevede un'azione generale di arricchimento, fondata sulla mancanza di una causa della prestazione (*Rechtlicher Grund*). Come vedremo, questi principi sono stati recepiti dal codice civile svizzero, il quale con riferimento al principio dell'ingiustificato arricchimento precisa che deve restituirsi ciò che è stato prestato *sine causa* o in base ad una causa che non si è realizzata o è venuta meno.

Dalle disposizioni citate emerge in quale senso la dottrina tedesca parli di negozi astratti: tale concezione, tra l'altro, varia a seconda che si tratti di contratti reali ovvero obbligatori. Nei contratti reali lo scorporo tra la *traditio* e la sua causa importa la validità del trasferimento anche quando la causa manchi; e tuttavia il *solvens* può ripetere, o chiedere l'arricchimento, all'*accipiens* o

⁹³ Cfr. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, 144.

⁹⁴ Principio codificato al §. 780 *B.G.B.*

al terzo acquirente a titolo gratuito.⁹⁵ Anche nei negozi obbligatori, segnatamente nel caso della promessa di pagamento e di ricognizione di debito, la mancanza di una causa giustificatrice dello spostamento professionale consente al debitore di agire con la *exceptio*, per cui l'astrazione causale si risolve di fatto in una astrazione processuale.⁹⁶ Si è, peraltro, sottolineato come questo progressivo distacco da una astrazione in senso stretto derivi dal progressivo diffondersi dei titoli di credito e quindi da una diminuita esigenza di contratti obbligatori astratti.⁹⁷

Sembra interessante, in ordine alla causa, accennare anche all'esperienza giuridica francese, peraltro analoga a quella italiana. All'epoca della stesura del *code civil*, erano già stati elaborati in Francia la categoria generale del contratto e della convenzione obbligatoria, nonché il principio consensualistico: il contratto obbligatorio trasferiva la proprietà e, infatti, il *code civil* inserì i contratti obbligatori tra *les différentes manières dont on acquiert la propriété*. L'esperienza giuridica francese (e quella italiana) aveva così accolto la nozione ultima di causa elaborata negli anni dalla dottrina e in particolare da Domat e, poi, da Pothier⁹⁸: la causa è un elemento naturale della *convention*. Bisogna precisare che,

⁹⁵ Nei sistemi italiano e francese, invece, se il contratto è nullo per mancanza di causa il *solvens* potrà agire in revindica contro l'*accipiens* o contro qualunque terzo, salvi gli effetti della regola possesso vale titolo per i beni mobili e della trascrizione per i beni immobili.

⁹⁶ Cfr. LAURENZ, *Lerbuch des schuldrechts*, II, Munchen-Berlin, 1956, 296.

⁹⁷ Cfr. GIORGIANNI M., *op. ult. cit.*, 556. Vedi anche ASCARELLI T., *La legittimità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 237.

⁹⁸ DOMAT, *Lois civiles*, I, Paris 1777, tit. I, 5 il quale distingue tra contratti nei quali "*l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre*" e le donazioni o i contratti in cui uno solo "*fait ou donne*" in cui "*l'engagement de celui qui donne a son fondement surquelque motif raisonnable et juste*". Nello stesso senso POTHIER, *op. ult. cit.*, 65.

secondo un'autorevole corrente di pensiero,⁹⁹ quando la dottrina francese sottolinea che ad es. nella compravendita causa dell'obbligazione dell'alienante è avere il prezzo e causa dell'obbligazione dell'acquirente avere la cosa, non vuole comunque intendere che vi sia più di una causa perché le due obbligazioni sono intimamente connesse nell'organismo contrattuale: la precisazione porrebbe l'accento semplicemente sul fatto che la causa della compravendita può essere diversamente valutata. Sempre secondo la medesima tesi non sarebbero valide le teorie di coloro che identificano la causa con il consenso (c.d. *anticausalisti*) o che la identificano direttamente con la prestazione dell'altra parte.

Da quanto esposto emerge che, nonostante il diverso atteggiarsi ed operare, tanto l'ordinamento tedesco quanto quello francese hanno mantenuto la concezione latina della causa ed allo stesso modo si sono comportati altri ordinamenti dell'Europa occidentale quali quello spagnolo, quello austriaco e quello svizzero. La dottrina spagnola ha modellato il codice civile sulla fals riga di quello francese ed ha finanche fornito una definizione di causa all'articolo 1274: "nei contratti onerosi si intende per causa, per ciascun contraente, la prestazione o la promessa di una cosa o di un servizio dell'altra parte; nei contratti remuneratori il servizio o beneficio che si remunera, in quelli di pura beneficenza

⁹⁹ GIORGIANNI M., *op. ult. cit.*, 558.

la mera liberalità”. Per il diritto austriaco il mero consenso delle parti può creare l’obbligo di trasferire ma non può esso stesso trasferire (§ 425 ABGB): l’effetto reale è collegato, per i beni mobili, alla consegna della cosa, per i beni immobili (§ 431) alla c.d. *intavolazione*; operazioni, queste, che sembrerebbero sottendere o presupporre un negozio dispositivo (*Dinglicher Vertrag*) causale la cui validità è in funzione di quella del contratto obbligatorio. Molto vicino al sistema austriaco è il sistema giuridico svizzero (arg. ex art. 974, Abs. 2, ZGB), il quale, nell’ipotesi di trasferimento immobiliare, presenta la variante che l’atto dispositivo consiste in un negozio unilaterale dell’alienante.¹⁰⁰ I due sistemi si discostano, tuttavia, da quello tedesco: in questo, come è noto, l’atto di disposizione (*Dinglicher Vertrag*) è un negozio astratto e di conseguenza la sua validità non può essere condizionata a quella del contratto obbligatorio.

Un cenno, infine, agli ordinamenti giuridici di *civil law* ed a quello russo, dove diversa è la tradizione storico-giuridica. Nei primi, la c.d. *consideration* (cioè il corrispettivo, in senso lato) ha il medesimo ruolo che, nei sistemi giuridici di tradizione romanistica, ha la causa del contratto nei termini e nelle accezioni già individuate.¹⁰¹ Il sistema giuridico russo, invece, rinviene nella

¹⁰⁰GUHL, *Les droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947, 78; MEIER-HAIOZ, *Das grundeigentum*, in *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bern, 1965, 37ss. Secondo taluno autore, invece, il trasferimento avrebbe natura causale, cfr. VON TUUR, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, I, Tublingen, 1924, 180.

¹⁰¹Cfr. MANCINI, *La consideration nel diritto nord-americano dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 1041ss.

causa il fondamento del negozio, cioè il fatto passato, presente e futuro che giustifica la modificazione patrimoniale. E' interessante sottolineare come, in questo ordinamento giuridico, i negozi astratti non siano riconosciuti se non di rado.¹⁰²

1.5 Il principio di necessaria causalità nell'ordinamento giuridico italiano.

Quanto finora esposto ha evidenziato le ragioni in base alle quali dottrina e giurisprudenza prevalenti abbiano a lungo negato l'ammissibilità di un negozio di trasferimento atipico, quale il pagamento traslativo; e come solo studi più recenti abbiano rilevato che non sussiste piena coincidenza tra atipicità ed astrattezza¹⁰³ (e, *a contrario*, tra tipo e causa), perché corrispettività e liberalità non rappresenterebbero le uniche categorie di causa idonee ad assicurare il fondamento imposto dall'art. 1325, n. 2, c. c. agli atti attributivi: così la vendita, la donazione, la permuta, non costituirebbero gli unici atti idonei a perfezionare il trasferimento della proprietà.¹⁰⁴ Si è fatto in proposito l'esempio di alcune fattispecie negoziali, come i negozi posti in essere *solvendi causa* o *causa familiae* o, ancora, al fine di adempiere ad un obbligo morale (art. 2034 c.c.): anche questi

¹⁰² KLEINE, *Die historische bedingtheit der abstraktion von der causa*, Berlin, 1953,11.

¹⁰³ GIORGIANNI M., voce "Causa", in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 564; MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, cit. 200 ss.

¹⁰⁴ Nel senso di mancanza totale di concreta funzione economico-sociale, secondo una nota definizione: cfr. nota.5.

spostamenti patrimoniali, dunque, risulterebbero infatti retti da una causa autonoma e sufficiente.¹⁰⁵ Correlativamente a dette considerazioni, parte autorevole della dottrina ha evidenziato un vero e proprio processo di affrancazione dell'effetto traslativo dall'alternativa scambio-donazione, nel tentativo di studiare i contratti volti al trasferimento del diritto non solo dal punto di vista della causa prevista per il tipo contrattuale in astratto considerato, ma soprattutto dal punto di vista degli effetti realmente voluti (ed effettivamente prodotti): questo mutamento di prospettiva avrebbe permesso, come abbiamo altrove sottolineato, di scindere la nozione di causa da quella di tipo, consentendo, in definitiva, di evidenziare l'interesse all'interesse concreto perseguito dalle parti nel porre in essere una determinata operazione negoziale (c.d. *causa in concreto*).¹⁰⁶ Il problema dell'ammissibilità dei negozi di adempimento traslativi con causa esterna impone, pertanto, un breve *excursus* sulla nozione di causa del contratto, soffermandoci in particolare sulla nozione di causa c.d. *in concreto*, cioè di causa quale ragione concretamente fondante la stipulazione di un particolare contratto, in relazione

¹⁰⁵ LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007, il quale, tra gli altri, ricorda gli atti di puro trasferimento posti in essere in attuazione di accordi-quadro quali la concessione di vendita, gli atti di adempimento di obbligazioni naturali mediante il trasferimento di proprietà, i contratti gratuiti atipici, i negozi traslativi di proprietà esecutivi di obbligazioni di risarcimento del danno derivante da illecito. DORIA G., *Autonomia privata e "causa familiare". Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio*, 209; GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, 95; DONISI C., *Il problema dei negozi ...*, cit., 285 ss.

¹⁰⁶ FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, 353; SACCO R.- DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2004, 784 ss.

alle circostanze concrete che lo connotano ed agli interessi reali da esso espressi.¹⁰⁷

Pochi concetti hanno avuto un'elaborazione altrettanto travagliata come quello relativo alla causa, il cui studio è senza dubbio il punto di passaggio obbligato in un'indagine volta ad individuare che genere di connessioni sussistano, all'interno di un determinato sistema, tra autonomia privata ed ordinamento giuridico¹⁰⁸: al riguardo, autorevole dottrina ha infatti affermato che «l'autonomia privata è ammessa dall'ordinamento in vista ed in dipendenza dello scopo che essa persegue».¹⁰⁹ Pertanto, intorno al concetto di causa, ruotano svariate problematiche quali il limite estremo della libertà dei privati di autodeterminarsi nei rapporti giuridici; la possibilità di “manipolare” per i propri fini i tipi contrattuali predisposti dall'ordinamento; la possibilità di elaborarne dei nuovi; la contrapposizione fra causa in senso soggettivo, come scopo perseguito dalle parti, e causa in senso oggettivo, come funzione attribuita all'atto dall'ordinamento giuridico. Parte della dottrina¹¹⁰ classifica le diverse e fondamentali funzioni che svolge la causa del contratto: essa non costituirebbe solo il fondamento dell'autonomia negoziale delle

¹⁰⁷ Così da ultimo anche la giurisprudenza. Cass. 24 luglio 2007 n. 16315, in *Contratti*, 2008, 1, 56; Cass. 8 maggio 2006 n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, 621 con nota di RIMOLDI F.; Cass. 6 agosto 1998, n. 7266, in *Corr. giur.*, 1997, 9, 1048 ss; Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.* 1998, 2, 1039 ss., con nota di CLARIZIA R., *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento del lease back*; Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805 in *Corr. giur.*, 360, con nota di CARBONE V., *Lease back e patto commissorio*.

¹⁰⁸ MAJELLO, in *Riv. dir. civ.*, 87, I, 491.

¹⁰⁹ SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 172.

¹¹⁰ BIANCA C.M., *Diritto civile, vol. 3 Il contratto*, Milano, 1987, 420 ss.

parti, ma anche un criterio di interpretazione e di qualificazione del contratto nonchè uno strumento di valutazione dell'impatto che circostanze sopravvenute possano avere sullo stesso. In quest'ultimo senso si fa riferimento a quelle teorie dottrinarie secondo cui la causa deve sussistere non solo al momento della conclusione del contratto, ma anche nel corso dell'intero svolgimento del rapporto contrattuale. L'operatività nell'ordinamento italiano del principio causalistico testimonia l'importanza della nozione di causa del contratto: com'è noto, il codice civile non ne fornisce una definizione, ma si limita a qualificarla come elemento essenziale di ogni contratto (art. 1325, n. 2, c.c.), insieme all'accordo tra le parti, all'oggetto (che rappresenta il programma, ossia il contenuto dell'accordo delle parti) ed alla forma (quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità). Si sostiene, di norma, che, con il riconoscimento della essenzialità della causa, l'ordinamento giuridico italiano abbia affermato il principio della non configurabilità dei negozi astratti, caratterizzati dalla irrilevanza (temporanea) della causa e dalla capacità di produrre i propri effetti anche in mancanza di una causa valida. Nella generica categoria del negozio astratto si è fatta, tuttavia, confluire un'ampia gamma di negozi per i quali la causa esiste, ma si atteggia in modo del tutto particolare: tra questi, i negozi con causa variabile, con

astrazione processuale della causa e, per quel che ci riguarda, anche i negozi con causa esterna.

Nell'evoluzione storica, il principio della causa non ha sempre avuto il medesimo significato e valore. Storicamente, il problema della causa si è posto nell'ottica del quesito se un "nudo patto" o una "nuda promessa", cioè la nuda manifestazione della volontà di impegnarsi legalmente, siano sufficienti a creare l'impegno legale e, in caso negativo, quale ulteriore elemento debba sussistere per creare l'impegno legale.¹¹¹ Nel diritto romano classico, ad esempio, non si poneva un problema di causa del contratto nel senso in cui se lo pone la dottrina moderna, in quanto per i romani il nudo patto, non rivestito della forma richiesta, non era idoneo a generare alcuna obbligazione: l'elemento che consentiva alla volontà contrattuale di produrre effetti legali era il suo esteriorizzarsi in modi formalizzati e tipizzati. Questa concezione venne minata dall'avvento del diritto giustiniano e del diritto comune, per essere definitivamente superata dal pensiero giusnaturalista, che viceversa, esaltava la volontà umana e valorizzava l'impegno preso in ottemperanza al brocardo *pacta sunt servanda* mentre, secondo certa dottrina, una promessa, anche priva di causa, era vincolante per legge di natura e la volontà di assumerla era reputata sufficiente a

¹¹¹ Così ROPPO V., *Il contratto*, Trattato di diritto privato a cura di IUDICA G. E ZATTI P., Milano, 2001, 361 ss.

creare il vincolo giuridico: non occorre nessuna causa per giustificarlo.¹¹²

La svalutazione della causa propugnata dalle teorie del giusnaturalismo estremo viene peraltro superata negli sviluppi dottrinari precursori del Code Napoléon, soprattutto ad opera di Jean Domat e Robert-Joseph Pothier. Il nudo patto non è sufficiente a creare il vincolo giuridico: occorre *un fondement*, che per i contratti di scambio è il corrispettivo dato o promesso a chi si impegna e per la donazione è *quelque motif raisonnable et juste*. In embrione, viene affermato il principio causale secondo cui l'attribuzione di un diritto e l'assunzione di un obbligo non sono ammissibili se il contratto che li produce non è sostenuto da una causa. Al di là di questa prima impostazione questa prima impostazione, il concetto di causa è stato successivamente oggetto di un'ulteriore evoluzione. Sotto il vigore del Code Napoléon (e di riflesso anche sotto il vigore del codice italiano del 1865) la causa si riferiva all'obbligazione e non al contratto, perché dominava in dottrina l'idea che il contratto fosse esclusivamente fonte dell'obbligazione e non fosse possibile concepire una causa del contratto che non fosse anche causa dell'obbligazione. Punto di riferimento della causa era pertanto la singola promessa e non il contratto unitariamente considerato. Più precisamente, il contratto diretto al trasferimento della proprietà di cosa certa e determinata era concepito come contratto che genera

¹¹² Così GROZIO (Huigh de Groot, 1583-1645).

un'obbligazione ed insieme ne assicura l'esecuzione, per cui la possibilità di stipulare contratti che avessero come effetto esclusivo l'immediato trasferimento del diritto, senza l'intermediazione di una obbligazione era, in questa prospettiva, inconcepibile: la causa del contratto finiva sempre per identificarsi con lo scopo perseguito dal contraente nel momento in cui stipulava un contratto ed assumeva un obbligo, che era strumentale al conseguimento dello scopo stesso.¹¹³ Precisando ulteriormente, emerge una nozione di causa riferita non già al contratto ma alla volontà del contraente, volta a mettere in rilievo il dato soggettivo dell'utilità conseguita dal soggetto, piuttosto che il dato oggettivo del ruolo svolto dal contratto. La dottrina francese, inoltre, distinguendo tra causa efficiente (ossia la causa genetica: il contratto è la fonte, la causa dell'obbligazione), e causa occasionale (che è un motivo che ha preceduto l'azione, determinandola, ma di cui il diritto non si occupa) e causa finale (che è la causa tecnica, di cui si occupa l'ordinamento giuridico), volle differenziare la causa dal motivo: in particolare, la causa altro non era se non il motivo ultimo (anche cronologicamente), il fine diretto che il contraente si proponeva di raggiungere con l'obbligazione.

Com'è noto, l'impostazione del codice napoleonico venne ripresa dal codice italiano del 1865, di chiara matrice francese.

¹¹³ Così GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 787 ss. Nella compravendita, ad esempio, la causa dell'obbligazione del venditore veniva individuata nel conseguimento del prezzo e la causa dell'obbligazione del compratore nel conseguimento della proprietà della cosa. In tal modo, però, secondo l'Autore, si trascurava di considerare il fatto evidente dell'unicità dello strumento contrattuale.

Pertanto, anche in Italia, la teoria dominante, che ha poi avuto scarso seguito,¹¹⁴ fu quella soggettiva, che portava gli studiosi del tempo a concepire la causa come scopo, come motivo che determina l'agente a prestare il consenso. Da questo punto di vista, la teoria soggettiva finiva per dissolvere l'elemento della causa in quello dell'accordo, inteso come incontro di volontà, e non permetteva di individuare l'ipotesi di mancanza di causa, pur prevista dal codice del 1865: se la causa è il motivo ultimo, che determina l'agente a porre in essere la dichiarazione di volontà, è certo che nessuno si obbliga senza un motivo ed è, quindi, difficile concepire un'obbligazione senza causa. A tale critica si replicava affermando che la causa soggettiva, che non può non esistere, può tuttavia non essere ammessa dalla legge. E tuttavia, se la causa materialmente esiste, ma non è riconosciuta dalla legge si ha non un'ipotesi di mancanza di causa bensì di obbligazione avente causa illecita. Dalla considerazione che il legislatore prevedeva, accanto all'ipotesi patologica della causa illecita, anche quella di mancanza di causa si cominciò ad avvertire l'inadeguatezza della teoria soggettiva e la necessità di dare una connotazione oggettiva (e, cioè, che prescindesse, nella sua individuazione, dalla volontà dell'agente) al fenomeno causale.

Il superamento dell'impostazione appena esaminata avvenne con gradualità. Superato il modello del contratto obbligatorio e affermatasi l'idea dell'efficacia traslativa del

¹¹⁴ Cfr. per tutti BARASSIL., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, 52 ss.

semplice consenso, iniziò a farsi strada l'idea di un negozio inteso come espressione di un'unitaria regolamentazione di interessi, a prescindere dalle singole obbligazioni che di tale regolamentazione costituiscono il concreto contenuto. Si cominciò, cioè, a riferire la causa non più all'obbligazione, ma alla prestazione nel suo insieme: concetto, quest'ultimo, meglio atto a ricomprendere non solo vicende obbligatorie, ma anche immediatamente traslative.¹¹⁵ Poco alla volta si abbandonò la teoria soggettiva per valorizzare il contrapposto dato oggettivo della unitarietà del contratto: si ritenne, in particolare, che il regolamento di interessi disposto dalle parti si giustificasse solo in funzione di uno scopo determinato che deve conseguentemente rivestire carattere oggettivo e tipico, così da risultare conoscibile e apprezzabile socialmente, nonchè nettamente distinto dalle singole rappresentazioni soggettive.¹¹⁶

1.6 Segue. *Evoluzione del principio "causale": dalla causa in astratto alla causa in concreto.*

La teoria (oggettiva) accolta dal legislatore del 1942, e sostenuta dalla dottrina prevalente,¹¹⁷ venne illustrata già nella

¹¹⁵ Cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile.3. Il contratto*, Milano, 2000, 456 il quale sottolinea che l'idea secondo la quale la prestazione avrebbe una sua causa nell'obbligazione, di cui rappresenta adempimento, trova rispondenza terminologica nelle fonti romane. Tale idea non può essere tuttavia tenuta ferma se si vogliono evitare confusioni circa il concetto di causa: l'obbligazione non è la causa ma il titolo della prestazione e la sua mancanza non comporta un giudizio di invalidità ma di indebito.

¹¹⁶ In tal senso BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1952, 172 ss; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 159.

¹¹⁷ In dottrina SANTORO PASSATELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 1973, 127; BETTI E., *op. ult. cit.*, 184 ss.; CARIOTA-FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948,

Relazione al codice civile ove, in particolare, si chiarisce che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo perseguito dal contraente ma «la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata [...] un codice ispirato alle esigenze della solidarietà non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto». La causa è, pertanto, l'astratta, e quindi tipica, ragione economico-giuridica del contratto, ciò che giustifica l'operazione privata; oggettivamente considerata essa diviene strumento di controllo dell'operare dei singoli, perchè permette di valutare la corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico.¹¹⁸

In realtà, non manca chi, pur adottando una concezione oggettiva di causa, non rinnega la rilevanza dell'elemento psicologico: la causa del negozio sarebbe la funzione economico-sociale che caratterizza il tipo di negozio quale atto di autonomia privata e ne determina il contenuto minimo necessario; ma la causa in tanto opererebbe attraverso il meccanismo negoziale, in quanto

586; MIRABELLI G., *op. ult. cit.*, 159; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di CICU A.- MESSINEO F., Milano, 1968, 111; SICCHIERO G., *Appunti sulla causa del contratto*, nota a Cass. 15 luglio 1993, n. 7844 in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 733ss. In giurisprudenza Cass. 15 luglio 1993 n. 7844, ora cit., 734; Cass. 20 novembre 1992 n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506; Cass. 11 Agosto 1980 n. 4921, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 2083; Cass. 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, 2171; Cass. 28 marzo 1977 n. 1205, in *Foro it.*, 1977, I, 1088.

¹¹⁸ Così BETTI E., *op. ult. cit.*, 175; GIORGIANNI M., *voce Causa, cit.*, 572 ss., il quale sostiene che, se della causa si adotta una nozione soltanto oggettiva, essa finisce con l'indicare esclusivamente il tipo negoziale predisposto dall'ordinamento e con il servire solo a risolvere il problema dei limiti all'autonomia privata. Bisogna invece riconoscere, secondo l'Autore, che la causa presenta due aspetti fondamentali: quello della funzione

essa viene a coincidere normalmente con l'interesse individuale determinante la volontà privata nel caso concreto. Si aggiunge che, se della causa si adottasse una nozione soltanto oggettiva, essa finirebbe con l'indicare esclusivamente il tipo negoziale predisposto dall'ordinamento e con il servire solo a risolvere il problema dei limiti all'autonomia privata. Secondo la tesi in oggetto bisognerebbe invece riconoscere che la causa presenta due aspetti fondamentali e complementari: quello della funzione e quello dello scopo.¹¹⁹

Approfondendo l'analisi della teoria oggettiva, secondo quest'ultima affinché una promessa contrattuale sia valida, essa deve essere assistita da una causa non solo lecita ma anche idonea a realizzare funzioni socialmente utili. Il riconoscimento di detta utilità è diretto ed esplicito nei contratti tipici mentre è indiretto (o a posteriori) nei contratti atipici: in questi ultimi, cioè, è attuato attraverso un successivo giudizio di meritevolezza degli scopi perseguiti dalle parti. Da ciò consegue che un contratto tipico non potrebbe mai avere causa illecita (art. 1343 c.c.), essendo essa

¹¹⁹ Cfr. ROPPO V., *op. ult. cit.*, 364 ss., per il quale la causa del contratto si identifica con l'operazione economica realizzata tipicamente dal contratto e rileva in un duplice senso: in primo luogo come materia di un controllo diretto ad accertare che l'operazione contrattuale non realizzi effetti vietati dall'ordinamento (sono le ipotesi di nullità del contratto per illiceità della causa); in secondo luogo, la causa funziona come strumento di controllo della realizzabilità dell'operazione perseguita, di verifica dell'esistenza delle ragioni che giustificano e fondano i trasferimenti di ricchezza progettati dalle parti. Quando le ragioni che giustificano i trasferimenti di ricchezza progettati dalle parti si rivelano inesistenti, così che l'operazione perde ogni senso, si può dire che manca la causa del contratto. Interessante notare come lo stesso Autore ritenga meritevole di tutela giuridica anche il contratto c.d. capriccioso, cioè privo di una qualche funzione socialmente utile (*contra* BETTIE.).

oggettivamente predeterminata dall'ordinamento:¹²⁰ l'unico strumento per sancire l'illiceità della causa è dato dall'art. 1345 c. c. (sul motivo illecito comune)¹²¹ o dall'art. 1344 c. c. (sul negozio in frode alla legge). In definitiva, l'art. 1343 c.c. farebbe riferimento solo ai negozi atipici, gli unici che potrebbero avere causa illecita, in quanto creati dalle parti e non dal legislatore. Una specifica applicazione di tale principio si è avuta soprattutto in tema di vendita a scopo di garanzia che mascheri un patto commissorio, vietato ai sensi dell'art. 2744 c. c. La vendita, infatti, essendo un negozio legislativamente previsto, per la teoria oggettiva della causa non potrebbe mai avere causa illecita; pertanto, l'unico modo per sancirne la nullità per illiceità della causa sarebbe quello di ricorrere all'art. 1344 c. c.: in particolare la vendita a scopo di garanzia che violi l'art. 2744 c.c. sarebbe dunque nulla perché in frode alla legge, ossia in frode al divieto del patto commissorio.¹²² E' evidente come questa conclusione derivi dalla sovrapposizione dei concetti di causa e di tipo contrattuale che, come abbiamo già osservato, sono figure giuridiche distinte. In proposito, si è sottolineato come gli esempi che vengono comunemente considerati come assenza di causa

¹²⁰ Cfr. per tutti SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine...*, cit., 186-187.

¹²¹ Cfr. MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, cit., 161, secondo il quale anche un contratto tipico può essere un mezzo per commettere una illiceità (ad es. vendita dell'arma destinata ad un delitto); per colpire tale illiceità si è previsto che, non potendosi considerare illecita la causa tipica, si dovesse colpire il motivo, che ha spinto le parti a concludere il contratto tipico.

¹²² Questa, del resto, è l'opinione dominante in giurisprudenza: cfr. per tutte, Cass. 28 settembre 1994 n. 7890, in *Foro it.*, 1995, I, 1227; Cass. SS:UU: 3 aprile 1989 n. 1611, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1569, relativa alla nullità di una vendita con patto di riscatto per contrasto con il divieto del patto commissorio.

configurino in realtà casi di assenza del tipo: nell'ipotesi, ad es., di cosa che già figuri nel patrimonio dell'acquirente lo scambio non sarebbe ipotizzabile non perchè difetti di causa, bensì perchè risulta inconfigurabile il tipo e risulta di conseguenza impossibile procedere positivamente alla qualificazione dell'operazione.¹²³ Si aggiunge, al riguardo, che il *discrimen* tra causa e tipo consisterebbe anche nella circostanza che con il tipo si pone un problema di configurabilità dell'operazione, quindi di raffronto statico tra schema previsto dai privati e quello disciplinato dal legislatore; laddove con la causa si porrebbe un problema di liceità degli interessi perseguiti e, quindi, un raffronto dinamico tra interessi perseguiti dai privati e interessi ritenuti leciti e dunque protetti dall'ordinamento.

Di fronte all'assimilazione tra causa e tipo negoziale la dottrina, soprattutto nel dopoguerra, provò a rivedere la nozione di causa, arrivando persino a negarne la rilevanza quale elemento a sé stante: è questa la corrente c.d. *anticausalista*. In particolare, alcuni autori si proposero di dimostrare che la causa non costituisce elemento essenziale del contratto ed affermarono che, se la causa viene intesa come la rappresentazione intellettuale della controprestazione (teoria soggettiva), essa andrebbe ad identificarsi

¹²³ GAZZONI F., *op. ult. cit.*, 789 ss. Così anche SACCO R., ritiene che considerare la causa come funzione economico-sociale comporti una commistione tra il concetto di causa e quello di tipo: da ciò per l'Autore, l'assurda conseguenza che l'appartenenza di un concreto contratto ad un tipo garantisce che la presenza non solo di una causa, ma in particolare di una causa lecita. Preferibile, per l'A., appare la nozione di causa come ragione giustificativa del contratto.

con il consenso o con l'oggetto.¹²⁴ Questa teoria non ebbe molto seguito tra gli interpreti del diritto.

Le critiche volte alla teoria oggettiva, soprattutto la commistione tra causa e tipo negoziale, portarono parte della dottrina a recuperare l'impostazione soggettiva, con alcune varianti. In particolare, abbandonata la teoria dell'identificazione tra causa e scopo soggettivo perseguito dai singoli contraenti, si suggerì di fare riferimento (non alla funzione economico-sociale), ma alla funzione economico – individuale della causa. L'Autore cui questa espressione¹²⁵ viene attribuita intende con essa riferirsi alla funzione del singolo negozio attraverso cui le parti hanno inteso regolare propri specifici interessi, in contrapposizione all'espressione "funzione economico-sociale", che risulterebbe ambigua in quanto consentirebbe, da un lato, la sovrapposizione dei problemi del tipo a quelli della causa; dall'altro, un uso "politico" della causa stessa¹²⁶ Nel negozio sono presenti profili soggettivi (l'intento delle parti) e profili oggettivi (il concreto assetto di interessi, così come risulta dalla regola nella quale

¹²⁴ SCOGNAMIGLIO R. richiamato da BIANCA C. M., *op. ult. cit.*, 451; ALPA G., in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1995, II, 15.

¹²⁵ FERRI G. B., *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1965, 75 ss.

¹²⁶ Secondo Ferri, nella prospettiva dal quale muove il legislatore del 1942, il rapporto tra autonomia negoziale e ordinamento statale viene risolto nei termini dell'autorizzazione della prima da parte del secondo, poiché il negozio appare lo strumento per la realizzazione di interessi non solo più privati ma anche di finalità generali. Affidare il controllo degli atti di autonomia privata a parametri quali quello dell'utilità o rilevanza sociale rappresenta, secondo l'autore, l'utilizzazione di criteri generici ed imprecisi, che consentono al personale convincimento del giudice di spaziare senza limiti. Con l'avvento della costituzione e dell'ordinamento democratico, il negozio torna ad essere strumento per la realizzazione di interessi privati. La causa ridiventa un elemento del negozio, ma non quale strumento di controllo dell'agir e dei privati (come nelle intenzioni del legislatore del 1942) ma come oggetto di controllo, che permette di constatare in concreto la compatibilità tra i valori espressi dal negozio e quelli espressi dall'ordinamento.

l'intento si è oggettivato): ogni regola negoziale, pertanto è espressione oggettivata di finalità soggettive. La stessa dottrina sostiene che, nell'analizzare un negozio giuridico, l'ordinamento deve, in primo luogo, individuare l'operazione economica che le parti hanno posto in essere per realizzare un loro determinato interesse (c.d. momento della qualificazione, successivo alla interpretazione); in secondo luogo, valutare la meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito, operazione da compiersi tanto per i negozi tipici, quanto per quelli atipici.¹²⁷ Più nello specifico, il giudizio di meritevolezza dell'interesse appare qualitativamente diverso rispetto a quello di liceità: la meritevolezza opera a livello di tipo (e non di causa) e va intesa nel senso di idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi.¹²⁸ Il fatto che le parti abbiano stipulato un negozio tipico, quindi, non comporta necessariamente che il contratto sia meritevole di tutela, ma bisogna valutare se l'interesse concretamente perseguito (causa quale funzione

¹²⁷ La clausola generale della meritevolezza dell'interesse è stata introdotta nel nostro ordinamento con il codice civile del 1942 (art. 1322 c.c.). Prima di allora, simile clausola era del tutto sconosciuta al sistema delle fonti, al pari di altre clausole generali: nella redazione finale del codice, infatti, prevalse una linea di pensiero che, sull'onda del modello germanico nazionalsocialista, propugnava la sempre più larga utilizzazione delle clausole generali al fine di trasferire all'interno del sistema del diritto civile principi politici meta legali. La Relazione al Re individua, tra i criteri di giudizio della meritevolezza, oltre a quelli propri della liceità (conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) anche la coscienza civile e politica, nonché i principi ispiratori dell'economia nazionale (ossia del corporativismo). L'interesse perseguito dai contraenti, dunque, in tanto è meritevole di tutela in quanto sia anche utile socialmente (così Betti). Il tramonto dell'ordinamento corporativo segna un deciso rovesciamento di tendenza: non vi è più ragione di subordinare la tutela dell'atto di autonomia privata alla sua rilevanza sociale: controllo di liceità e controllo di meritevolezza vengono assimilati (così Sacco, il quale ritiene che la regola dell'art. 1322 è una superfetazione inutile perché doppiamente dell'art. 1343 c.c.)

¹²⁸ GAZZONI F., *op. ult. cit.*, 798 ss.; cfr. nota precedente.

economico-individuale) sia corrispondente all'interesse tipizzato nella schema astratto.

Un'autorevole dottrina¹²⁹ ha rilevato che la causa deve essere intesa quale causa in concreto, ossia quale ragione dell'affare, nel senso di interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare. Si afferma che, se la causa fosse già astrattamente determinata per ogni tipo di contratto, non sarebbe spiegabile come, ad esempio, una vendita possa avere causa illecita (art. 1343 c.c.). Inoltre, se si facesse riferimento esclusivamente alla causa quale astrattamente prevista, si rischierebbe di trascurare gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto ad attuare a prescindere dal modello tipico adoperato. Qualora, ad es., le parti stipulino un mandato a vendere senza obbligo di rendiconto, non basterebbe limitarsi a riscontrare la compatibilità di questo contratto con il modello del mandato, perchè, se il mandante fosse debitore del mandatario e se il mandato dovesse avere esecuzione a seguito dell'inadempimento del mandante, potrebbe verificarsi che, attraverso lo schema del mandato, le parti abbiano in realtà inteso violare il divieto del patto commissorio. Corollario della tesi della causa in concreto sarebbe, dunque, che anche un negozio tipico può risultare nullo per illiceità della causa qualora sia illecito l'interesse concreto perseguito dalle parti. Si perviene a detta conclusione applicando direttamente l'art. 1343 c.

¹²⁹ BIANCA CM., *Diritto civile, vol. 3 Il contratto*, cit., 425 ss.

c., (nel caso esaminato, illiceità del contratto per violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.), non ritenendosi corretto il riferimento alla norma che sancisce, indirettamente, la nullità del contratto per frode alla legge (art. 1344 c. c.)¹³⁰ La teoria della funzione in concreto del contratto ha il merito di superare le principali critiche volte alle teorie sopra illustrate, chiarendo i controversi rapporti tra causa, motivi e tipo. Si attribuisce, infatti, rilievo agli scopi perseguiti dalle parti attraverso il contratto, pur mantenendosi distinta la causa dai motivi. La causa, infatti, attiene all'operazione complessiva che, con essa, è possibile realizzare; i motivi, invece, sono le ragioni individuali private e spesso inesprese per cui ciascun contraente intende realizzare tale interesse attraverso il contratto. La teoria della causa in concreto ha, altresì, il merito di sancire il *discrimen* tra causa e tipo legale. La causa, infatti, è un concetto dinamico, attinente alla realizzazione degli interessi delle parti, anche attraverso il ricorso ad uno schema tipico; il tipo, invece è un concetto statico che descrive la struttura di certe tipologie contrattuali, individuate dal legislatore perchè particolarmente ricorrenti nella prassi.¹³¹ Come più volte sottolineato, da questa differenziazione consegue che il controllo sulla causa non deve essere effettuato solo per i contratti

¹³⁰ Si consideri, oppure, l'ipotesi in cui il *tradens* attribuisce un bene ad una società di capitali per un certo prezzo, con l'intesa che il prezzo debba compensare il debito derivante dalla sua sottoscrizione del capitale sociale: l'adozione di un criterio formalistico, basato sulla coincidenza degli effetti giuridici dell'atto con la disciplina legale, porterebbe a qualificare il contratto come compravendita: il criterio basato sulla causa concreta porta, invece, a ravvisare un conferimento in natura e ad applicarne la relativa disciplina, con l'obbligo, in particolare, della stima del bene conferito (art. 2343 c.c.).

¹³¹ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 203, 810.

atipici, ma anche per quelli tipici; infatti, se la causa è l'interesse economico sociale concretamente perseguito dalle parti, il ricorso ad uno schema previsto dal legislatore non assicura la rilevanza dell'interesse perseguito, ma richiede di volta in volta una valutazione concreta. A tal proposito, parte della dottrina¹³² ritiene che sulla causa del contratto debbano effettuarsi tre ordini di controllo: un primo controllo sulla meritevolezza giuridica dell'interesse perseguito dalle parti;¹³³ un altro, circa l'esistenza della causa in concreto ed infine il controllo sulla liceità della causa. Il controllo sulla meritevolezza, in particolare, risulta essenziale in relazione ai contratti atipici (art. 1322 c.c.), mentre per quelli tipici la meritevolezza sarebbe normalmente implicita nella individuazione e nella disciplina del tipo da parte del legislatore.

La giurisprudenza si è occupata innumerevoli volte della nozione di causa. Di recente, la Suprema Corte di Cassazione ha esplicitamente accolto la teoria, da tempo prevalente in dottrina, della causa in concreto, cioè della causa come funzione economico-individuale concretamente perseguita dalle parti.¹³⁴

¹³² BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto civile*, Torino 1992, 706.

¹³³ V. però le osservazioni di ROPPO V. riguardo al negozio futile o "capriccioso" in *Il Contratto, Trattato di...*, cit..

¹³⁴ Cass. Civ., sez III, 8 maggio 2006, n. 10490. Il caso concreto concerneva la discussa validità di un contratto di consulenza con cui una società in accomandita semplice si obbligava a prestare la propria opera nei confronti di una società per azioni. L' amministratore della s.a.s. rivestiva, tra l'altro, incarichi presso organi di amministrazione di società collegate alla S.P.A. Pertanto, era stata sostenuta la nullità per carenza di causa del contratto di consulenza e della successiva convenzione che ne prevedeva il compenso, proprio perchè le prestazioni costituenti oggetto della consulenza erano contemporaneamente dovute dallo stesso soggetto in qualità di membro dei

Questa sentenza, com'è stato sottolineato, nonostante la sua importanza, non risulta totalmente innovativa perché la giurisprudenza, pur aderendo alla tradizionale concezione oggettivo- astratta della causa, aveva già fatto applicazione pratica della teoria della causa in concreto. Tuttavia, questa decisione ha dei risvolti pratici significativi tanto sul piano della validità del negozio, perché ammette che un contratto tipico possa essere sostenuto da una causa illecita; quanto su quello dell'autonomia negoziale, con particolare riferimento ai casi di negozi indiretti o collegati (la teoria della causa in concreto, infatti, porta a valorizzare l'interesse complessivo perseguito dalle parti attraverso l'uso atipico dello schema tipico o il collegamento tra contratti).

Ai nostri fini, merita, infine, un cenno il negozio astratto, cioè quel negozio che produce effetti giuridici prescindendo dalla causa.¹³⁵ E' d'obbligo una precisazione: il nostro ordinamento

C.d.A: delle altre società del gruppo. La suprema corte ha confermato la tesi della mancanza di causa, fondando tale pronuncia sull'accoglimento della tesi della causalità in concreto. Secondo la Cassazione, infatti, l'accoglimento della tesi della causa in astratto, causa quale funzione economico-sociale identificabile nel tipo, avrebbe condotto a risultati diversi perché il contratto di consulenza non avrebbe potuto essere considerato privo di causa corrispondendo allo schema legale tipico di cui all'art. 2222 cod. civ.: l'astratta tipicità negoziale avrebbe giustificato l'operazione negoziale. La tesi della causa in concreto, invece, facendo riferimento alla funzione concreta perseguita dal negozio, consente di evidenziare come, nel caso in esame, il contratto di consulenza fosse privo di causa perché la funzione cui mirava era già stata conseguita con un altro tipo contrattuale (il conferimento di incarichi di amministratore). Secondo la tesi della causa come funzione economico-individuale l'esistenza della causa va fatta in concreto e prescinde dalla tipicità dello schema negoziale utilizzato. Se anche in astratto il contratto di consulenza svolgeva una sua funzione tipica, così non era nei fatti perché non realizzava alcuna funzione economicamente apprezzabile, mancando di causa.

¹³⁵ Non è vera astrazione la c. d. astrazione processuale. Questo fenomeno ricorre quando, nel negozio, la causa ha una sua normale rilevanza perché si tratta di negozi causali; si ha soltanto una inversione legale dell'onere della prova, nel senso che si presumono l'esistenza e la liceità della causa e chi ne adduce la inesistenza o la illiceità deve dimostrarle. In breve, la c. d. astrazione processuale non è altro che una deroga al principio sull'onere probatorio secondo cui chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (art. 2697 cod. civ.)

giuridico, a differenza di altri, non contempla ipotesi di astrazione sostanziale assoluta, cioè di negozi in cui la causa manca e non assume mai rilevanza.¹³⁶ Eccezionalmente, si ammette l'astrazione relativa, che non significa inesistenza della causa, ma semplicemente che la causa è accantonata, stralciata, sicchè la sua eventuale mancanza o i suoi eventuali difetti non rendano il negozio invalido o inefficace, ma esplichino un'azione ritardata destinata a bilanciare gli effetti che il negozio abbia prodotto nonostante la sua astrattezza (c.d. *rilevanza indiretta della causa*).¹³⁷ Caratteristica storicamente costante dei negozi astratti è che in essi l'accantonamento momentaneo della causa è compensato da un rigoroso formalismo della dichiarazione: i negozi relativamente astratti sono, infatti, negozi formali, in cui la solennità della forma fa, momentaneamente, le veci della causa.¹³⁸ La distinzione tra obiettiva inesistenza della causa e mancata menzione della stessa è opportuna e coinvolge la corretta

¹³⁶ Il problema ha particolare rilievo in ordine al trasferimento astratto della proprietà. Ciò significa che, in mancanza di una causa valida, la proprietà non si trasferisce: se la cosa è stata già consegnata, potrà essere recuperata con l'azione di rivendicazione, che è esperibile verso qualsiasi terzo perché ha carattere reale. Se, invece, fosse ammesso il trasferimento astratto, come avviene nel diritto tedesco, esso si verificherebbe anche in mancanza di una causa valida; se, poi, il trasferimento fosse ingiustificato per qualche ragione, l'alienante potrebbe recuperare la cosa non con l'azione di rivendicazione bensì di ripetizione dell'indebito (art. 2033 cod. civ.), azione personale non esperibile verso i terzi, ad es. i subacquirenti. L'inammissibilità, nel nostro ordinamento, dell'astrazione sostanziale assoluta, ha avuto applicazione in un noto caso giudiziario nel quale la Cassazione dichiarò nulla la convenzione con la quale si cedeva in proprietà un bene immobile senza che risultasse la causa del trasferimento dall'atto scritto: Cass. 7 giugno 1966 n. 1495, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2220.

¹³⁷ SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine...*, cit., 175.

¹³⁸ SCALISI V., voce *Negozio e) Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, Milano 1978, 68 ss.; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico*, cit., 204; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 201.

configurazione della categoria del negozio astratto.¹³⁹ Nel sistema giuridico italiano i casi di astrazione causale, nella duplice veste della astrazione processuale e della astrazione sostanziale relativa, sono tassativamente previsti dal legislatore. Com'è noto, si tratta di negozi in cui gli effetti si producono astraendosi o prescindendosi dalla causa che rimane, per così dire, accantonata. Tuttavia, una causa c'è e «rileva nel senso che la sua inesistenza o la sua illiceità toglie efficacia all'attribuzione patrimoniale, ma la reazione dell'ordinamento è, per così dire, ad effetto ritardato».¹⁴⁰ Ipotesi emblematica, sebbene discussa, di astrazione in senso sostanziale, cioè di negozio il cui funzionamento è svincolato dalla causa, sarebbe la cambiale (in cui, però, lo svincolo dalla causa opera solo verso i terzi cui sono inopponibili le eccezioni relative ai vizi causali, ma non tra le parti o contraenti diretti).

Il principio di causalità, deve poi osservarsi, rileva in maniera più o meno incisiva e si atteggia variamente sul piano degli effetti. Il massimo rigore in termini di causalità è preteso dall'ordinamento quando le parti stipulano un contratto ad effetti

¹³⁹ Nell'ordinamento tedesco, la maggiore preoccupazione per la sicurezza dei traffici giuridici (e dunque per la tutela dei terzi), porta ad un più ampio riconoscimento del contratto astratto; ciò non toglie che anche questo subisca ripercussioni dal constatato difetto della causa. Il principio astrazione in Germania opera nel modo che segue. Il trasferimento dei diritti si basa sulla scissione tra *titulus* e *modus*. Quest'ultimo, cioè l'atto di trasferimento, è valido ed efficace anche se non menziona la precedente vendita, cioè la propria causa. Qualora dovesse poi emergere che il trasferimento era privo di causa, lo stesso viene pregiudicato perché l'alienante ha azione verso l'acquirente per la restituzione del bene trasferito senza causa: opera quindi anche nel diritto tedesco il principio della causa, sia pure *ex post* per mettere in discussione un effetto già prodotto, anziché *ex ante* (come in Italia) per impedire la produzione dell'effetto. Se, però, l'acquirente avesse a sua volta ritrasferito il bene, la mancanza di causa del primo trasferimento non travolgerà il terzo che fa salvo il suo acquisto anche se fondato su un acquisto invalido: in ciò si manifesta con forza il principio dell'astrazione assoluta, perché la mancanza di causa è irrilevante verso i terzi.

¹⁴⁰ Così TORRENTE A.-SCHLESINGER P, *Manuale di diritto privato*, 18^a ed, Milano, 531.

reali avente ad oggetto un bene immobile: in tal caso, non solo è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, ma si ritiene che il contratto sia nullo se dal suo contesto non sia desumibile la giustificazione causale dell'operazione; la causa non menzionata si presume inesistente.¹⁴¹

Viceversa, quando non sono in gioco diritti reali, il principio della causa si attenua, per cui negli atti obbligatori la causa si presume esistente e può rimanere inespressa, come qualcuno sembra potere desumere dall'art. 1988 c.c., rimanendo comunque ammissibile a carico di chi promette o riconosce la prova della mancanza (o vizio causale) del rapporto sottostante (in questo senso si parla di astrazione processuale).¹⁴²

In relazione agli atti di adempimento traslativi, nello specifico, si è sottolineato un particolare atteggiarsi della giustificazione causale dell'atto esecutivo che costituirebbe un negozio innominato, la cui causa *solvendi* si specifica in base al suo collegamento con il contratto consensuale che lo prevede e di cui costituisce esecuzione. Al riguardo, si è fatto riferimento proprio ai negozi astratti, nonostante la dottrina abbia infine accertato che gli atti di adempimento traslativi non sono astratti perchè sostenuti da una causa che, anche se esterna, è idonea a determinare il trasferimento del diritto.¹⁴³ Più che di astrattezza, si è

¹⁴¹ GAZZONI F., *Manuale, cit.*, 804 ss.; ROPPO V., *Il contratto, cit.*, 394 ss.; *contra* GIORGIANNI M., *Causa...*, cit., 1005.

¹⁴² DI MAJO A., *Enc. Dir.*, XXXVII, *cit.*, 59.

¹⁴³ GIORGIANNI M., *Causa...*, *cit.*, 565.

ritenuto di dovere parlare di neutralità, nel senso che l'atto considerato in sé e per sé potrebbe essere giustificato da una pluralità di cause, in genere *solvendi*.¹⁴⁴ E', a tal fine, necessario che dalla dichiarazione attributiva di chi adempie l'obbligo di dare sia espressamente desumibile lo "scopo" (c.d. *expressio causae*) per il quale si adempie e che costituisce il fondamento dell'attribuzione e la giustifica causalmente dall'esterno.¹⁴⁵

I.7. Tipologia e natura giuridica delle obbligazioni di dare.

Come già evidenziato, nel negozio di adempimento traslativo con causa esterna si possono individuare due distinti momenti giuridici, tra loro connessi. Da una parte, il contratto causale, dal quale scaturisce l'obbligo di dare; dall'altro il negozio di adempimento traslativo del diritto, il quale consiste, giuridicamente, in un' obbligazione di dare. Invero, la dottrina ha parlato di obbligazione di dare in tre diverse accezioni.¹⁴⁶

In un primo significato, il trasferimento del diritto reale non si realizza con il compimento di un diverso atto traslativo esecutivo della precedente obbligazione, perché l'effetto reale è sempre prodotto, al verificarsi di determinati fatti, dall'originario contratto di compravendita. Si pensi alla vendita di cosa futura (art. 1472), di cosa altrui (art. 1478), di cosa determinata solo nel genere (art.

¹⁴⁴ GAZZONI F., *Manuale...*, cit., 807.

¹⁴⁵ SCIARRONE ALIBRANDI A., cit., 89; MARICONDA G., cit., 735.

¹⁴⁶ CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 3, ove ha precisato le tre accezioni in cui la dottrina ha parlato di obbligazione di dare.

1378), di vendita alternativa. In tali ipotesi, come autorevole autore ha affermato, dal contratto sorgeranno effetti obbligatori immediati: in particolare, l'obbligo dell'alienante di dare e cioè di procurare all'acquirente la proprietà di una cosa o di altro diritto (art. 1476, 2° comma, c.c.), nonché effetti reali differiti rispettivamente al momento della venuta ad esistenza, dell'acquisto della cosa, della individuazione, della scelta.¹⁴⁷ In un secondo senso, con la locuzione obbligazione di dare si è indicato l'obbligo di consegnare una cosa, senza riferimento ad una vicenda reale: in questa accezione, il debitore di dare deve solo immettere il proprietario o il titolare di altro diritto reale nel possesso della cosa. Al fine che ci occupa, invece, analizzeremo la terza accezione e cioè le obbligazioni di dare in senso tecnico, vale a dire le obbligazioni di porre in essere un autonomo atto traslativo del diritto, al tempo stesso necessario e sufficiente a produrre l'effetto modificativo. La dottrina che si è occupata dell'argomento ha, anzitutto, dovuto affrontare il problema della sussistenza di obbligazioni di dare in senso tecnico nel nostro ordinamento. Risolto positivamente tale problema, la stessa dottrina si è interrogata sulla natura negoziale o meno delle stesse obbligazioni in esame e, segnatamente, dell'atto di adempimento traslativo:

¹⁴⁷ Cfr. RUBINO D., *La compravendita*, Milano, 1971, 300 il quale critica la tesi che riconduce i casi di vendita c.d. obbligatoria nella categoria dei contratti in corso di formazione o incompleti; MACCARRONE G., *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. e impresa*, 1998, 633ss. Altri autori hanno ritenuto che in tali ipotesi, in realtà, si porrebbe in essere un negozio sottoposto a condizione che produrrà l'effetto reale al verificarsi ad es. della specificazione ovvero, secondo altri, si tratterebbe di una fattispecie negoziale a formazione progressiva che si perfeziona solo quando l'oggetto verrà ad esistenza mentre *medio tempore* si producono solo effetti preliminari. V. anche nota n. 72.

giacchè quest'ultimo, nella pluralità avrebbe struttura negoziale e sarebbe al contempo un atto giuridicamente dovuto.

Il codice civile italiano del 1865 menzionava, in varie norme, l'obbligazione di dare. L'art. 1125 codificava il principio consensualistico e l'art. 1126 considerava separatamente l'obbligo di dare e quello di consegnare. L'art. 1219 stabiliva che "l'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa e di conservarla sino alla consegna" mentre l'art. 1447 definiva la vendita con riferimento all'obbligazione di dare una cosa al compratore. Secondo un illustre autore, quest'ultima norma in particolare avrebbe introdotto nel nostro sistema la figura dell'obbligazione di dare in senso tecnico, cioè l'obbligazione di porre in essere un atto traslativo del diritto distinta dal contratto in cui rinvie la propria causa (è il caso dell'adempimento traslativo).¹⁴⁸ Questa possibilità è stata anche di recente contestata da quella dottrina che rinvie l'effetto traslativo già nel contratto consensuale residuando con l'obbligazione di dare una mera consegna materiale.¹⁴⁹

Il codice civile del 1942 ha eliminato dalla nozione di compravendita il riferimento all'obbligo di dare e l'ordinamento giuridico italiano non sembra, per la dottrina tradizionale, più contemplare ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico, cioè che impongono al debitore di compiere un successivo negozio di

¹⁴⁸ GORLA G., *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, 3.

¹⁴⁹ Cfr. CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 34.

trasferimento del diritto a favore del creditore. Anche l'odierno art. 1177 cod. civ., nel quale testualmente si parla di consegnare, si riferisce ad ipotesi nelle quali la vicenda traslativa di un diritto si è già perfezionata e residua la necessità di procurare al soggetto acquirente, che in questi limiti è anche creditore, la materiale disponibilità della cosa stessa (possesso o detenzione), custodendola.¹⁵⁰

Per la dottrina tradizionale¹⁵¹ la obbligazione di dare in senso tecnico non potrebbe trovare spazio nel nostro ordinamento in quanto contrasterebbe con due dei principi cardine del nostro sistema giuridico e cioè il principio consensualistico enunciato all'articolo 1376 cod. civ. ed il principio di causalità di cui all'art. 1325 cod. civ. Ammettere l'esistenza di un atto di disposizione traslativo esecutivo dell'obbligo di dare, cioè, significherebbe rendere disponibile ai privati l'effetto traslativo del consenso in deroga al diritto positivo nonché affermare che un negozio traslativo possa esulare da una funzione onerosa o liberale ed essere posto in essere *solvendi causa*.¹⁵²

¹⁵⁰ Bisogna dare atto, tuttavia, della tesi secondo la quale le obbligazioni di dare in senso tecnico nel nostro sistema giuridico si potrebbero ancora riscontrare nel caso in cui il contratto, pur se destinato a trasferire un diritto reale, non può produrre immediatamente l'effetto traslativo: si pensi alle ipotesi di vendita c.d. "obbligatoria".

¹⁵¹ Hanno negato la configurabilità di ipotesi di pagamento traslativo nel nostro sistema, tra gli altri, GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 3; PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 413 ss; COSTANZA M., *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nota a Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1243. In giurisprudenza, cfr., Cass. 20 novembre 1992 n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, 2759; Cass.n. 9500/1987, cit., 1237.

¹⁵² SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo e art. 1333 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, 528; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contratto impr.*, 1988, 735; GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896.

Alla base di questa concezione vi è la convinzione da una parte della inderogabilità del principio consensualistico, dall'altra che la giustificazione causale di una vicenda attributiva dovesse essere costituita solamente da una causa onerosa o liberale. In altre parole, si è negata la ammissibilità di un obbligazione di dare in senso tecnico (quale ad es. il pagamento traslativo) in quanto negozio di trasferimento atipico che, non essendo improntato ad una funzione negoziale tipica non poteva avere se non la struttura di un negozio astratto, come tale non ammissibile. La dottrina più attenta¹⁵³ anche sotto la spinta di alcuni casi giurisprudenziali divenuti dei veri e propri *leading cases*,¹⁵⁴ ha rinunciato ad affermazioni di principio e riflettuto sulla circostanza che lo stesso codice civile italiano enuncia delle fattispecie che, a rigor di logica, configurerebbero proprio delle ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico: si pensi all'obbligo di ritrasferimento del mandatario nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o beni mobili registrati (art. 1706² cod. civ.), al legato di cosa dell'onerato o di un terzo (art. 651 c.c.), al conferimento di beni nelle società di persone in adempimento all'obbligo di conferimento.¹⁵⁵ Inoltre, come

¹⁵³ GIORGIANNI M., voce "Causa", in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 564; MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 200 ss.

¹⁵⁴ App. Torino, 1 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 19 ss.; Cass. 30 giugno 1987, n. 5748, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1023; Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, 9500, in *Corr. Giur.*, 1988, 144 con nota di MARICONDA V.; Idem, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237, con nota di COSTANZA; Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, n. 10612, con nota di GAZZONI F., "Babbo Natale e l'obbligo di dare", in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896.

¹⁵⁵ PORTALE G.B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Rivista delle società*, 1970, 931 ss.

vedremo, secondo una consistente parte della dottrina anche nella sequenza contratto preliminare-contratto definitivo di vendita affiorerebbe un'obbligazione di dare in senso tecnico.¹⁵⁶ La stessa dottrina ha inoltre sottolineato che non esiste una interdipendenza tra atipicità ed astrattezza, questo perché la corrispettività e la liberalità non rappresentano le uniche categorie di cause idonee ad assicurare il fondamento imposto dall'art. 1325, n. 2, cod. civ. agli atti attributivi.¹⁵⁷ E' stata, dunque, teorizzata la possibile esistenza dei negozi con causa esterna, nei quali la causa si specifica essenzialmente nell'esistenza di un rapporto obbligatorio antecedente al quale il negozio dà esecuzione e che deve essere espressamente in esso menzionato (c.d. *expressio causae*): sarebbe questa proprio l'ipotesi dell' "adempimento traslativo", detto anche pagamento traslativo: espressione con la quale, si ripete, si è soliti indicare un negozio unilaterale di trasferimento, privo di funzione tipica, ma non per questo astratto, in quanto posto in essere con lo scopo "espresso" (c.d. *expressio causae*) di

¹⁵⁶ CHIANALE A., *op. ult. cit.*, 31, il quale ricorda come nel diritto francese non è ammessa una obbligazione di dare che non trasferisca automaticamente il diritto al creditore. L'A. richiama la tesi della vendita obbligatoria che avvicina l'ordinamento italiano a quello tedesco ed al *sale of land* inglese. Nel diritto tedesco l'obbligazione di dare è di fondamentale importanza infatti il § 433 BGB la pone in capo al venditore. Il diritto di credito dell'acquirente assume una connotazione di tipo reale oggetto di prenotazione nei libri fondiari. Il creditore di dare, in forza del contratto obbligatorio, diventa titolare di un diritto di credito assistito da alcuni attributi propri della realtà (*ius ad rem*). In Inghilterra il trasferimento o la costituzione di diritti reali su beni immobili avviene attraverso due distinte fasi. Prima le parti stipulano un contratto di vendita (c.d. *contract for the sale of land*) in cui individuano il diritto oggetto di disposizione e fissano il prezzo: tale contratto fa nascere l'obbligazione di dare. In seguito, in adempimento dell'obbligazione si redige la *conveyance* consistente in un atto (*deed*) firmato dal venditore e consegnato al compratore alla presenza di un testimone, con il quale si trasferisce o si costituisce il diritto. La *conveyance* assorbe il precedente contratto che perde la propria autonomia ed il cui contenuto non può più essere invocato (c.d. *doctrine of merger*). In caso di inadempimento, l'effetto traslativo può aversi in *equity*.

¹⁵⁷ DONISI C., *Il problema dei negozi ...*, cit., 285 ss.

adempiere un preesistente rapporto obbligatorio nel quale esso trova giustificazione e causa (c.d. causa “esterna”).¹⁵⁸

1.8 *Segue. Le diverse ricostruzioni della giurisprudenza.*

Come già anticipato, la giurisprudenza ha giocato un ruolo determinante riguardo all’evoluzione dottrina delle obbligazioni di dare e di converso dei negozi di adempimento traslativi. In particolare, seppur non può riscontrarsi un netto orientamento a favore del riconoscimento a privati della libertà di disporre dell’immediatezza dell’effetto traslativo, è interessante menzionare alcuni noti casi ove i giudici, tra l’altro, hanno dibattuto della veste giuridica e della tecnica di formazione del negozio di adempimento traslativo e, più in particolare, ove è stato ripetutamente esplorato il collegamento tra obbligo di dare, atti traslativi, e art. 1333 cod. civ.

Come è noto l’art. 1333 cod. civ. riguarda i contratti con obbligazioni del solo proponente; contratto che si conclude per mancato rifiuto del destinatario della proposta. Le Corti di merito, nonché la Cassazione, hanno più volte invocato proprio questa disposizione per fornire una ratio giustificatrice alle proprie

¹⁵⁸ In tal senso SCALISI V., voce *Negozi astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 85 ss.; cfr. sin d’ora SCUTO C., *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 24 ss.; GIORGIANNI M., voce *Pagamento (dir. civ.)*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, 1957, p. 321, MENGONI L., REALMONTE F., voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, I, XIII, Milano, 169 ss.; DI MAJO A., voce *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 518 ss.; DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 218 ss.; MARICONDA V., *Il pagamento...*, cit., 735 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo...*, cit., 525 ss.; GIANOLA A., *Atto gratuito atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002; NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale: dal pagamento traslativo all’atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 6, 823 ss.

decisioni in alcuni casi giurisprudenziali nei quali la “anomalia” delle situazioni concrete aveva comportato serie difficoltà di inquadramento giuridico; e tuttavia, dalla lettura dei dispositivi emerge come in genere i giudici abbiano evitato di ammettere senza riserve la configurabilità di un obbligo di dare, sia per non causare una frattura con la dottrina e la giurisprudenza tradizionale sia per l’obiettivo difficoltà di ragionare secondo lo schema traslativo dell’obbligazione di dare.¹⁵⁹

In un primo caso,¹⁶⁰ la Corte di legittimità, contravvenendo alla decisione della Corte di merito, negò la configurabilità dell’adempimento traslativo. Gli attori, eredi del *de cuius*, chiedevano la condanna al rilascio di un’area fabbricabile che il *de cuius* aveva dichiarato di trasferire al proprio creditore a titolo di compenso per prestazioni professionali. La Corte d’Appello affermò che il creditore era divenuto proprietario a seguito del mancato rifiuto dell’offerta del bene che costituiva una *datio in solutum* (meglio: atto esecutivo della *datio in solutum*) perfezionatasi ex art. 1333 cod. civ. La Cassazione, invece, ritenne

¹⁵⁹ Vedi, ad esempio, Cass. 12 giugno 1987 n. 5147: una parte aveva incaricato l’altra di erigere un fabbricato sul proprio terreno ed a titolo corrispettivo si era obbligata a trasferirle la proprietà di alcuni terreni limitrofi. Con un secondo contratto le parti avevano reiterato l’appalto prevedendo stavolta come corrispettivo una somma di danaro e con un terzo contratto avevano perfezionato la vendita dei terreni limitrofi. La controversia era sorta perché il fabbricato presentava alcuni difetti per cui l’appaltatore aveva qualificato il contratto quale permuta al fine di far valere l’intempestiva denuncia dei vizi ex art. 1495 nonché l’intervenuta prescrizione. La S.C. ricostruì l’operazione come *contratto misto con elementi dell’appalto e del contratto preliminare di vendita* applicando l’art. 1669 c.c. Tuttavia i giudici non riescono a spiegare in modo convincente il successivo contratto di vendita dei terreni e negano nella specie la sussistenza di una obbligazione di dare in senso tecnico, ritenendo anzi simulato detto contratto di vendita relativamente a prezzo: in realtà il prezzo previsto non era stato pagato perché il corrispettivo dell’appalto era dato proprio dal trasferimento della proprietà dei terreni limitrofi. Cfr. CAMARDI C., *Vendita a contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano 1999, 142.

¹⁶⁰ Cass. 30 giugno 1987, n. 5748, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1023 ss.

che la *datio* non può perfezionarsi unilateralmente perché anche se non comporta alcun effetto obbligatorio per il creditore, tuttavia determina l'effetto estintivo del suo credito. E' stato sottolineato che in tal caso la Corte non ha distinto tra l'accordo con il quale le parti dell'obbligazione stabilivano di sostituire l'originaria prestazione e l'atto esecutivo di tale accordo (atto di trasferimento) con il quale si estingue l'obbligazione. In quest'ultimo non è più necessario il consenso del creditore che lo ha già manifestato in seno all'accordo di *datio*; inoltre, la produzione dell'effetto estintivo non è qualificabile come assunzione di un obbligo ma conseguenza giuridica automatica del pagamento.¹⁶¹ Dal caso in esame emerge la netta configurabilità di un'ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico che ha fonte nell'accordo delle parti ma la Corte di legittimità non ha ritenuto possibile l'esecuzione di un obbligo mediante un atto traslativo unilaterale ed ha, dunque, negato l'applicabilità del 1333 cod. civ. in sede di atto esecutivo dell'obbligo di *datio*, accomunando questo momento a quello dell'accordo tra creditore e debitore. Da una ulteriore, nota, vicenda giurisprudenziale, in cui si è ammessa indirettamente l'obbligazione di dare in senso tecnico giustificata da un interesse non patrimoniale, ha tratto spunto una autorevole dottrina per sottolineare che il legislatore dovrebbe affermare, a chiare lettere, che nel nostro ordinamento può ben

¹⁶¹ CAMARDI C., *Vendita e contratti traslativi. Il patto...*, cit., 125-126.

trovare un proprio autonomo spazio l'obbligo di dare al quale segue un pagamento traslativo.¹⁶² Il caso in questione¹⁶³ vede moglie e marito concludere con due co-acquirenti un contratto in base al quale la moglie promette di vendere ad un dato prezzo un proprio terreno con villetta soprastante ed il marito si impegna (nella stessa scrittura privata) a trasferire agli stessi acquirenti, a titolo gratuito (atteso che il relativo valore era già ricompreso nel prezzo della vendita concluso dalla moglie) un proprio terreno confinante. I promissari acquirenti ricorrevano in Cassazione contro la sentenza della Corte di merito la quale aveva negato la tutela in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. motivando che il contratto era affetto da nullità per mancata determinazione ed indeterminabilità del prezzo relativo a ciascun immobile (i giudici non considerarono unitariamente la fattispecie ed individua una duplice promessa di vendita). La Suprema Corte, cassando i giudici della Corte d'appello, osservò che il negozio concluso dal marito non poteva qualificarsi come promessa di vendita sia perché, da un lato, le parti avevano espressamente delineato che il trasferimento avveniva a titolo gratuito, pur se con riferimento all'entità del prezzo fissato per la promessa della moglie; sia perché, in tal modo, non si teneva conto della qualità di coniugi degli alienanti, l'uno dei quali (il marito) aveva inteso agevolare l'altro nella compravendita attraverso il trasferimento gratuito del

¹⁶² GAZZONI F., *Babbo Natale...*, cit. 2899.

¹⁶³ Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, n. 10612, con nota di GAZZONI F., "*Babbo Natale e l'obbligo di dare*", in *Giust. Civ.*, 1991, I, 2896.

proprio terreno confinante. Il contratto è stato, infatti, ricostruito quale preliminare gratuito a favore del terzo (la moglie) ed il vantaggio per questi sarebbe consistito, per la Suprema Corte, nel “maggior prezzo” conseguito dalla vendita di un bene dello stesso terzo e nella agevolazione alla conclusione del relativo contratto senza necessità di successive trattative.

La soluzione dei giudici di legittimità è stata oggetto di varie critiche. In primo luogo si è detto che nel caso di specie non si potrebbe parlare di contratto ex art. 1411 cod. civ., perché al terzo (moglie) non è stato attribuito un diritto di credito o reale contro il *promittens* (gli acquirenti); inoltre, non risulta che tra il marito (presunto *stipulans*) e gli acquirenti ci fosse un accordo fonte di obbligazione a carico di questi ultimi ad offrirsi come compratori del terreno della moglie a mezzo ad es. di un’opzione o di un preliminare unilaterale. D’altra parte, non sarebbe possibile individuare la prestazione a favore del terzo nella maggiorazione del prezzo, perché la prestazione sarebbe indeterminata ed indeterminabile, né nella agevolazione alla conclusione del contratto che è una situazione di fatto in suscettibile di essere dedotta in prestazione.¹⁶⁴

In terzo luogo, secondo autorevole dottrina un contratto a favore del terzo si sarebbe potuto ipotizzare solo se gli acquirenti si

¹⁶⁴ CAMARDI C., *Vendita e contratti traslativi...*, cit., 129-130, la quale sottolinea che la S.C. confonde tra scopo e struttura del contratto a favore del terzo: la stipulazione del contratto ex 1411 è legata alla predisposizione a favore del terzo non di un generico vantaggio (come nel caso in esame) ma nell’attribuzione di un diritto contro il *promittens* (che invece non sussiste nel caso in esame).

fossero impegnati a fronte del trasferimento del terreno da parte del marito, a concludere con la moglie, in un secondo momento, un contratto di compravendita a prezzo maggiorato. In questo caso, infatti alla moglie (terzo) sarebbe stato attribuito un diritto di credito o potestativo alla conclusione del contratto: l'impegno degli acquirenti si sarebbe concretizzato in un preliminare o in una opzione gratuita suscettibile di perfezionarsi ex art. 1333 cod. civ.¹⁶⁵ Invero la ricostruzione della Corte sorge dalla necessità di incardinare l'operazione volta a realizzare una liberalità indiretta in uno schema tipico ma l'arricchimento della moglie si realizza proprio attraverso il collegamento tra i due contratti. Il primo trasferimento oneroso giustificerebbe causalmente la gratuità del secondo, e viceversa, anche se il primo contratto avrebbe una sua ragione oggettiva di giustificazione, una sua causa interna, nel corrispettivo.¹⁶⁶ In altre parole, il collegamento causale tra le due operazioni economiche realizzate dai coniugi, di cui è peraltro consapevole la S. C., emerge sotto il profilo dell'interesse dell'attribuzione e sarebbe dato proprio dall'assunzione dell'obbligo di dare in senso tecnico da parte del marito cui la Cassazione ha fatto riferimento solo indirettamente.

La Corte ha infatti affermato la configurabilità di negozi traslativi atipici purchè sorretti da una causa lecita ex art. 1322 cod. civ.: si tratterebbe di negozi che prevedono un'obbligazione di dare in

¹⁶⁵ GAZZONI F., *Babbo Natale e...*, cit., 1415-1416.

¹⁶⁶ CAMARDI C., *Vendita e contratti traslativi...*, cit., 130.

senso tecnico assunta senza corrispettivo e giustificata da un interesse anche non patrimoniale.¹⁶⁷

In altri casi, che esamineremo di seguito, la giurisprudenza è stata chiamata a risolvere annose vicende di diritto familiare innescaresi nell'ambito di procedimenti di separazione o divorzio nei quali i coniugi avevano programmato un trasferimento della proprietà per definire le posizioni economiche alterate dalla fine del matrimonio ovvero per estinguere crediti sorti per effetto dello scioglimento della comunione legale: ad es. in entrambe le vicende di cui *infra* i coniugi avevano disposto dell'effetto traslativo demandandolo al compimento di un atto successivo che avrebbe costituito adempimento di un accordo precedente e che avrebbe avuto la propria causa non in sé ma all'esterno, nel patto con il quale le parti differiscono l'effetto reale. Invero, la Cassazione ha in entrambi i casi ricostruito questo procedimento ricorrendo ad istituti tipici e volti al trasferimento di diritti quali il contratto preliminare a favore del terzo ed il contratto con obbligazioni del solo proponente. Queste ricostruzioni sono state criticate perché non avrebbero colto l'intenzione e la volontà programmatica delle parti dato che il negozio di adempimento traslativo è un atto dovuto volto a concludere la vicenda traslativa e non un contratto definitivo.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Nel caso in esame la Cassazione accolse il ricorso con cui si chiedeva l'esecuzione ex art. 2932 c. c. in quanto il negozio di trasferimento è atto dovuto in adempimento di una obbligazione di dare.

¹⁶⁸ CHIANALE A., *Obbligazione di dare e*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233; MACCARRONE G., *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, 1335.

Un primo episodio¹⁶⁹ si collega al contenuto di una scrittura privata di transazione con cui due coniugi avevano deciso di porre fine alle controversie in corso e di richiedere la separazione in via consensuale durante la pendenza del processo di separazione per colpa. Nella scrittura si stabiliva che i figli sarebbero stati affidati alla madre e che il padre, per ottemperare al suo obbligo di mantenimento *in tantum*, assumeva l'obbligo di donazione dell'immobile di sua proprietà a capo dei figli con la concessione dell'usufrutto *vita natural* durante alla moglie, assumendo a suo carico l'onere delle spese di redazione del rogito di donazione.

I giudici, malgrado il dato letterale, hanno escluso la sussistenza di una donazione ritenendo che il termine giuridico fosse stato usato impropriamente. Per la Corte, infatti, il promittente si era obbligato al trasferimento a titolo di soddisfacimento parziale della sua obbligazione di mantenere moglie e figli e non sembrava logico né giuridicamente corretto che, in un accordo relativo alle condizioni di separazione, si parlasse di atto di liberalità in presenza di un obbligo di adempiere.

Un secondo, notissimo, caso vede i coniugi, in sede di separazione consensuale, raggiungere un accordo in base al quale il padre si obbligava ad assolvere all'obbligo di mantenimento nei confronti della figlia donandole un appezzamento di terreno.¹⁷⁰

La Suprema Corte ha, in tal caso, qualificato l'accordo come

¹⁶⁹ App. Torino, 9 maggio 1980, in *Giur. It.*, 1981, I, 2, 19 ss.

¹⁷⁰ Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. Giur.*, 1988, 144 con nota di MARICONDA V.

contratto preliminare a favore di terzo (art. 1411 cod. civ.) e la successiva attribuzione del padre alla figlia (contenuta in un atto pubblico denominato dal notaio atto di donazione, ma unilaterale) come contratto unilaterale atipico e gratuito, concluso ai sensi dell'art. 1333 cod. civ., suscettibile di perfezionarsi per effetto del mancato rifiuto dell'oblato. Il Supremo Collegio ha disatteso la qualificazione di una delle parti quale donazione perché il trasferimento era volto all'esigenza di soddisfare un preciso obbligo legale preesistente, era proprio l'obbligo legale di mantenimento, infatti, a costituire la c.d. *causa praeterita* della successiva attribuzione patrimoniale, ed ha qualificato l'atto di adempimento come negozio atipico nonostante sembra configurarsi una ipotesi di pagamento traslativo. Questa sentenza è stata oggetto di studi e foriera di spunti di riflessione sulla ricostruzione giuridica del pagamento traslativo. In primo luogo, è stato osservato che una applicabilità generalizzata di questo, non solo ai contratti ad effetti obbligatori ma anche a quelli ad effetti reali, sia affermazione da intendere *cum grano salis* e che la riconducibilità delle ipotesi di negozio di adempimento traslativo, sempre e comunque, all'art. 1333 del cod. civ. è ipotesi contestabile per varie ragioni.¹⁷¹ In particolare, il richiamo a detta norma è stato oggetto di critiche perché il negozio traslativo compiuto al termine della sequenza predisposta dai

¹⁷¹ SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo...*, cit., 526.

coniugi è un atto dovuto volto solo a produrre il trasferimento programmato. Al riguardo, è rilevante individuare la struttura, unilaterale o bilaterale del pagamento traslativo e, si è rilevato, il richiamo al contratto con obbligazioni del solo proponente non è adeguato considerato che il trasferimento non avviene tramite una proposta irrevocabile appena giunge a conoscenza del destinatario, bensì mediante un atto traslativo unilaterale esecutivo di un accordo precedente. Nel caso dei trasferimenti patrimoniali tra coniugi ad es.- ma è considerazione estensibile alle altre ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico- il coniuge creditore dell'obbligazione non deve prestare il consenso o valutarne la convenienza ma solo riceverla; a tutela del proprio credito, ha solo un controllo sull'esattezza dell'adempimento e potrà solo esprimere un rifiuto motivato ai sensi dell'art. 1181 cod. civ.¹⁷² Allo stesso modo, una eventuale manifestazione della volontà di accettare il pagamento traslativo, oltre che ultronea, non perfezionerebbe il trasferimento; al limite ne attesterebbe la legittimità e ne precluderebbe l'impugnabilità. In questo senso si è espressa quella dottrina¹⁷³ secondo cui una siffatta ricostruzione non necessiterebbe di contratto, né bilaterale né unilaterale ai sensi dell'art. 1333 cod. civ., per cui il pagamento

¹⁷² CAMARDI C., *Principio con sensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impr.*, 1998, 123.

¹⁷³ Cfr. GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, cit., 1418; MUCCIOLI N., *Efficacia del contratto*, cit., 175 ss..

traslativo, in quanto atto di adempimento, sarebbe tipico.¹⁷⁴

La stessa dottrina critica l'esistenza della categoria del negozio con causa esterna (come già evidenziato, tale sarebbe l'atto di adempimento traslativo) sia in forma di contratto, anche unilaterale, che di negozio unilaterale per adempiere all'obbligo di trasferire la proprietà assunto ad es. dai coniugi, dal debitore nella *datio*, dal mandatario senza rappresentanza, cioè di un negozio traslativo *solvendi causa* che troverebbe la propria causa in un diverso e precedente atto negoziale. Invero, si ribadisce non solo che un negozio unilaterale di adempimento contrasterebbe con il principio di tassatività delle promesse giuridiche unilaterali ex art. 1197 cod. civ., ma anche che la possibilità di differire l'effetto reale non implica che il nostro ordinamento abbia accettato la scissione tra *titulus* e *modus*, così che il trasferimento avvenga con un atto astratto, ma consentendo alle parti di obbligarsi a prestare il consenso traslativo; in altre parole, la struttura rimarrebbe negoziale¹⁷⁵ e non si derogherebbe al principio consensualistico. Anzi, la tesi del negozio con causa esterna sarebbe viziata laddove

¹⁷⁴ Nella stessa ottica autorevole dottrina ha sostenuto che l'obbligazione di dare farebbe sorgere in capo al creditore una autonoma situazione giuridica soggettiva attiva, c.d. *ius ad rem*, quale *tertium genus* tra diritto reale e diritto di credito, che si porrebbe come categoria generale alternativa al contratto ad effetti reali. V. CHIANALE A., *Obbligazione di dare ed atti di adempimento traslativi*, cit., 233 il quale afferma che il creditore di una obbligazione di dare gode di una tutela che ha i caratteri propri del diritto reale anche se non è ancora titolare del diritto; opererebbe ad es. il c.d. *commodum representationis* che permetterebbe al creditore di dare di subentrare nei diritti spettanti al debitore di dare dipendenti dal fatto che ha causato l'impossibilità e il credito di dare sarebbe opponibile come in tema di mandato senza rappresentanza (art. 1707 c.c.). Critico MUCCIOLIM, *Efficacia del contratto...*, cit., 224.

¹⁷⁵ Molti gli autori che hanno manifestato dubbi sulla superfluità del consenso in sede di adempimento traslativo. La dottrina di matrice notarile, soprattutto, spinta da motivazioni garantiste e di sicurezza dei traffici giuridici, ritiene opportuno che l'atto di adempimento rivesta struttura negoziale e il consenso venga nuovamente manifestato.

considera la causa un elemento essenziale della struttura, dell'operazione programmata, e non del negozio. In questo senso, non sarebbe necessario ricorrere all'espedito formale dell'*expressio causae* per la validità del negozio traslativo astratto perché la causa si ricava dal contesto dell'operazione negoziale nella quale i singoli atti si innestano.¹⁷⁶

1.8. Natura giuridica dell'atto di adempimento e del c.d. pagamento traslativo

Da quanto fino ad ora esposto emerge la grande difficoltà incontrata da dottrina e giurisprudenza ad un inquadramento dogmatico dell'obbligazione di dare e, quindi dell'atto di adempimento traslativo, conosciuto anche come pagamento traslativo. Analogamente, ha dato luogo ad un vivace dibattito la natura, negoziale o meno dello stesso strutturalmente si ha, nella pluralità dei casi, un atto negoziale che si presenta funzionalmente neutro e che, tuttavia, è dovuto giuridicamente dovuto. In linea più generale, la diatriba coinvolge la disamina sulla natura giuridica dell'adempimento che tema che da tempo divide la dottrina: la scarsa chiarezza che ha connotato la stessa opera di codificazione del Legislatore del 1942, che mostra ripetutamente di confondere i diversi termini di "adempimento" (vedansi gli artt. 1175-1184 cod. civ.) e di "pagamento" (dall'art. 1185 all'art. 1200,

¹⁷⁶ Cfr. RUSSO T. V., *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, 199.

salvi gli artt. 1197 e 1198 cod. civ.)¹⁷⁷ ha prodotto inevitabili ripercussioni in ambito scientifico.

Sotto la vigenza del precedente Codice era consolidata la teoria dell'adempimento come negozio giuridico; essa fondava le proprie ragioni, oltre che sul portato della risalente concezione romanistica, sul dato normativo che considerava il pagamento come trasferimento della proprietà del denaro in capo al creditore (*solvere est alienare*) e sul conseguente carattere traslativo del pagamento (art. 1240 cod. civ.). Da qui, poi, si svilupparono le due teorie che ravvisavano nell'adempimento un negozio giuridico unilaterale fondato sull' *animus solvendi* del debitore oppure un contratto reale finalizzato all'estinzione del rapporto obbligatorio.¹⁷⁸ Anche la giurisprudenza sposava tale ricostruzione dogmatica, che produceva l'effetto, finanche alle soglie degli anni '60, di far ritenere dalle corti di merito l'adempimento suscettibile di ripetizione "ove il pagamento sia stato frutto di una volizione viziata da errore nel suo determinarsi".¹⁷⁹ La teoria negoziale venne abbandonata dalla dottrina con l'entrata in vigore del nuovo codice, in base al quale, ex art. 1191 cod. civ., per il pagamento non è (più) richiesta la capacità che è necessaria al compimento dei negozi giuridici. In difetto del requisito minimo e generalissimo della capacità di agire, si è sottolineato, manca

¹⁷⁷ Sulle cui ragioni v., ampiamente, CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996, 19 ss.

¹⁷⁸ CHESSA, *op. ult. cit.*, 24.

¹⁷⁹ Cass. 8 luglio 1936 n. 813, in *Massimario giurisprudenza italiana*, 1936, voce *Pagamento*, 35; Trib. Firenze 24 Novembre 1959, in *Giurisprudenza toscana*, 1960, 139.

ogni possibilità di ricondurre la produzione dell'effetto al meccanismo del negozio giuridico: difatti, poiché oramai "è valido il pagamento compiuto per errore ostativo, o in condizione di incapacità naturale, o sotto l'azione della violenza assoluta di un terzo, o da un terzo con mezzi del debitore senza la sua volontà, sempre che sia prestato ciò che era dovuto," l'art. 1191 cod. civ. del nuovo codice esprime una valenza tale da far ritenere superata la ricostruzione dell'adempimento sotto il profilo negoziale. Tali considerazioni verrebbero oltretutto rafforzate dall'irrelevanza dell'incapacità del creditore - che abbia ottenuto il bene dovuto - ai fini della perfezione dell'adempimento (art. 1190 cod. civ.).¹⁸⁰ Questa ricostruzione è stata, successivamente, superata dalla dottrina in quanto produttiva di un eccessivo svuotamento della posizione del *solvens*: si è difatti sostenuto che una concezione dell'adempimento che "garantisca la partecipazione del debitore" significa anche propendere per una forma di tutela che colpisca atti di abuso del creditore e di ciò si avrebbe conferma nel richiamo alle regole della buona fede e della correttezza di cui all' art. 1175 cod. civ.¹⁸¹

Da un lato le critiche rivolte alla teoria del mero fatto e, dall'altro, l'impossibilità di negare il realizzarsi dell'effetto estintivo dell'adempimento a prescindere dal contributo volitivo

¹⁸⁰ OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947, 385 ss.

¹⁸¹ DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale, Artt. 1173-1176*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, 380 ss. Si deve peraltro rilevare come la giurisprudenza sia rimasta del tutto indifferente alla tesi dell'adempimento come mero fatto

del *solvens* (art. 1191 c. c.), hanno portato allo sviluppo della teoria dell'atto dovuto, per la quale l'adempimento altro non sarebbe che l'obiettiva attuazione del rapporto obbligatorio a prescindere dalla volontà del debitore ed anche dalla sua non consapevolezza di possedere tale qualifica: "il debitore si libera non perché egli ciò voglia o ciò pensi, ma perché e nella misura in cui egli attua il contenuto della obbligazione."¹⁸² Tale impostazione, se da un lato ribadisce l'irrilevanza dell' *animus solvendi* (tanto nel *solvens* quanto nell' *accipiens*) nel riferimento all'art. 1911 cod. civ., sembra riproporre gli stessi argomenti di criticità in ordine ad una ricostruzione dell'adempimento in chiave negoziale: e, tuttavia, l'impossibilità di ricorrere agli strumenti di impugnazione propri del negozio giuridico non deve costituire il presupposto dell'indagine, ma può esserne bensì la conseguenza sul piano pratico.¹⁸³ Peraltro, la teoria dell'atto dovuto ha ricevuto l'importante avallo della Suprema Corte, che ha fondato le proprie argomentazioni anzitutto su di un dato normativo: l'estensione al pagamento delle norme limitatrici in tema di prova testimoniale (art. 2726 cod.civ.) non avrebbe alcun senso ove l'adempimento dovesse essere considerato esso stesso quale contratto, perché sarebbe superflua; in conseguenza può ritenersi che il pagamento sia un atto giuridico

¹⁸² CHESSA, *op. ult. cit.*, 29, ove, tra l'altro, esprime riserve sulla valenza dell'art. 1191 c.c.; DI MAJO A., *Obbligazioni e contratti, cit.*, 1993, 15 ss. Per una ulteriore ricostruzione v. MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, Napoli 1955, 240 ss..

¹⁸³ CHESSA, *op. ult. cit.*, 30-32.

unilaterale diretto all'attuazione del contenuto di un obbligo.¹⁸⁴

Per un verso le critiche rivolte alla teoria del fatto in senso stretto e alla teoria dell'atto dovuto e, per altro verso, il superamento della concezione negoziale, hanno portato allo sviluppo di una teoria più elastica, c.d. eclettica, che tenesse conto dei molteplici atteggiamenti che può assumere l'adempimento, senza escludere in via di principio che la struttura del pagamento (da considerarsi comunque atto dovuto) possa coincidere con quella del negozio quando "dall'atto derivi, ed in quanto sia voluto dal debitore, un mutamento della realtà giuridica consistente nella costituzione, modificazione o estinzione di un particolare rapporto giuridico": la natura dell'adempimento deve essere stabilita volta a volta a seconda del contenuto della prestazione dovuta.¹⁸⁵ Si è, al riguardo, precisato che il superamento della tradizionale tesi del contratto dovuto può fondarsi sull'argomento letterale fornito dall'art. 2932 cod. civ., in tema di contratto preliminare. Questa norma, infatti, in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, disciplina espressamente le conseguenze del mancato adempimento dell'obbligazione di concludere un contratto con ciò implicitamente ammettendo che possa esistere un contratto anche quando non sussiste piena libertà negoziale ma piuttosto una precisa obbligazione di contrarre, incidente tanto

¹⁸⁴ Cass. 14 marzo 1962 n. 530, in *Foro Padano*, 1962, I, 602.

¹⁸⁵ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1974, 29 ss.; OPPO G., *Adempimento e liberalità*, cit., 350 ss; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, cit., 754 ss.

sull'*an* che sul *quomodo* della contrattazione. In altri termini, a parte un' unica voce negativa, per altro autorevole,¹⁸⁶ non si ritiene che la qualificazione di un atto come dovuto sia incompatibile con l'idea di negozialità perché la prima qualificazione si riferisce ad un dato di carattere funzionale (in cui si esprime la doverosità dell'atto) mentre la seconda al profilo strutturale che attiene invece al contenuto della prestazione e che in talune può rivestire natura negoziale.¹⁸⁷ Si aggiunge, ancora, che la negozialità dei trasferimenti attuati *solvendi causa* va vista proprio nella direzione dell'effetto traslativo ed emergerebbe in maniera lampante qualora il debitore non volesse attuare il trasferimento. Anzi, qualora si tratti di dare esecuzione ad una obbligazione di trasferire e non solo di mera consegna, l'adempimento avrebbe una connotazione più specificamente negoziale. considerata la variabilità della prestazione del debitore. In definitiva, l'unico aspetto che contraddistingue il pagamento – che si manifesti quale attività materiale, atto giuridico o negozio giuridico unilaterale o bilaterale, posti in essere in attuazione di un obbligo - è la sua causa, cioè la preesistenza dell'obbligo (*causa solvendi*).¹⁸⁸

Di recente, un autore ha sostenuto l'esistenza di una sorta di polimorfismo dell'adempimento il quale, al di là dei mutevoli modi

¹⁸⁶ DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1985, 370 ss.

¹⁸⁷ LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, 11; MARICONDA V., *Il pagamento...*, cit., 754

¹⁸⁸ GIORGIANNI M., *Natura del pagamento*, in *Foro Padano*, 1962, 720. Tale corrente di pensiero non ha peraltro avuto seguito nella giurisprudenza.

di atteggiarsi della prestazione dovuta, presenterebbe un nucleo strutturale fisso che caratterizza l'adempimento in qualunque forma esso si esprima. Tale elemento si identifica nei tratti propri dell'atto giuridico in senso stretto la cui presenza può ravvisarsi costantemente, qualunque sia il modo di espressione dell'attuazione dell'obbligazione. Da ciò consegue che alla disciplina dei vizi della volontà (del negozio) potrà ricorrersi soltanto quando l'attuazione del rapporto obbligatorio acquisterà le forme del negozio giuridico (uni o bilaterale). In sostanza, così come nella teoria della c.d. variabilità, si individua nella presenza di una *causa solvendi* il nucleo minimo essenziale del pagamento, senza tuttavia escludere che in talune vicende solutorie il comportamento dell'obbligato possa consistere nel compimento di un vero e proprio negozio giuridico.¹⁸⁹

E' interessante, poi, ai nostri fini, riportare il pensiero di una autorevole dottrina secondo cui non esiste un vero e proprio problema di causa dell'adempimento perché la funzione solutoria è assorbita e trova una propria giustificazione nell'esistenza dell'obbligazione, sicché il problema si pone solo quando l'obbligazione è negoziale e solo con in relazione al negozio e non al successivo atto di esecuzione. In sostanza, poiché nel nostro ordinamento non sono ammesse prestazioni astratte è necessaria la presenza di una *causa solvendi* al fine di giustificare

¹⁸⁹ CHESSA, *op. ult. cit.*, 41.

l'adempimento e tale causa va ravvisata appunto nel fatto che esiste un'obbligazione, mancando la quale è possibile avvalersi delle norme in tema di ripetizione dell'indebito (oggettivo) (art. 2033 c. c.),¹⁹⁰ con ciò sostanzialmente riecheggiando la costruzione dell'adempimento come atto dovuto. La Corte di Cassazione ha di recente affermato che il pagamento di un debito altrui, eseguito dal *solvens* volontariamente, ma non spontaneamente (perché minacciato dal creditore), rientra nella disciplina dell'art. 2033 cod. civ. trattandosi di pagamento privo di *causa debendi* - con ciò escludendo l'applicabilità della disciplina sui vizi del consenso - e che lo spostamento patrimoniale (pagamento/adempimento) derivante dal contratto (rapporto obbligatorio) trova in quest'ultimo la sua giustificazione, così confermando chiaramente l'adesione alla concezione dell'atto solutorio come atto giuridico dovuto.¹⁹¹

¹⁹⁰ Cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 550 ss.

¹⁹¹ Cass. 14.Maggio 1997 n. 4235, in *Giust. civ.*, 1997, 16, 1932; Cass. 10 Marzo 1995 n. 2814, in *Corriere giuridico*, 1996, 3, 325. Cass. 6739/2008, nel decidere un caso di adempimento del terzo in rapporto all'art. 64 l. fall., muove dal rilievo che l'adempimento in senso tecnico è solo il comportamento di chi sia obbligato alla prestazione, ma afferma anche che il pagamento del terzo non costituisce "mera esecuzione dell'obbligazione preesistente ma ha una sua causa autonoma che può risultare onerosa o gratuita a seconda che l'atto estintivo del debito dipenda o meno dalla controprestazione di uno dei due soggetti dell'obbligazione estinta."

Capitolo II

VIZI ORIGINARI E DISFUNZIONI SOPRAVVENUTE NEI NEGOZI

DI ADEMPIMENTO TRASLATIVI CON CAUSA ESTERNA

II.1 Premessa

La presenza di un atto di adempimento, di una obbligazione di dare in senso tecnico “estranea” al contratto traslativo seppur allo stesso connessa, pone l’esigenza di affrontare un ulteriore argomento, particolarmente delicato per le sue conseguenze pratiche e giuridiche: i vizi originari ed le disfunzioni sopravvenute nei negozi di adempimento traslativi con causa “esterna”. Nello specifico, proveremo a chiarire quali conseguenze abbiano le vicende relative al contratto consensuale sull’atto di adempimento traslativo, e viceversa.

E’, infatti, essenziale alla disciplina degli atti di adempimento traslativi con causa esterna verificare se e quando vizi, disfunzioni sopravvenute o anche mere irregolarità dell’uno siano atti a travolgere l’altro, in ottemperanza al brocardo *simul stabunt simul cadent*, ovvero non influiscano sul meccanismo operativo, che rimarrebbe in piedi. La migliore dottrina, infatti, si è interrogata su quale sia e quale dovrebbe essere la reazione dell’ordinamento giuridico qualora uno dei due momenti (*titulus* o *modus*) risulti inficiato da un vizio di validità: è discusso, infatti, se operino gli ordinari rimedi della annullabilità e della nullità e, in caso positivo, quali siano le conseguenze di una eventuale pronuncia di nullità (del *titulus* o del *modus*) sugli acquisti dei terzi subacquirenti. Se operasse il principio consensualistico, in cui si assiste all’assorbimento dell’atto traslativo (*modus*) nel *titulus* rendendolo

così partecipe dei vizi del contratto consensuale, qualsiasi ipotesi di nullità del contratto dovrebbe di regola impedire l'effetto traslativo, con le conseguenze che ne derivano anche rispetto ai terzi.¹⁹² Le prestazioni c.d. isolate, invece, come più volte evidenziato, sono caratterizzate dalla scissione tra il *titulus* ed il *modus*: da ciò consegue che l'atto di adempimento produrrà l'effetto traslativo in maniera indifferente rispetto alle vicende del *titulus*, in considerazione anche del regime peculiare in cui versa la causa che in tal caso viene degradata a mera *expressio causae*, sostenuta da presupposti di funzionamento anche esterni al contratto. Si è, pertanto, prospettato, un regime diverso dalla nullità (o dalla annullabilità) individuando nella ripetizione dell'indebito -che non espone l'acquisto dei terzi al rischio dell'inefficacia ma la cui domanda non rientra tra quelle trascrivibili (a danno del *tradens* di beni soggetti a trascrizione)- il meccanismo rimediale da applicare in presenza di prestazioni c.d. isolate.¹⁹³

¹⁹² In questo senso GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, cit., 552 il quale sottolinea come l'estensione del principio della nullità del contratto per mancanza o falsità della causa al contratto ad effetti reali (non solo obbligatori) comporta che il *tradens* non perda la proprietà ove il contratto di trasferimento si dimostri privo di causa perché può agire in revindica verso i terzi subacquirenti: ciò a differenza di quanto avveniva nel sistema precedente in cui il *tradens* aveva a disposizione non l'azione di rivendicazione, esperibile *erga omnes*, bensì un'azione personale esperibile esclusivamente e diretta alla restituzione della cosa.

¹⁹³ Ciò significherebbe anche che l'alienante di una prestazione c.d. isolata *sine causa* ha una protezione inferiore a quella dell'alienante in base ad un *titulus* che comporti mera inefficacia poiché sono trascrivibili le domande giudiziali sia di risoluzione che di rescissione.

II. 2 Implicazioni reciproche tra vizi del contratto consensuale e atto di adempimento traslativo

Per ben inquadrare il problema del rapporto tra i vizi del contratto consensuale e l'atto di adempimento, che nel primo trova causa e giustificazione, bisogna nuovamente esaminare il principio consensualistico. L'introduzione di detto principio provocò una sostanziale svolta nel sistema contrattuale tradizionale influenzando in maniera decisiva sulla dottrina della causa. Si è detto che l'importanza del principio consensualistico sul trasferimento della proprietà consiste non tanto nell'affermazione che la proprietà si trasferisce senza necessità di un atto materiale di *traditio* (che, tra l'altro, già da tempo era costituita, almeno per gli immobili, da una formula notarile), quanto nella fusione tra l'atto traslativo ed il contratto consensuale, che prima erano invece momenti distinti del trasferimento.¹⁹⁴ Questa forte compenetrazione tra *titulus* e *modus* ha prodotto la conseguenza fondamentale di rendere l'atto traslativo partecipe dei vizi del contratto consensuale. Ciò è tanto più rilevante quanto più si pensi che, con il codice del 1865, (art. 1104, art. 1108 *code civil*) la causa era stata elevata a requisito fondamentale del contratto: l'attribuzione della forza traslativa al contratto obbligatorio ha comportato, appunto, la nullità del trasferimento della proprietà nel caso in cui il contratto fosse mancante di causa o la causa fosse altrimenti viziata. Prima

¹⁹⁴ GIORGIANNI M., *Causa (dir. priv.)*, cit., 549 ss.

dell'elevazione della causa a requisito essenziale, in verità, anche se la nuda *traditio* non era sufficiente a trasferire la proprietà, si riteneva generalmente sufficiente che la volontà di trasferire scaturisse da un *titulus acquirendi* finanche putativo o invalido.¹⁹⁵ La mancanza o il vizio della causa attribuivano al *tradens* solo una azione personale per la restituzione di quanto prestato e, cioè, la *condictio indebiti*; mentre, verso i terzi ai quali l'*accipiens* avesse nelle more alienato il bene, la disciplina di tutela era quella dei vizi del consenso. Di fatto, il vizio più o meno grave della causa, non influiva sul trasferimento e questa natura per così dire "astratta" riversava i suoi effetti soprattutto a favore dei terzi aventi causa dell'*accipiens* il cui acquisto era comunque fatto salvo perché svincolato totalmente dalle sorti del titolo del dante causa. Questo sistema, che come abbiamo visto che risaliva al diritto romano,¹⁹⁶ venne appunto travolto dall'introduzione nel nostro sistema giuridico (ed in quello francese) del principio consensualistico e del principio di necessaria causalità: di colpo i terzi subacquirenti vennero privati dei vantaggi di un acquisto della proprietà tendenzialmente "puro", perché impermeabile ai vizi del contratto intercorso tra le parti originarie, incidendo sulla sicurezza e la fluidità dei traffici giuridici.

Nel tentativo di ridurre al minimo le prospettate conseguenze dannose sulla circolazione dei beni, la dottrina da un canto cercò di

¹⁹⁵ PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. del dir.*, I, 1958, 517.

¹⁹⁶ Si veda, al riguardo, JHERING, *L'esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), IV, Paris, 1880, 204 ss.

mantenere il principio in base al quale l'azione di restituzione intentata dal *tradens sine causa* conservasse carattere personale e fosse esperibile solo verso il proprio avente causa, dall'altro di ridurre l'ambito di rilevanza della mancanza o invalidità della causa. Così, mentre la dottrina francese affermò che, in caso di nullità del trasferimento, il diritto di proprietà non passava dall'alienante all'acquirente, per cui anche l'alienazione dell'*accipiens* al terzo subacquirente risultava essere invalida soggiacendo questi all'azione di rivendica del *solvens*,¹⁹⁷ nella dottrina italiana questa conseguenza venne temperata fortemente, se non del tutto respinta, con la previsione, in caso di mancanza o falsità della causa, del rimedio della ripetizione dell'indebitto che era, ed è, azione a carattere personale.¹⁹⁸ E' stato, al riguardo, osservato che si è voluto ricavare, dal sistema della *condictio indebiti*, il principio che l'inesistenza dell'obbligazione di dare (per nullità del titolo) non provocasse necessariamente la nullità del trasferimento.¹⁹⁹ La stessa dottrina, tuttavia, non ha mancato di sottolineare che detto principio, proprio perché tratto dalla disciplina dell'indebitto, si riferisce non al contratto traslativo bensì al "pagamento", inteso quale atto di trasferimento separato dal contratto obbligatorio; sarebbe questa una conseguenza della non

¹⁹⁷ Nell'ordinamento giuridico francese venne in seguito introdotto un temperamento alla regola indicata, pertanto l'alienante, pur potendo agire in rivendica nei confronti del terzo subacquirente, avrebbe dovuto indennizzarlo di tutte le conseguenze nascenti dalla evizione qualora il terzo avesse acquistato in buona fede ed a titolo oneroso. V. ESMEIN, *Obligations*, II, *Traité pratique de droit civil* a cura di PLANIOL RIPERT, VI, t. II, Paris, 1954, 30 ss.

¹⁹⁸ Cfr. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebitto*, Padova, 1940, 4.

¹⁹⁹ Cfr. GIORGIANNI M, *Causa...*, cit., 550.

ancora piena assimilazione del principio consensualistico nel sistema giuridico italiano del 1942 del quale è, altresì, sintomo la disputa sulla natura contrattuale o meno del pagamento o sulla sua presunta astrattezza.²⁰⁰

Bisogna, comunque, precisare da una parte, che già prima dell'emanazione dello stesso codice del 1865 si era verificato un processo di "erosione dell'area di incidenza della mancanza o della falsità della causa", dall'altra, che nei contratti meramente obbligatori, a differenza che in quelli traslativi, la nullità risultava rimedio ultroneo per la difesa del debitore considerato che, una volta adempiuta l'obbligazione, questi poteva ristabilire l'equilibrio che si era rotto attraverso la *condictio indebiti* e che una eventuale *exceptio* non necessariamente doveva fondarsi sulla nullità del rapporto. Una volta esteso, nel codice francese e in quello italiano, il principio della nullità per mancanza di causa al contratto traslativo, la conseguenza immediata e diretta fu che l'alienante non perdeva la proprietà del bene potendo esperire anche verso i terzi un'azione volta alla revindica della cosa, e non più un'azione personale esperibile solo verso l'*accipiens*.²⁰¹

In buona sostanza, il principio della necessaria causalità dei trasferimenti caratterizzato dall'assorbimento, in virtù del principio consensualistico, dell'atto traslativo nel *titulus* ebbe evidenti riflessi negativi sulla circolazione dei beni e sulla posizione dei terzi

²⁰⁰ V. SCUTO, *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 365 ss che considerò il pagamento come un negozio astratto al pari del *dinglicher Vertrag* tedesco.

²⁰¹ GIORGIANNI, *op. cit.*, 550.

subacquirenti in quanto ebbe come suo corollario che qualunque atto nullo, da qualunque causa derivasse la nullità, spezzasse la catena causale dei trasferimenti e pregiudicasse l'acquisto dei terzi subacquirenti, ove il contratto da cui discende in via automatica la *traslatio* si dimostrasse, per difetto di causa radicalmente invalido.²⁰²

II.3 *Le disfunzioni sopravvenute nei negozi di adempimento traslativi: ambito di operatività della nullità e condictio indebiti.*

Bisogna a questo punto fare riferimento alla più volte citata distinzione tra quelle fattispecie giuridiche in cui la “funzione” del contratto fornisca contemporaneamente al negozio il suo fondamento causale (per cui la funzione del negozio diventa causa di esso) e quelle altre, frequenti nell'ordinamento giuridico tedesco, ma non estranee al nostro, nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la sua causa (è possibile rinvenire nel negozio solo lo scopo avuto di mira dal soggetto) in quanto il fondamento causale è da rinvenirsi al di fuori da esso senza che per questo il primo sia astratto (c.d. negozi di adempimento con causa

²⁰² NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale (dal pagamento traslativo all'atto di destinazione)*, lavoro destinato alla pubblicazione nel volume: “*Colloqui in memoria del Prof. Michele Giorgianni*”.

esterna).²⁰³ Si è, infatti, prospettato che il meccanismo di operatività della nullità per difetto di causa operi in maniera differente nell'una o nell'altra ipotesi.

Nel caso dei contratti consensuali, infatti, il difetto di causa del contratto travolge l'acquisto dell'*accipiens* per l'assorbimento, in virtù del principio consensualistico, dell'atto traslativo nel *titulus*, consentendo al *tradens* di agire in rivendicazione anche verso i terzi. In una situazione di assorbimento dell'atto traslativo nel contratto perde qualunque rilevanza autonoma il profilo della causa dell'atto traslativo e qualsivoglia ipotesi di nullità del contratto comporta l'inefficacia dell'atto, impedendo il trasferimento. La causa (intesa come funzione) manca tanto nel momento statico del contratto, cioè nel suo sinallagma genetico, quanto in quello funzionale, perchè i due momenti sono tra loro compenetrati.

Così non avviene, viceversa, nell'ipotesi di prestazioni isolate. E, infatti, in una situazione di separazione fra *titulus* e *modus* è proprio l'elemento causale del secondo che può determinare l'influenza sul medesimo di talune vicende del primo, sicché il meccanismo dell'astrazione serve a rendere l'atto *solvendi causa* idoneo a produrre l'effetto traslativo in maniera indifferente rispetto alle vicende del *titulus*. Si è osservato, a tal proposito, che le c. d. prestazioni isolate, e quindi gli atti di adempimento traslativi con causa "esterna", attuerebbero una "fuga dalla causa"

²⁰³ GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 564.

o dalla nullità²⁰⁴ perché la causa, che di norma rileva nel momento statico del contratto, in tali casi rilevarebbe anche in quello funzionale (cioè in fase di adempimento).²⁰⁵

Nell'ambito proprio delle prestazioni isolate con causa "esterna", la conseguenza della nullità per mancanza di causa è stata ripetutamente passata al vaglio. Si è già rilevato come autorevole dottrina abbia a proposito distinto tra un aspetto oggettivo ed uno soggettivo della causa, e cioè tra lo scopo ed il fondamento (*Zweck e Grund*) del contratto: il primo emergerebbe attraverso l'*expressio causae* (che esclude possa parlarsi di negozio astratto) il secondo è la causa che regge il contratto obbligatorio. Nell'ambito delle prestazioni isolate²⁰⁶ cioè avrebbe rilevanza pregnante l'aspetto soggettivo che, come anche evidenziato dalla esperienza giuridica tedesca, sarebbe sufficiente per la validità del negozio, mentre la presenza dell'aspetto oggettivo necessiterebbe esclusivamente per la conservazione degli effetti di esso.²⁰⁷ Sarebbe, peraltro, questo il principio che regge l'istituto della *condictio indebiti* di cui all'art. 2033 cod. civ. dalla cui disciplina si ricava che l'inesistenza dell'obbligo che il *solvens* adempie non produce la nullità bensì la ripetibilità di quanto prestato: come è

²⁰⁴ Cfr. SCALISI V., *cit.*, p. 109.

²⁰⁵ Può ribadirsi che ciò può essere vero finché il contratto produce effetti obbligatori, nel qual caso i rimedi rimangono l'eccezione di inadempimento e la *condictio indebiti*, ma se l'effetto è di tipo traslativo, la nullità chiama in causa l'azione di rivendica perché inficia la ragione stessa del trasferimento.

²⁰⁶ Si ribadisce, sono prestazioni isolate quegli atti che producono un'attribuzione giuridica unilaterale o fanno sorgere un'obbligazione sulla base di una fattispecie il cui schema strutturale si riduce alla nuda e neutrale prestazione)

²⁰⁷ GIORGIANNI M., *op. ult. cit.*, 567 ss.

noto, questa è un'azione a carattere personale in opponibile ai terzi acquirenti a titolo oneroso, che risultano così tutelati: il meccanismo operativo della *condictio indebiti*, insomma, così come il sistema giuridico tedesco, dimostrerebbero che le prestazioni effettuate *sine titulo* non sempre hanno come conseguenza la nullità.²⁰⁸ Si è, pertanto, suggerito, in presenza di determinate fattispecie di sì preservare l'elemento causale, perché l'astrazione sostanziale assoluta non è ammessa dal nostro legislatore, ma contemporaneamente ridurre il raggio operativo della nullità.

La sostituzione sul terreno rimediale della *condictio indebiti* alla nullità per difetto di causa viene prospettata non come soluzione generale, ma nel particolarissimo ambito delle c.d. prestazioni isolate dove sarebbe giustificata dal peculiare atteggiarsi della causa: la verifica sull'esistenza in concreto di tale elemento nelle prestazioni isolate dovrebbe risalire al presupposto esterno da cui dipendono la non falsità e la non irrealizzabilità originaria della funzione; indagine, questa, che potrebbe aggravare in maniera eccessiva proprio la posizione dei terzi subacquirenti, resa già particolarmente debole dal nuovo sistema.²⁰⁹

²⁰⁸ GIORGIANNI M., *op. ult. cit.*, 568 ss, il quale afferma “non deve recare meraviglia che la mancanza di un elemento causale possa non provocare la nullità dell'atto [...]d'altro canto anche il consenso, al pari della causa, si trova elencato negli artt. 1325 e 1418 tra i “requisiti” per la validità del contratto, eppure sono note le ipotesi in cui il vizio del consenso produce semplicemente la annullabilità”. L'Autore, a riprova della sua tesi, cita anche l'istituto della simulazione la cui disciplina fa salvo l'acquisto del terzo, salva la trascrizione della domanda di simulazione.

²⁰⁹ NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, 2ss.

L'*expressio causae*, tuttavia, rende agevole l'onere di accertamento per il terzo che volesse prevenire l'azione di rivendica e, allo stesso modo, la verifica in concreto sull'esistenza della causa, che consta nell'accertare che essa non sia falsa o irrealizzabile, viene spostata su un terreno rimediale, la ripetizione dell'indebito, che non espone l'acquisto dei terzi al rischio dell'inefficacia²¹⁰. Al riguardo, c'è chi ha osservato che lo scopo della teoria delle prestazioni isolate è proprio di restituire alla ripetizione dell'indebito "un autonomo spazio, pur in un sistema, quale il nostro, che è ispirato al principio causale degli spostamenti patrimoniali"²¹¹.

Questa tesi, pur suggestiva, è stata oggetto di rilievi critici. Anzitutto, affidare al medesimo rimedio della *condictio indebiti* il profilo relativo all'esistenza o meno della causa dell'atto e quello relativo alla mancata realizzazione in via successiva della funzione significa smentire l'impostazione dello stesso autore secondo cui: "la causa va ricercata esclusivamente nel momento statico²¹² del contratto [...] e non anche in quello funzionale"²¹³.

Si è osservato, in seconda istanza, che la verifica causale dei negozi con causa esterna non risulterebbe, come sostenuto, più gravosa di quella che implicano altre ipotesi di nullità che

²¹⁰ GIORGIANNI M., *op. cit.*, 568.

²¹¹ DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 5.

²¹² Un'indagine di tipo funzionale, ma comunque rivolta alla fase statica del contratto, significa verificare le circostanze concrete che rendono idoneo al funzionamento il contratto nel momento della sua conclusione; e non va confusa con un'indagine puramente strutturale di esso, (che vuol dire attenersi soltanto a quanto si evince dal contenuto del contratto). Il profilo funzionale dell'esecuzione del contratto riguarda, invece, la fase dinamica dello stesso.

²¹³ GIORGIANNI M., *op. cit.*, 553.

potrebbero colpire il contratto: detto accertamento può risultare talora complesso anche rispetto a contratti sinallagmatici e non solo per le prestazioni isolate²¹⁴. Si consideri solo la circostanza che ove il terzo volesse preservarsi da un'azione di rivendica dovrebbe non soltanto verificare la validità sul piano causale del titolo del proprio dante causa, ma anche e soprattutto risalire ai precedenti passaggi traslativi, per verificarne la validità, sino al raggiungimento dei presupposti per un acquisto a titolo originario, sempre che non possa avvalersi di un acquisto *a non domino*.

Inoltre, si è acutamente rilevato che la presenza di una prestazione isolata, che si collega causalmente con un elemento esterno impone un onere di accertamento non diverso da quello che si avrebbe ove vi fosse stato semplicemente un ulteriore passaggio traslativo²¹⁵.

Infine, non è senza rilievo il fatto che la ripetizione dell'indebito, non rientrando fra i rimedi soggetti a trascrizione, produce uno squilibrio alla rovescia rispetto a quello denunciato da Autorevole dottrina nel conflitto fra *tradens* e terzi. Se da una parte, infatti, il rimedio della nullità darebbe vita un eccessivo svantaggio per il terzo subacquirente, esposto ad un'eventuale azione di rivendica, la *condictio indebiti* avrebbe ripercussioni negative per il dante causa l'alienante di una prestazione isolata che ha ad oggetto un bene

²¹⁴ Si pensi alla verifica sulla mancanza in concreto della causa nel contratto di assicurazione, in ipotesi di inesistenza originaria del rischio, o all'acquisto oneroso di facoltà che poi risultano già nella titolarità dell'acquirente, su cui v. Cass., 22 luglio 1987, n. 6492, in *Rep. Foro it.*, 1987, *Contratto in genere* [1740] n. 365.

²¹⁵ NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, spec. 103 ss.

soggetto a trascrizione.²¹⁶ Il *tradens*, infatti, non potendo trascrivere l'azione di ripetizione dell'indebito, si troverebbe in una situazione di impossibilità di recuperare il bene, anche contro il terzo che avesse concluso il suo acquisto dopo che egli ha proposto l'azione.²¹⁷ Per questa ragione lo stesso Autore, pur asserendo la singolarità della mancata previsione della domanda di ripetizione dell'indebito fra quelle soggette all'onere di trascrizione ritiene sufficiente una tutela del *tradens* limitata all'art. 2038 c.c. e, in subordine, propone una applicazione dell'art. 2652 n. 6 c. c. alla domanda di ripetizione dell'indebito.

E tuttavia, come è stato rilevato, la prima soluzione offre all'alienante di una prestazione isolata *sine causa*, in senso oggettivo, una protezione inferiore a quella del *tradens* di un *titulus* che comporti la mera inefficacia *inter partes*: contratto rescindibile o risolubile. La trascrizione delle relative domande giudiziali, infatti, rende comunque tali azioni opponibili ai terzi che acquistino dopo la trascrizione delle domande giudiziali. La seconda soluzione,²¹⁸ invece, potrebbe dare adito ad un'interpretazione analogica nei confronti di una norma che appare connotata di eccezionalità.

²¹⁶ GIORGIANNI M., *op. ult. cit.*, 566 ss.

²¹⁷ NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale (dal pagamento traslativo all'atto di destinazione)*, lavoro destinato alla pubblicazione nel volume: "Colloqui in memoria del Prof. Michele Giorgianni", 3 ss.

²¹⁸ GIORGIANNI M., *op. ult. cit.*: che cautamente utilizza il condizionale "Potrebbe, tuttavia, farsi ricorso anche all'art. 2652, n. 6 c.c.".

Queste considerazioni, dalle quali emergono i limiti alla ripetizione dell'indebito, dimostrerebbero che nel sistema giuridico italiano non esistono attualmente le condizioni per spostare l'accertamento causale dal piano dell'atto e della verifica *a priori* al piano successivo degli effetti.²¹⁹

Il controllo originario sulla causa, non limita l'autonomia dei privati bensì, tramite la nullità, la asseconda, svolgendo un ruolo di tutela delle parti²²⁰ ed in particolare - nell'atto isolato traslativo - del *tradens* e dei suoi *Hintermänner* (creditori e aventi causa): se i contraenti programmano l'effetto traslativo per una determinata funzione e questa è falsa o *ab initio* irrealizzabile ciò significa che la stessa autonomia privata "non vuole" la produzione dell'effetto.

Tuttavia, pur se la degradazione dell'elemento causale a mera *expressio causae* non giustifica, come sostenuto, una disciplina peculiare, la struttura delle prestazioni isolate, e quindi del pagamento traslativo, presenta delle peculiarità tali da dare il massimo risalto all'indagine sul difetto di causa. Da questo punto di vista, infatti, autorevole dottrina ha rilevato che, mentre nel modello sinallagmatico i presupposti della funzione di scambio coincidono con le utilità o le attribuzioni corrispettive, riducendo il *discrimen* tra difetto di causa e mancanza di oggetto; viceversa, il funzionamento delle prestazioni isolate "dipende da presupposti

²¹⁹ Così NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, 4, la quale, tra l'altro, sottolinea come la *condictio indebiti* operi in maniera diversa rispetto alla tedesca *Leistungskondition*.

²²⁰ Cfr. NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 987 ss. dove si illustrano le diverse ipotesi in cui la causa limita l'autonomia dei privati o, viceversa, la asseconda.

che non coincidono con elementi già giuridicamente rilevanti, sicché l'accertamento sul difetto di causa, non interferendo con la mancanza di oggetto, dimostra tutta la sua piena ed autonoma capacità operativa.”²²¹ Abbiamo già osservato, infatti, come segno distintivo delle prestazioni isolate sia la circostanza che si tratta di atti nei quali, per un verso, la causa è interna all'atto,²²² ma, per un altro verso, l'accertamento sulla sua esistenza dipende da presupposti causali esterni all'atto. che rilevano solo in quanto rendono la sua funzione in concreto mancante.²²³

Questa indagine, volta proprio all'individuazione della causa (concreta) dell'operazione è necessaria sia per tutelare le parti sia per impedire che, in mancanza delle condizioni minime per rendere attuabile la funzione programmata dai contraenti, si produca l'efficacia del contratto. Conseguenza di quanto affermato è che non ogni difetto del presupposto esterno incide sulla causa dell'atto; e, infatti, carenze del presupposto esterno sopravvenute rispetto alla conclusione della prestazione isolata non hanno, alcun riflesso sulla sua validità. Da questo punto di vista, pregnante sembra l'osservazione secondo cui l'*expressio causae se*, da un lato, non è necessaria, dall'altro non è neppure sufficiente, in quanto occorre anche verificare che la causa in concreto esista al

²²¹ Così NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, 5, la quale cita al riguardo gli anticausalisti i quali considerando l'atto sinallagatico reputavano la causa inutile rispetto all'oggetto; tra questi ERNST, *La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*, *Bibliothèque du juriconsulte et du publiciste*, 1826, t. 1, 250-264,

²²² Di qui il carattere inappropriato della stessa dizione “contratti con causa esterna”

²²³ Qualora, ad esempio, difetti l'obbligazione da adempiere o da garantire, in quanto non sussiste o è nullo o è stato sciolto, prima che si concludesse la prestazione isolata, il contratto da cui la medesima obbligazione traeva fonte.

momento della conclusione dell'atto.²²⁴ Si può, allora, affermare che la prestazione isolata sarà nulla o se il patto appare nudo poiché non consente neppure in via interpretativa di evincere una funzione²²⁵ o se la causa desumibile dal regolamento di interessi risulti in concreto falsa o irrealizzabile, (ad es., nell'ipotesi della *causa solvendi* qualora difetti l'obbligazione da adempiere.

In definitiva, considerato che l'atto isolato di adempimento traslativo è valido se non è radicalmente insussistente o nullo o non si sia in precedenza risolto il contratto obbligatorio o corrispettivo da cui trae origine e considerato che il rimedio correlato con il difetto di causa, la nullità, può travolgere l'atto isolato, una questione annosa delle prestazioni isolate riguarderebbe, invero, non tanto la causa dell'atto, quanto le eventuali disfunzioni successive dello stesso, che incidono sulla realizzazione della funzione posta in essere. Si pensi all'ipotesi in cui venga effettuato il trasferimento del diritto ma il contratto obbligatorio in cui trovava origine e fondamento la funzione solutoria venga sciolto o non venga data esecuzione all'atto isolato corrispettivo rispetto a quello traslativo. Al riguardo può riportarsi il pensiero di certa dottrina secondo cui, alle prestazioni c.d. isolate non sembra potersi applicare, quanto meno in via diretta, la disciplina della

²²⁴Cfr. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, 3^a ed., Torino, 2004, 828 ove si legge: “Manca qualsiasi base per ipotizzare che un’alienazione [...] effettuata per causa solutoria sia operativa nonostante la falsità della causa”.

²²⁵ Riguardo alla necessità dell’ *expressio causae*, infatti, bisogna anche riportare l’opinione di taluna dottrina secondo la quale la stessa non è strettamente indispensabile se si riesce in via ermeneutica a ricostruire scopo e conseguente meccanismo di funzionamento della sequenza contratto obbligatorio - negozio di adempimento; cfr. BOZZI, *Note preliminari sull’ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 199 ss.

risoluzione, poiché manca il sinallagma, così come non convince una generalizzata applicabilità della disciplina della ripetizione dell'indebitato, in particolare nell'ipotesi di disfunzioni sopravvenute al compimento del *modus*. L'art. 2038 cod. civ., nello specifico, esporrebbe il terzo ad un'azione, nei limiti dell'arricchimento, conseguente ad una disfunzione meramente successiva del titolo del *solvens*. Inoltre, la non trascrivibilità della domanda giudiziale di ripetizione avvantaggerebbe i soli terzi che avessero acquistato e trascritto il loro diritto anche dopo che è stata presentata la domanda di ripetizione per cui il loro acquisto non verrebbe comunque mai travolto.

La difficoltà ad individuare un rimedio adeguato nel caso di disfunzioni sopravvenute ha spinto taluno interprete a negare, negando la derogabilità del principio consensualistico, la categoria degli atti di adempimento traslativi con causa esterna (cioè a dire, delle prestazioni isolate), ma non può comunque non tenersi conto delle numerose ipotesi legislativamente previste di pagamento traslativo, *in primis* l'atto di ritrasferimento del mandatario al mandante nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili (art. 1706, comma 2°, c.c.).²²⁶

²²⁶ Si aggiungano, fra gli altri, il trasferimento dall'onerato al legatario della cosa del terzo, nel legato di cosa altrui (art. 651 c.c.), nel legato *per damnationem* e nel sublegato reale; il conferimento di beni nelle società di persone; la collazione di immobili mediante conferimenti in natura; gli atti solutori esecutivi di un obbligo risarcitorio; l'adempimento del terzo. Cfr CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 36 ss.; COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solvendi causa*, in *Giust. Civ.*, 1988, 1237 ss.; MATTIANGELI L., *Obbligazione di dare, pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Vita notar.*, 2005, 603; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, cit., 746 ss.; VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, 48 ss.

Per questa ragione diversi Autori hanno rivalutato il ruolo determinante della nullità per difetto in concreto di causa nelle prestazioni isolate: queste, che sembravano *prima facie* caratterizzate da una fuga o dalla causa²²⁷, o dalla nullità,²²⁸ costituiscono, invero, l'ambito in cui il problema causale evidenzia la sua massima rilevanza autonoma ed importanza pratica.

Permane, comunque, la necessità di rinvenire, rispetto a tali atti, una soluzione per le disfunzioni sopravvenute ed in relazione a questo problema si ritiene auspicabile anche un intervento del legislatore che estenda il campo applicativo della risoluzione oltre le disfunzioni del sinallagma, così come era stato anche teorizzato dai teorici della presupposizione.²²⁹

Si è già rilevata la diversa incidenza pratica dell'elemento causale, a seconda del tipo di effetto che l'atto produce:²³⁰ se obbligatorio la funzione rimediale è svolta dall'eccezione e dalla ripetizione dell'indebito, vi sia o meno in radice una nullità,²³¹ se l'effetto è traslativo, invece, alla nullità potrebbe seguire l'azione di rivendica, in luogo della ripetizione dell'indebito. La ragione del diverso atteggiarsi della causa sta nel fatto che mentre l'effetto

²²⁷ Attraverso le teorie della causa remota o della causa esterna.

²²⁸ Cfr. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 568; SCALISI, voce *Negoziato astratto*, cit., 109 ss.; BOZZI, *Note preliminari all'ammissibilità del trasferimento astratto*, cit., 199 ss.

²²⁹ NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 371 ss.

²³⁰ GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 552.

²³¹ Cfr. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*, 588 "nei contratti meramente obbligatori, la nullità costituisce nella vita del rapporto obbligatorio [...] uno strumento del tutto ridondante per la difesa del debitore [...] la *exceptio* [...] non abbisogna di fondarsi necessariamente su una nullità del vincolo".

obbligatorio interessa unicamente le parti contraenti, l'effetto traslativo riguarda sempre indirettamente anche i terzi.

Proprio nell'ottica di contemperare le esigenze del *tradens* (che rimarrebbe ingiustamente svantaggiato dalla applicazione *tout court* dell'art. 2038 cod. civ. alla prestazione isolata) con quelle dell'*accipiens* (il cui acquisto, al contrario, verrebbe sempre ed ingiustamente travolto per un qualsiasi difetto anche sopravvenuto all'attuazione del *modus*) si è da ultimo provato a spostare l'attenzione sul più generale problema della causalità dei trasferimenti, “sulla quale hanno un effetto dirompente non certo le prestazioni isolate, ma piuttosto il dilagare delle nullità, specie quelle di protezione”.²³² Si sono, al riguardo, ipotizzate due strade: o un sistema di generale verifica causale *a posteriori*, riformando tutto l'impianto rimediale della ripetizione dell'indebito; oppure attuando interventi correttivi sul sistema attuale introducendo strumenti di protezione per i subacquirenti in buona fede, più estesi ed efficienti di quelli attuali; e costruendo un sistema rimediale per i difetti sopravvenuti delle prestazioni isolate.²³³

²³² NAVARRETTA E., *op. ult., cit.*, 13.

²³³ NAVARRETTA E. *op. ult. cit.*, 14.

CAPITOLO III

TIPOLOGIE DI NEGOZIO DI ADEMPIMENTO TRASLATIVO CON CAUSA “ESTERNA”

III.1 PREMESSA

Nel corso del presente lavoro si è più volte osservato che il negozio di adempimento traslativo con causa esterna (anche noto con l'espressione di "pagamento traslativo"), nonostante le numerose questioni di ordine dogmatico e rimediale, ad oggi non del tutto risolte, non è estraneo all'ordinamento giuridico italiano.

Si può, al riguardo, osservare che se da una parte si assiste ad una proliferazione di operazioni giuridiche che vedono l'avvicinarsi di un *modus, rectius*: di una obbligazione di dare in senso tecnico, ad un precedente *titulus*, nel quale il primo trova giustificazione causale, (si pensi, ad es., ai trasferimenti tra i coniugi in occasione della separazione del divorzio o, per taluna dottrina, ai negozi di destinazione ex art., 2645-ter di recente introduzione²³⁴), non sono nondimeno sconosciute al nostro codice civile ipotesi di c.d. pagamento traslativo.

Come anticipato, negli anni la figura più studiata è stato il contratto di ritrasferimento del mandatario nella ipotesi di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili: il mandatario, acquistato il bene, è obbligato a dare è tenuto cioè a compiere un ulteriore negozio traslativo del bene medesimo a favore del mandante.

²³⁴Cfr. NAVARRETTA E., *op. ult. cit.*, 7 la quale afferma: "Inoltre, il fenomeno delle prestazioni isolate, lungi dal subire contrazioni, tende, a ben vedere, a dilatarsi e si propaga finanche rispetto ad atti, come l'atto di destinazione opponibile ai terzi". Ancora, pag. 9, "[...] sino alla recente disciplina dell'atto di destinazione[□], che pare ascrivere alle prestazioni isolate [...]".

Interessante si presenta, poi, lo studio del rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo sulla cui natura giuridica la dottrina si è a lungo interrogata: è controverso se, ed in quali termini, la causa del definitivo sia “esterna” e risieda nel preliminare mentre il contratto definitivo possa ritenersi un negozio di adempimento traslativo con causa esterna.

In materia di obbligazioni, oltre al già citato negozio di ritrasferimento del mandatario, viene annoverato tra le prestazioni c.d. isolate l’atto *solvendi causa* nella *datio in solutum*: anche in quest’ultima, infatti, accanto al contratto da cui sorge la obbligazione, vi è una prestazione successiva di dare la cui causa può rinvenirsi nel precedente accordo tra debitore e creditore e che deve essere espressamente menzionata, così come nell’adempimento traslativo.²³⁵

Ipotesi legislativamente previste di atto di adempimento traslativo con causa c.d. esterna sono, poi, considerate dalla dottrina il legato di cosa dell’onerato o di un terzo ex art. 651 cod. civ., la c.d. fiducia testamentaria ex art. 627 cod. civ., il conferimento di beni in proprietà in società (di persone). Infine, anche se non tipizzati, gli accordi patrimoniali traslativi in sede di separazione personale tra i coniugi o di divorzio che hanno dato origine ad un vivace

²³⁵Cfr. Cassazione 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 1560 ss. La *datio in solutum*, per fare un esempio, sarebbe un contratto inevitabilmente colpito da nullità per difetto di causa se all’atto dell’adempimento non si enunciasse espressamente la finalità solutoria, causa questa sufficiente per giustificare atti traslativi privi di controprestazione, essendo l’interesse all’adempimento dell’obbligo di dare un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico

dibattito dottrinario e giurisprudenziale fornendo un notevole contributo allo studio delle c.d. prestazioni isolate.²³⁶

Nelle pagine che seguono, a conclusione del presente lavoro, verranno per grandi linee esaminate, ai fini che ci riguardano, alcune delle figure *infra* menzionate.

III.2 *Il ritrasferimento del mandatario nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili.*

L'art. 1706, 2° comma cod. civ., sul mandato ad acquistare senza rappresentanza, dispone che “se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili, o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante”. L'articolo 1707 cod. civ., chiarisce, poi, che l'esecuzione di questa obbligazione è compiuta mediante un “atto di ritrasferimento” da mandatario a mandante. Ai sensi, poi, dell'art. 1713 cod. civ., il mandatario è obbligato a rimettere al mandante “tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato”: si tratta, in pratica, dell'obbligazione di consegnare materialmente i beni detenuti per conto del mandante e anche, secondo la dottrina maggioritaria, dell'obbligazione, desumibile mediante una interpretazione

²³⁶ Cfr. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Foro it.*, 1999, I, 1306; MATTIANGELI L., *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. del Not.*, LIV, I, 2000, 317.

estensiva della norma, di prestarsi a concludere i necessari negozi di ritrasferimento al mandante ex art. 1706, 2° comma, cod. civ.²³⁷

In caso di inadempimento di detto obbligo di ritrasferimento, la disposizione da ultimo citata concede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.²³⁸

L'atto di disposizione dal mandatario al mandante configura, secondo la dottrina più recente, una vera e propria obbligazione di dare in senso tecnico,²³⁹ cioè, si ripete, un'obbligazione di porre in essere un autonomo atto traslativo del diritto; al tempo stesso necessario e sufficiente a produrre l'effetto modificativo.²⁴⁰ Tale conclusione è peraltro confermata nella

²³⁷ Cfr. CARNEVALI U., voce *Mandato*, *Enc. giur. Treccani*, XIX, 4 ss. E' dubbio, tuttavia, se l'obbligazione che ha il mandatario di ritrasferire al mandante il bene acquistato derivi dall'art. 1706, 2° comma, cod. civ., o dal contratto di mandato. Nel primo senso DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 221 il quale osserva che l'obbligo del ritrasferimento è imposto al mandatario dalla legge e precisamente dall'art. 1706 cod. civ. (e non quindi da un contratto traslativo); BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, 2, in *Comm. cod. civ.*, UTET, VI, 1980, 376; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, op. cit., 33. Nel secondo senso PUGLIATTI S., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, 1953, ora compreso nel volume *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 417 il quale fa notare che quando l'atto o negozio, che il mandatario è tenuto a compiere in virtù del mandato, consiste nell'acquisto di un immobile da un terzo, è evidente che non può esaurirsi nel semplice acquisto in nome proprio ma deve comprendere il momento finale del ritrasferimento al mandante medesimo; LUMINOSO A., *Mandato, Commissione, Spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu- Messineo, XXXII, 1984, 234, MACCARRONE G., *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. notar.*, 1994, 1319.

²³⁸ Artt. 2652 n.2 cod.civ., 2690 n.1 cod. civ., 2932 cod. civ., 183 disp. att. cod. civ.

²³⁹ Si ricorda nuovamente che l'ordinamento giuridico italiano non sembra più contemplare ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico, cioè che impongono al debitore di compiere un successivo negozio di trasferimento del diritto a favore del creditore. Anche l'odierno art. 1177 cod. civ., nel quale testualmente si parla di consegnare, si riferisce ad ipotesi nelle quali la vicenda traslativa di un diritto si è già perfezionata e residua la necessità di procurare al soggetto acquirente, che in questi limiti è anche creditore, la materiale disponibilità della cosa stessa (possesso o detenzione), custodendola. Bisogna dare atto, tuttavia, della tesi secondo la quale le obbligazioni di dare in senso tecnico nel nostro sistema giuridico si possono ancora riscontrare nel caso in cui il contratto, pur se destinato a trasferire un diritto reale, non può produrre immediatamente l'effetto traslativo: si pensi alle ipotesi di vendita c.d. "obbligatoria". Cfr. MACCARRONE G., *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 633 ss.

²⁴⁰ DALMARTELLO, *La prestazione...*, op. ult. cit., 220; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1953, 124; ANDREOLI, *Riflessioni*

Relazione al Re sul Libro delle obbligazioni, n. 182 ove si legge che quando si tratta di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri “non è ammesso l’acquisto automatico da parte del mandante perché, a parte ogni altra considerazione, ciò sarebbe stato in contrasto con le esigenze della pubblicità a cui i trasferimenti relativi sono soggetti”. Non si può, infatti trascrivere a favore del mandante un acquisto fatto in nome proprio dal mandatario, “neppure se si richiedesse come condizione indispensabile la trascrizione del mandato. Le esigenze di tutela dei terzi e la necessità di non apportare deroghe all’istituto della trascrizione, fondamentale per la certezza dei rapporti hanno indotto a richiedere un nuovo, autonomo, atto di trasferimento dal mandatario al mandante”.

La dottrina più risalente, tuttavia, aveva ricostruito il mandato senza rappresentanza ad acquistare come un contratto ad efficacia reale differita²⁴¹ basandosi i più sulla inveterata opinione che un negozio traslativo atipico, non rientrando nello schema della vendita (o permuta), né della donazione non potesse non

sull’atto solutorio non dovuto, in *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, 1959, 3 ss; GIORGIANNI M., *Causa*, cit., 556 ss; SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro, it.*, 1966, 1384 ss; MENGONI L., *Gli acquisti “a non domino”*, Milano 19756, 201 ss; CARNEVALI U., *Mandato, op. ult. cit.*, 4 ss; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, cit., 735 ss; CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e adempimento...*, cit., 37 ss. Per la giurisprudenza v. Cass. 3 Ottobre 1972, .2843, in *Giur. It.*, 1973, I, 1089; Cass. 14 Febbraio 1973 n. 454. in *Giust. civ.*, 1971, I, 731; Cass. 5 Maggio 1980 n. 2935, in *Giur. It.*, 1980, I, 1558 ss; Cass. 11 Marzo 1983 n. 1538, in *Mass Giur. It.*, 1982, 393 ss.

²⁴¹ Cfr. MENGONI L.– REALMONTE F., op. cit., 192 e MENGONI L., *Gli acquisti...*, cit., 210 ss., i quali ritengono che l’atto di ritrasferimento del mandatario debba essere equiparato ad uno di quei fatti che nella vendita obbligatoria condizionano la realizzazione dell’effetto reale. Questa tesi, tuttavia, non sembra tenere conto dell’opinione prevalente che il mandato ad acquistare beni immobili non è soggetto a trascrizione, a differenza delle c.d. vendite obbligatorie le quali, appunto producono effetti obbligatori immediati ed effetti reali differiti.

avere la struttura del negozio astratto e sarebbe stato come tale inammissibile.²⁴²E' in conseguenza di quanto sopra che fu affermata la teoria del "trasferimento diretto" secondo cui il mandante, nonostante il mandato sia privo di procura, acquista la proprietà dei beni acquistati direttamente dal terzo, in forza del contratto concluso tra questi ed il mandatario. Secondo questa tesi, tuttavia, il mandante acquisiva solo il c.d. dominio sostanziale perché il dominio utile (o proprietà formale), che consiste nel potere di disporre,²⁴³ rimaneva in capo al mandatario finché non fosse stata eseguita la trascrizione a favore del mandante e contro il mandatario.²⁴⁴ In definitiva, secondo questa dottrina, l'atto di ritrasferimento non sarebbe altro che un mero atto ricognitivo del diritto di proprietà già acquistato dal mandante in forza della conclusione del contratto tra terzo e mandatario; si tratterebbe comunque di un atto necessario per trasmettere al mandante anche la proprietà formale e rendere l'acquisto opponibile *erga omnes* attraverso l'adempimento pubblicitario.

Alla tesi esposta sono state nei tempi più recenti sollevate diverse obiezioni. Anzitutto la stessa cancella la distinzione tra

²⁴² RUBINO, *Il negozio indiretto*, Milano, 1937, 78; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, 178; CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 63 il quale, pur rinvenendo nell'atto di trasferimento dal mandatario al mandante un pagamento traslativo, riteneva trattarsi di una ipotesi eccezionale di atto astratto il quale, tra l'altro, non avendo natura giuridica negoziale ma di atto dovuto, non poteva essere eseguito mediante un contratto. La dottrina successiva invece, come esplicitato nel corso del I capitolo del presente lavoro, ha ritenuto compatibile il trasferimento del diritto con l'adempimento dell'obbligazione, escludendo che il pagamento traslativo fosse un atto astratto; PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile (saggi)*, Milano, 1951, 268.

²⁴³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 131.

²⁴⁴ RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, 249 ss; PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 441.

mandato con e senza rappresentanza.²⁴⁵ come è noto, il *discrimen* tra le due figure consiste proprio nel fatto che solo nel primo caso c'è la c.d. *contemplatio domini* e, in base a questa, il contratto concluso dal mandatario produce effetti direttamente in capo al mandante; mentre nel secondo caso il mandante, prima dell'atto di ritrasferimento, non acquista il diritto reale (art. 1705, 1° comma, cod. civ.). In secondo luogo, è stato da acuta dottrina rilevato come l'atto di ritrasferimento compiuto dal mandatario non possa avere la duplice funzione di attestare l'avvenuta esecuzione dell'incarico e di far risultare la ricognizione attraverso la trascrizione perché se così fosse il mandante, se il mandatario non effettuasse l'atto di ritrasferimento, dovrebbe potere agire con l'azione di rivendicazione mentre l'art. 1706, 2° comma, cod. civ., richiama l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 cod. civ.²⁴⁶ Inoltre, la qualificazione dell'atto di ritrasferimento come atto ricognitivo e non traslativo è in contrasto con l'art. 1707 cod. civ.: il legislatore, diversamente, avrebbe dovuto prevedere la trascrizione del contratto di mandato²⁴⁷ se questo fosse stato titolo idoneo al trasferimento della proprietà dal terzo proprietario al mandante. In tal caso, però, non si sarebbe potuta mantenere quella segretezza sulla persona del mandante che, tra le altre cose, spinge il *dominus* a non conferire procura.

²⁴⁵ MACCARRONE G., *Considerazione di ordine generale sulle obbligazioni di dare...*, cit., 640.

²⁴⁶ VISALLIN., *In tema di acquisti dal mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 96 ss, il quale, tra l'altro, rileva che “ l'espressione ritrasferimento non designa un fatto già avvenuto ma si riferisce ad una vicenda traslativa che si realizza allorché l'agente compia l'atto al quale è obbligato”.

²⁴⁷ MENGONIL., *Gli acquisti a non domino*, cit., 202.

Altri Autori, ponendo alla base dei loro ragionamenti sempre i principi sulla trascrizione, e quindi esponendosi alle medesime critiche, hanno elaborato la teoria del c.d. “doppio acquisto automatico” in base alla quale si avrebbe, come nelle vendite c.d. “obbligatorie” (ad es., la vendita di cose altrui) un trasferimento dal terzo dante causa al mandatario senza rappresentanza e da questi al mandante avente causa. Secondo questa tesi, nel mandato ad acquistare beni immobili e mobili registrati, si hanno in effetti due trasferimenti logicamente successivi ma cronologicamente contemporanei: un primo dal terzo al mandatario ed un secondo dal mandatario al *dominus*.²⁴⁸

Entrambe le tesi esposte possono considerarsi superate dalle considerazioni sulla causa svolte da autorevole dottrina²⁴⁹ la quale ha evidenziato come non ci sia un rapporto di necessaria reciprocità tra causa e tipicità e che anche i negozi dispositivi privi di una funzione tipica (quale ad es. il ritrasferimento del mandatario senza rappresentanza o, come vedremo, il trasferimento del bene dall'onerato al legatario nel legato ex art. 651 cod. civ.), possono trovare un idoneo riferimento causale (attraverso l' *expressio causae* si dichiara, appunto, che il negozio

²⁴⁸ Cfr. MENGONI L. – REALMONTE F., *Disposizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 189; MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da VASSALLI, 1952, 126 il quale ha esaminato detta tesi soprattutto in relazione ai beni mobili non registrati riguardo ai quali si afferma che dopo l'esecuzione del rapporto gestorio ricadono già nella sfera giuridica del mandante, senza necessità di una interposizione del mandatario: “il mandante è ammesso a far valere l'acquisto come proprio, direttamente contro l'altra parte”. Altri in dottrina hanno affermato che il trasferimento del bene mobile avviene direttamente dal terzo al mandante al momento della conclusione del contratto tra mandatario e terzo Cfr. SACCO R., *Principio con sensualistico..*, cit., 1930.

²⁴⁹ GIORGIANNI M., *Causa*, cit., 570

è posto in essere con lo scopo di estinguere un preesistente rapporto obbligatorio (civile o naturale) in cui trova giustificazione e causa).²⁵⁰ Analogamente, si è voluto superare il principio dell'indisponibilità del principio consensualistico asserendo, giustamente, che lo stesso è fondato sull'illegittimo assorbimento del concetto di *iusta causa* dell'attribuzione in quello di funzione tipica del contratto e che non è corretto confondere la causa idonea a giustificare il trasferimento (che può anche essere *solvendi*) con il tipo contrattuale, cioè la forma strutturale per mezzo della quale lo stesso si attua.²⁵¹

Così, secondo la tesi oggi prevalente in dottrina può affermarsi che dal contratto di mandato senza rappresentanza ad acquistare (c.d. *titulus*) nasce in capo al mandatario una obbligazione di dare da eseguire a mezzo di un negozio di puro trasferimento in favore del mandante che ha la sua causa nel contratto di mandato.²⁵² Questa tesi è stata, tra l'altro, avallata dalla giurisprudenza anche di legittimità²⁵³ che ha accolto l'interpretazione dell'art. 1706 cod. civ. quale norma che pone una obbligazione di dare. Quest'ultima fattispecie, d'altra parte, sembra ripresentarsi nella figura atipica del mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili o beni mobili registrati:

²⁵⁰ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 42 ss., PUGLIATTI, *Il trasferimento*, 39, RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli 1967, 119.

²⁵¹ PORTALE G. B., *Principio consensualistico...*, cit., 937; BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 65.

²⁵² LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, cit., 21 ss

²⁵³ Cfr. Cass. SS.UU.: 14 febbraio 1973, n. 454, in *Giust. civ.*, 1973, I, 731 ss; Cass. 3 ottobre 1972 n. 2843, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 1809 ss.

anche qui si assisterà ad un trasferimento dal mandante al mandatario perché questi possa adempiere al contratto: si assiste, in tal caso, ad un doppio trasferimento (dal mandante al mandatario e da questi al terzo avente causa) e ad una relativa doppia trascrizione. La stessa ammissibilità del mandato ad alienare, tuttavia, è stata oggetto di critiche per ragioni relative alla trascrizione, in particolare al principio di continuità: il terzo acquirente, infatti, per acquistare bene il diritto dal mandatario deve trascrivere contro il mandante ma questo non è possibile perché questi non è l'alienante. La trascrizione non potrebbe, poi effettuarsi neanche contro il mandatario, perché il mandatario non è il titolare del diritto ed il mandato, non essendo un negozio traslativo, non rientra tra gli atti soggetti a trascrizione.²⁵⁴

La dottrina non è concorde nel riconoscere che l'attività negoziale compiuta in nome proprio dal mandatario possa produrre effetti tra il terzo ed il mandante.

Secondo una dottrina la conclusione del contratto di mandato ad alienare determina automaticamente il passaggio di proprietà del bene dal mandante al mandatario. Il limite di questa tesi, tuttavia, emerge in caso di inadempimento del mandatario all'obbligo di alienare perché il mandante non potrebbe recuperare il bene che è in proprietà del primo. Altri autori, per ovviare al problema, hanno aggiunto che il trasferimento si verifica in forza del mandato ma

²⁵⁴ LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1984, 84 ss.

contemporaneamente al trasferimento del mandatario al terzo.²⁵⁵

Questa impostazione è stata avallata dalla Corte di Cassazione la quale ha affermato che nel mandato ad alienare è ravvisabile un contratto nel quale l'effetto traslativo reale del bene, derivante dal consenso manifestato dalle parti non si verifica immediatamente ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario.²⁵⁶

Un'altra impostazione, invece, vede nel mandato ad alienare una dissociazione tra legittimazione e titolarità del diritto: il mandatario può trasmettere al terzo perché è dotato di potere dispositivo.

Di recente la Suprema Corte di legittimità²⁵⁷ ha respinto sia la tesi del mandato ad alienare quale contratto fondato su una dissociazione tra legittimazione e titolarità sia la tesi dell'alienazione gestoria da parte del mandatario come *condicio juris* dell'effetto traslativo dal mandante al mandatario. Riguardo alla prima, ha affermato che nel nostro ordinamento, salvo rare eccezioni, non è ammesso lo scorporo tra titolarità e legittimazione a disporre, a differenza che nel diritto tedesco ove è prevista la figura dell'autorizzazione a disporre con efficacia esterna (§§ 182-185 BGB) in forza del quale il titolare di un diritto può disporre in nome proprio di un diritto che non gli appartiene.

²⁵⁵ SANTORO-PASSARELLI F., *Mandato .rappresentanza indiretta: limiti*, in *riv. dir. civ.*, 1940, 477; SANTAGATA C., *Del mandato- disposizioni generali*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca artt. 1703-1709, Bologna-Roma, 1985, 249 ss.

²⁵⁶ Cass. 7 dicembre 1994, n. 10522, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2165.

²⁵⁷ Cass. 27 maggio 2003, n. 8393, in *Vita not.*, 2003, 1443.

Riguardo alla seconda teoria ha, poi, replicato che in tal modo l'alienazione gestoria diventa condizione di un fatto (il passaggio della proprietà in forza del mandato) ma in realtà presuppone detto fatto: il mandatario, cioè, per alienare deve essere divenuto proprietario. Il mandato ad alienare beni immobili e mobili registrati non produce effetti traslativi pertanto è inammissibile se non con rappresentanza. In ogni caso, la più attenta dottrina e la giurisprudenza riconoscono che, tanto nel mandato senza rappresentanza ad acquistare quanto in quello ad alienare, i beni entrano nel patrimonio del mandatario in maniera, per così dire, transitoria e meramente funzionale agli obblighi nascenti dal rapporto gestorio: tanto è vero che i beni trasmessi al mandatario, qualora questi sia coniugato in regime di comunione legale dei beni, non cadranno in comunione perché si tratta di acquisto strumentale allo scopo; lo stesso sarà trascritto solo a favore del mandatario con l'annotazione che trattasi di trasferimento effettuato al fine di adempiere al mandato.

Queste considerazioni sono state ribadite dalla dottrina più recente che si è occupata delle implicazioni in ambito di diritto successorio e di diritto di famiglia dell'atto di destinazione di cui all'art. 2645-ter che ha di recente novellato il nostro codice civile. Qualora, infatti, venga nominato un c. d. attuatore del vincolo cui viene trasferito il bene la dottrina, applicando le considerazioni svolte in materia di ritrasferimento del mandatario senza rappresentanza, ha

ribadito che il bene non cadrà in comunione con il coniuge dell'attuatore del vincolo trattandosi, appunto, di acquisto non definitivo ma transitorio e strumentale allo scopo individuato nell'atto di costituzione del vincolo di destinazione.²⁵⁸

III.3 *Il legato di cosa dell'onerato o di un terzo.*

Il legato di cosa dell'onerato o di un terzo è disciplinato dall'art. 651 cod. civ. il quale al primo comma recita che lo stesso “è nullo salvo che dal testamento o da altra dichiarazione scritta dal testatore risulti che questi sapeva che la cosa²⁵⁹ legata apparteneva all'onerato o al terzo. In questo ultimo caso l'onerato è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo e a trasferirla al legatario, ma è in sua facoltà di pagarne al legatario il giusto prezzo. Pertanto, affinché il legatario onorato consegua il diritto disposto in suo favore, sono necessari due atti: con il primo l'onerato (erede o legatario) acquista il diritto dal terzo titolare, con il secondo atto lo trasferisce al legatario.”²⁶⁰

²⁵⁸ A rigore, si vuole qui precisare che i giudici di Legittimità in materia di mandato hanno prevalentemente ritenuto che il bene acquistato dal mandatario cadesse in comunione legale dei beni ai sensi dell'art. 179 l. a) cod. civ., non essendo il contratto di mandato trascrivibile e, quindi, opponibile allo stesso coniuge. La stessa considerazione, *a contrario*, avallerebbe quanto affermato riguardo al 2645-ter che, diversamente dal mandato, è soggetto a trascrizione.

²⁵⁹ Il termine “cosa” deve intendersi in senso lato, più in generale come diritto, non appartenente al testatore al momento della stesura del testamento. Oggetto del legato, quindi, può essere anche il diritto di usufrutto oppure un diritto di credito. Cfr. BONILINI G., BASINI F., *I legati*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri P., Napoli, 2003.

²⁶⁰ Da notare che l'articolo in esame contempla la possibilità per l'onerato di liberarsi dall'obbligo di acquistare dal terzo pagando all'onorato il giusto prezzo: rappresenta questa una tipica ipotesi di obbligazione facoltativa, o con facoltà alternativa, (*due sunt in obligatione, una in facultate solutione*), pertanto in caso di impossibilità sopravvenuta dell'unica prestazione dedotta in

Secondo la migliore dottrina, dalla lettera della legge emergerebbe una sicura ipotesi di obbligazione di dare in senso tecnico:²⁶¹ si tratta del ritrasferimento effettuato dall'onerato, acquirente dal terzo, all'onorato avente diritto.

Un'autorevole corrente di pensiero ha negato che in questa ipotesi potesse individuarsi un'ipotesi di pagamento traslativo ritenendo che al caso in esame si potessero applicare le medesime regole dettate per l'obbligazione del venditore di cosa altrui e quindi il diritto legato si trasferirebbe all'onorato nel momento in cui l'onerato diviene proprietario del bene. Stando a questa opinione dovrebbe ritenersi che, per il trasferimento della cosa basti soltanto l'accettazione dell'eredità o l'acquisto dal terzo nonché che, una volta che il titolare del *modus* abbia acquistato la proprietà dal terzo, non possa più esercitare la facoltà di pagare il giusto prezzo perché, con detto acquisto, il diritto si è automaticamente trasferito in capo al legatario.²⁶² Ciò, tuttavia, sembra in contrasto dallo stesso art. 651 c. c., il quale sembra contemplare la possibilità che anche dopo l'acquisto dal terzo l'onerato paghi al beneficiario il

obbligazione (l'acquisto del bene ed il trasferimento) per causa non imputabile all'onerato, questi è liberato dall'adempimento del legato, cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano, 2002, 643, GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, 65.

²⁶¹ In questo senso DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 22; MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, cit., 200, GANGI C., *La successione testamentaria nel.*, cit., Milano 1964, 122; CRISCUOLI, *La costituzione per testamento dei diritti reali limitati*, in *Giust. civ.*, 1964, II, 250. MASI, *Dei legati*, nel *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1979, 39 ss. CHIANALE A., cit., 37, MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, cit., 744; Maccarrone g., *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazione di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 649.

²⁶² Cfr. PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 530; ALLARA M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 157; BIANCA C. M., *Diritto civile 2, La famiglia, le successioni*, Milano, 1989, 612

giusto prezzo piuttosto che ritrasferire a lui la proprietà del bene. Deve, inoltre, prendersi atto che la lettera dell'articolo 651 cod. civ. è molto chiara nel definire la posizione dell'obligato e differisce da quella dell'articolo 1478, 2° comma, cod. civ. relativo alla vendita c.d. obligatoria di cosa altrui: ai sensi della prima disposizione, infatti, "l'onerato è obligato ad acquistare la proprietà dal terzo e a trasferirla al legatario", mentre ai sensi della seconda norma l'acquirente del bene altrui diviene proprietario nel momento stesso in cui l'alienante acquista la proprietà dal titolare, senza bisogno di un ulteriore trasferimento.²⁶³ E' stato al riguardo acutamente rilevato come la superiore tesi appaia "dal punto di vista dogmatico viziata da una contraddizione logica insanabile" perché attribuisce al testatore la qualità di dante causa del trasferimento al legatario della proprietà di una cosa che è, invece, stata acquistata dall'onerato dopo l'apertura della successione, per cui il legatario acquisterebbe un diritto mai appartenuto al *de cuius*. Il legato di cosa altrui è un titolo meramente obligatorio che non produce l'obligazione di procurare la proprietà della cosa al legatario così come ex art. 1478, 2° comma, c. c. ma produce un vero e proprio obligo di trasferire, "del cui adempimento l'acquisto del terzo è un atto preparatorio e il cui contenuto non è riconducibile ad uno schema negoziale tipico".²⁶⁴

²⁶³ Cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., 645,

²⁶⁴ Così MENGONI L., *Gli acquisti "a non domino"*, cit. 200.

La tesi in esame, in effetti, fonda il proprio pensiero sulla convinzione dell'inammissibilità nel nostro ordinamento di un atto di adempimento traslativo che ha per lungo tempo informato le riflessioni di buona parte dei giuristi italiani; convinzione che, come ampiamente esposto nel primo capitolo, è stata vinta dalle riflessioni sulla causa e sul principio con sensualistico che hanno coinvolto la dottrina più recente.

Invece, per la dottrina più recente, cui si ritiene di aderire, si può affermare che, una volta che l'erede onerato del legato ex art. 651 cod. civ. accetti l'eredità,²⁶⁵ sorge a suo carico l'obbligo di dare, cioè di trasferire la proprietà della cosa all'onorato. Una volta eseguita la prestazione l'onorato sarà liberato; diversamente egli potrà subire l'azione dell'onorato che potrà agire per ottenere una sentenza che tenga luogo del negozio non concluso, alla stregua di quanto avviene per l'adempimento dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 cod. civ.²⁶⁶

Qualche incertezza ha sollevato l'ipotesi contemplata dall'art. 651 cod. civ. 2° comma, relativo al caso in cui il bene oggetto del legato sia di proprietà dell'onorato stesso, perché la disposizione non parla in tal caso di obbligo di trasferire a carico dell'onorato.

Taluno ha da ciò dedotto che, a seguito dell'accettazione dell'eredità da parte dell'onorato, si abbia un automatico

²⁶⁵ Naturalmente, ove trattasi di onere a carico di un legatario, c.d. sublegato, l'accettazione non sarà necessaria in considerazione del fatto che l'acquisto del legato opera di diritto, salva la facoltà del legatario di rinunciare (art. 649 cod. civ.).

²⁶⁶ MACCARRONE G., *op. ult. cit.*, 650.

trasferimento della proprietà a favore del legatario, per cui il legato non produrrebbe effetti obbligatori ma reali anche se differiti e verrebbe meno il *discrimen* tra legato di cosa dell'onerato e legato di cosa del testatore. Da ciò deriverebbe che l'erede onerato che alieni a terzi il bene di sua proprietà oggetto della disposizione testamentaria, dopo la morte del testatore e dopo avere accettato l'eredità, realizzi una vendita di cosa altrui (cioè del legatario). Idem anche se l'alienazione avviene dopo l'apertura della successione ma prima dell'accettazione perché l'accettazione, avendo efficacia retroattiva, fa risalire l'acquisto del legatario alla morte del testatore.²⁶⁷ In realtà, è stato correttamente osservato²⁶⁸ che dall'art. 649, 2° comma, cod. civ. può ricavarsi il principio secondo il quale ogni volta che il legato abbia ad oggetto una cosa determinata o altro diritto non appartenente al testatore, la proprietà o il diritto non si trasmette dal testatore al legatario al momento della morte del testatore ma in un momento successivo, cioè al momento dell'adempimento dell'obbligo di dare in senso tecnico (trasferire) che sorge in capo all'onerato.

Anche nell'ipotesi del legato di cosa del terzo o dell'onerato, dunque, così come nel mandato (senza rappresentanza) ad acquistare (e ad alienare) beni immobili e beni

²⁶⁷ Così ALLARA M., *Principi di diritto testamentario*, cit., 157, che sostiene la tesi dell'efficacia reale differite del legato di cosa dell'onerato.

²⁶⁸ Cfr. CRISCUOLI, *Le obbligazioni*, cit., 163; ENRIETTI, *Le due categorie del legato di genere*, in *Vita notar.*, 1964, 477.; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, cit., 637. i quali sottolineano che proprio dall'art. 649 c.c. si evince se un legato ha effetti reali o obbligatori perché la norma, fissando i presupposti della ricorrenza dell'efficacia reale, implicitamente sancisce che, in mancanza di questi, il legato non può avere che mera efficacia obbligatoria.

mobili registrati, si assiste ad un' ipotesi legale di obbligazione di dare in senso tecnico e detta conclusione è stata avallata anche dalla Corte di Cassazione la quale, nell'affermare che il legato di cosa determinata costituisce un diritto di credito a carico dell'onerato ed a favore del legatario, ribadisce che se la cosa si trova, all'apertura della successione, nel patrimonio dell'onerato, obbliga quest'ultimo a trasferirne la proprietà al legatario perché il beneficiario non acquista direttamente ed immediatamente il legato all'apertura della successione ma solo dall'onerato in seguito all'adempimento dell'obbligo di trasferire, coercibile ex art. 2932 cod. civ.²⁶⁹

III.4 *Il collegamento tra contratto preliminare e contratto definitivo.*

Come anticipato nella prefazione, ai fini dello studio delle obbligazioni di dare in senso tecnico e, quindi, degli atti di adempimento traslativo con causa esterna, presenta interessanti spunti di interesse l'analisi del rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo sulla cui natura giuridica la dottrina si è a lungo interrogata. In particolare, per metterci in relazione all'argomento che ci occupa, è controverso se, ed in quali termini,

²⁶⁹ Così Cass 17 Marzo 1970 n. 694, in *Giur. It.*, 1970, I, 1817 ss; nella ricostruzione di Bianca C.M., invece, non può ricorrersi all'art. 2932 cod. civ. perché il legato di cosa dell'onerato ha effetti reali.

la causa del definitivo sia “esterna” e risieda nel preliminare e, conseguentemente, il contratto definitivo possa qualificarsi come negozio di adempimento traslativo con causa esterna, posto in essere in esecuzione all’obbligazione di dare nascente dal contratto.

Come è noto, il contratto preliminare è quel contratto ad efficacia puramente obbligatoria col quale le parti, o una di esse, si obbligano a stipulare, in un momento successivo, un ulteriore contratto, così detto definitivo, già interamente determinato nei suoi elementi essenziali.²⁷⁰ Con tale manifestazione di volontà le parti vogliono, da una parte, dimostrare la loro serietà di intenti e, dall’altra, cristallizzare una situazione, individuando, nelle linee principali, gli aspetti contrattuali finali. Per lungo tempo, una notevole parte della dottrina, posta di fronte al valore giuridico da riconoscere allo impiego della sequenza preliminare - definitivo, ha negato tale valore in base alle ragioni che sinteticamente si esprimono nella formula *causa circuitus vitandi*, formula che risalirebbe, addirittura, ad Alberto Galeotti, giureconsulto del XIII sec.²⁷¹ Oggi, invece, la dottrina unanime riconosce nel preliminare

²⁷⁰ Tale definizione acquistò larga diffusione nella nostra dottrina a seguito della classica monografia di COVIELLO L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno*, Milano, 1896, che l’autore trasse, poi, in “*Contratto preliminare*”, in *Enciclopedia giuridica italiana*, III, Milano, 1902, 68 ss. Anche dopo la promulgazione del codice civile l’orientamento prevalente non si discostò da questa definizione; vedi BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, 6^a ed., I, Torino, 1962, 371 ss; FORCHIELLI P., “*Contratto preliminare*”, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, 684; TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 40^a ed., Padova, 2001, 678 ss; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970; BERTUSI NANNI P., *Note sul contratto preliminare di donazione*, in *Riv. del Not.*, XXXVIII, 1984, 123 ss.

²⁷¹ Vedi JOANNES ANDREAE, *Speculum Guglielmi Durandi, pars tertia et quarta, Additio alla rubrica De obligationibus et solutionibus*, Francoforte, 1612, 339.

un momento della formazione progressiva del contratto o degli effetti contrattuali²⁷² e ritiene che la scissione temporale tra preliminare e definitivo risponda ad esigenze pratiche di primaria importanza che la dottrina ha esplorato con successo.²⁷³

Tuttavia, la questione della natura giuridica e della causa del contratto preliminare e del contratto definitivo è, tuttora, problematicamente aperta. In primo luogo, si è sottolineato ad esempio che, se il contratto è un negozio, e se il negozio è atto di autonomia, non c'è posto per due distinti contratti, di cui l'uno, il preliminare, sarebbe autonomo, e l'altro, il definitivo, sarebbe, invece, coatto: negozio e autonomia sarebbero correlati, negozio e coazione si escluderebbero a vicenda. Delle due l'una: o il c.d. definitivo sarebbe una pura dichiarazione dovuta, non negoziale, oppure, viceversa, il preliminare sarebbe una mera dichiarazione di trattativa.²⁷⁴ Come esaminato nel corso del primo capitolo, tuttavia, oggi la migliore dottrina afferma che negozialità e doverosità non si elidono a vicenda.

In secondo luogo, ci si è chiesti se nella sequenza preliminare-definitivo si assista a due negozi con un'unica causa, se causa del preliminare sia il contratto definitivo, o viceversa, se le cause dei

²⁷² MESSINEO F., *Contratto preliminare*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 162; SASSO C., *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971, 93

²⁷³ Un contraente preferisce impegnarsi a comprare, anziché comprare quando, volendo premunirsi contro i vizi, i difetti di qualità, gli inadempimenti e così via e volendo, parallelamente, stringere un vincolo giuridico, preferisce rinviare gli effetti reali al momento in cui lo stato di fatto e di diritto del bene gli sia meglio noto, in modo che una eventuale contestazione lo trovi legittimato passivo ad una azione di adempimento piuttosto che legittimato attivo ad una azione di risoluzione. CFR. GABRIELLI G., *Il contratto...*, cit., 137 ss.

²⁷⁴ Sacco R., *Il contratto*, Torino, 1975; cfr. MONTESANO L., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

due contratti rimangano distinte e separate ma fra i due momenti intercorra un collegamento negoziale. Una tesi, infatti sostiene che la giustificazione causale del definitivo sta nella produzione dei suoi effetti tipici (ad es. lo scambio di una cosa con un prezzo) ossia nella causa interna: ne segue, in un'ottica di svalutazione del nesso che lega i due contratti, l'irrilevanza dei vizi del preliminare qualora il definitivo sia di per sé validamente concluso (c.d. tesi dell'autonomia del definitivo o della causa interna). Secondo un'altra corrente di pensiero il definitivo ha la propria causa nell'adempimento dell'obbligazione di contrarre, cioè una causa esterna (c.d. tesi dell'adempimento o della causa solutoria): se ne deduce che l'invalidità del preliminare, eliminando la giustificazione esterna dello spostamento patrimoniale realizzato col definitivo, legittima la ripetizione di quanto prestato perché oggettivamente indebito. Le due dottrine conducono a risultati diversi riguardo alle conseguenze dell'"invalidità" del preliminare sul definitivo. Un esempio, fra gli altri. Nel caso in cui il preliminare sia rescindibile per lesione, secondo la teoria dell'adempimento il termine di prescrizione di un anno decorre dalla conclusione del preliminare, mentre per la tesi dell'autonomia il termine decorre nuovamente dalla conclusione del definitivo se è già decorso per il preliminare.²⁷⁵ Infine, la c.d. teoria della doppia causa: la causa del preliminare e quella del

²⁷⁵ Cfr. GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, 859. Cass. 22 novembre 1978 n. 5458 in *Foro it.*, I, 1206.

definitivo, sebbene in relazione tra di loro, sono autonome e, soprattutto, diverse. La causa del contratto preliminare ha effetti puramente obbligatori, l'obbligo di concludere un successivo contratto definitivo, mentre la causa del contratto definitivo è ad effetti reali in quanto dallo stesso deriverà il trasferimento del diritto.

La sequenza negoziale contratto preliminare-contratto definitivo è stata in studi recenti associata alla sequenza contratto obbligatorio (*titulus*) e negozio di adempimento traslativo con causa esterna (*modus*): anzi,, nonostante i giuristi italiani riconoscano l'autonomia concettuale e la funzione giuridica del preliminare si è comunque spesso portati a qualificare come preliminare ogni negozio ad effetti obbligatori in cui un soggetto si impegna a trasferire la proprietà di una cosa determinata mediante la stipulazione di un successivo negozio ad effetti reali, seguendo diffusa una tendenza ad intensificare ed assimilare il contratto da cui deriva l'obbligazione di dare in senso tecnico con il contratto preliminare di compravendita immobiliare.²⁷⁶

Questa tendenza affonda le sue radici nello stesso Code civil. I giuristi francesi, e per converso gli interpreti italiani, sono infatti dominati dagli artt. 1136 e 1138 *Code Napoléon* alla stregua dei

²⁷⁶ La tendenza ad inquadrare nella categoria del contratto preliminare ogni obbligazione di dare è emersa anche in giurisprudenza Cfr. Cass. 5147/87 e Cass. 9500/1987. Se, per fare degli esempi, il corrispettivo dell'appalto non è in danaro, ma consiste nell'obbligazione di trasferire beni immobili, dicono i giudici di legittimità, confermando il giudizio di merito, si è di fronte ad un contratto misto con elementi dell'appalto e del preliminare di vendita. Se il genitore si obbliga, nel verbale di separazione, a trasferire un immobile alla figlia egli stipula un contratto preliminare a favore del terzo.

quali l'assunzione stessa dell'obbligazione di dare (*donner*), accompagnata da quella di consegnare la cosa *rend le creancier propriétaire*. Inoltre, si fa riferimento ad un principio di inveterata tradizione secondo cui non è possibile obbligarsi a dare senza trasferire automaticamente il diritto al creditore; principio che trova fonte nell'art. 1589 *Code Napoléon* ai sensi del quale la *promesse de vente vaut vent, lorsqu'il ya consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*.²⁷⁷ Pertanto, l'obbligazione di dare ricondotta nell'alveo dell'obbligazione di *contrahere* e qualificata come obbligo di *facere*²⁷⁸ spesso anche in Italia trova la sua fonte in contratto preliminare: il contratto con cui le parti si obbligano a porre in essere un successivo atto di trasferimento della proprietà non sarebbe un contratto obbligatorio così come nell'ordinamento tedesco ma un vero e proprio contratto preliminare (*Vorvertrag*), un contratto cioè che impegna le parti a stipulare un successivo contratto definitivo (*Hauptvertrag*).²⁷⁹

²⁷⁷ Cfr. CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, XXXV, 1989, 237; *idem*, *il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 673.

²⁷⁸ Cfr., per la tesi che dal preliminare nasca un obbligo solo di *facere*, COVIELLO L., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. It.*, vol III, Milano, 1902; cap. II; MESSINEO F., voce *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. del dir.*, X ed., Milano, 1964, 166; BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1984, 191. Altri Autori ritengono che il venditore fosse obbligato a dare cfr già. DALMARTELLO, *La prestazione dell'obbligazione di dare*, in *Riv trim.*, 1947, I, 233; che il promittente venditore sia obbligato a far acquistare la proprietà alla controparte è oggi ribadito anche dalla giurisprudenza cfr. Cass. SS:UU: 27 Febbraio 1985 n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, 1698. Secondo, poi, DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 337, l'obbligazione del promittente venditore è una obbligazione sui generis che non può essere troppo facilmente avvicinata ad altre obbligazioni (di dare o di fare).

²⁷⁹ Cfr. BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VII, Torino, 1993, 97 il quale afferma che la "ricorrenza del tipo della vendita torna in discussione quando le parti prevedano un successivo atto negoziale che sia di per sé fattispecie sufficiente del trasferimento. Nel nostro ordinamento- dove non si ammette la libera creazione di negozi astratti- una siffatta possibilità sembra tuttavia confinata all'ipotesi in cui il successivo atto sia esso stesso

Altra dottrina ritiene, invece, che la perfetta coincidenza tra le due sequenze sia frutto di una forzatura dogmatica.²⁸⁰

Anzitutto, si è rilevato che nel caso della sequenza contratto obbligatorio - atto di adempimento traslativo *solvendi causa* il fondamento causale del negozio di adempimento è lo scambio dell'assunzione dell'obbligo di trasferire il diritto a fronte di un'altra prestazione, mentre nella sequenza preliminare- definitivo, nella fase del contratto obbligatorio, non vi è scambio di prezzo (se non di acconti), perché causa del preliminare è predisporre la stipulazione di un futuro contratto.

In secondo luogo, nel negozio di adempimento traslativo non ricorre la causa della compravendita, infatti se il negozio da cui trae giustificazione causale fosse un preliminare il *modus* dovrebbe prevedere uno scambio di cosa contro prezzo, e così non è. Da qui la giusta conclusione di attenta dottrina secondo la differenza tra l'obbligo di contrarre nascente dal preliminare e l'obbligo di porre in essere un atto di adempimento traslativo va colta sul piano della struttura ma della causa giustificatrice. L'obbligo nascente da un contratto preliminare si riferisce infatti alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale è la vendita) per cui il successivo atto traslativo è connotato da una causa propria (il trasferimento) ed è improntato ad una

un contratto traslativo causale. Come si avverte nel testo, la previsione darebbe luogo alla consueta sequenza: contratto preliminare-contratto definitivo”:

²⁸⁰ Cfr. MACCARRONE G., *Considerazioni d'ordine generale...*, cit., 680 ss; CAMARDI C., *Principio con sensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 2, 1998,

funzione negoziale tipica. Al contrario, nel caso di un atto di adempimento traslativo con causa esterna la causa del trasferimento non rispecchia una funzione negoziale tipica ma è la medesima causa del contratto consensuale, della quale causa costituisce attuazione.²⁸¹

Altra decisiva differenza tra le sequenza preliminare - definitivo *vs titulus – modus* può rinvenirsi nell'ambito dei rimedi. Ed infatti, è stato osservato, nelle sequenza contratto consensuale (*titulus*) atto di adempimento traslativo con causa esterna (*modus*) il problema della sorte del negozio di ritrasferimento in caso di invalidità di quello che ne prevede l'obbligo, risente di tutte le incertezze che gravano sulla qualificazione del primo e sulla causa che lo sorregge e, quindi, sulle conseguenze da legare alla sua mancanza. Così non avviene nella sequenza contratto preliminare – contratto definitivo, ove il contratto definitivo è, di per sé, potenzialmente in grado di giustificare il trasferimento anche in caso di invalidità del trasferimento (se si segue, come vuole la migliore dottrina, la teoria della doppia causa).²⁸²

Chiariti così i rapporti tra le due sequenza, è opportuno ricordare che dubbi sono sorti in merito alla natura giuridica del preliminare “ad effetti anticipati” (meglio: definitivo ad esecuzione anticipata) in cui si prevede a carico del promettete venditore l'obbligo di

²⁸¹ Così MARICONDA V., *Il pagamento traslativo...*, cit., 756.

²⁸² CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 2, 1998,

pagare in tutto o in parte il prezzo ed a carico dal promissario acquirente l'obbligo di consegnare la cosa.

In tal caso, ci si è chiesti fino a che punto gli effetti del definitivo si possano anticipare senza snaturare il contratto definitivo.

Esso è stato a volte definito come mero contratto definitivo altre volte come semplice contratto preliminare. Il primo orientamento prevaleva nella giurisprudenza pre - codice, per cui la successiva stipule del definitivo si inquadrava nella figura del negozio riproduttivo o di ripetizione del negozio.²⁸³ Nel secondo senso si è espressa, invece, la dottrina più autorevole secondo la quale se anche con il preliminare si adempisse per intero alle obbligazioni in esso previste, in particolare al versamento dell'intero prezzo concordato nonché alla consegna del bene stesso, questi saranno semplici atti di esecuzione e nondimeno il contratto preliminare non produrrà effetti reali, conservando la sua natura obbligatori; il trasferimento del diritto si avrà comunque solo alla stipula del definitivo.²⁸⁴ Gli effetti del contratto definitivo, in buona sostanza, si possono anticipare, anche nella loro totalità, ma mai fino a determinare il trasferimento del diritto perché solo il definitivo ha causa traslativa; tanto è vero, si ribadisce, che, in caso di consegna

²⁸³ Cfr. Cass SS. UU. 8 Ottobre 1925, in *Man. Trib.*, 1926, 455; post codice '42 v. App. Roma, 22 Ottobre 1959, in *Temi rom.* 1960, 255.. In dottrina v. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, 43 il quale esclude il carattere contrattuale del definitivo qualificandolo come mero atto di adempimento, con funzione documentativa.

²⁸⁴ Cfr. BIANCA C.M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, 139; RUBINO, *La compravendita*, cit., 32 ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato Iudica Zatti*, p; in giurisprudenza Cass. 5 Dicembre 1980 n. 5940, in *Foro it.*, 1981, 1113.

del bene, da questa non scaturirà il possesso idoneo a consentire l'usucapione del bene stesso.²⁸⁵

La giurisprudenza prevalente ritiene in generale che il pagamento del prezzo così come la consegna del bene, altro non siano che prestazioni accessori rispetto all'obbligo principale di stipulare il contratto definitivo.²⁸⁶ Sulla base di questa considerazione, una recente dottrina ha affermato, contrariamente a quanto esposto, che quando dette prestazioni accessorie siano il pagamento dell'intero prezzo e la consegna del bene al promissario acquirente, e vengano anticipati totalmente gli effetti del definitivo, il preliminare fuoriuscirebbe dallo schema suo tradizionale.²⁸⁷ In tale caso, secondo la tesi in esame il definitivo si ridurrebbe a mero atto di adempimento traslativo *solvendi causa* e si riproporrebbe la scissione tipica del diritto romano (e germanico) secondo cui il *titulus* (contratto preliminare) non trasferisce ma obbliga a trasferire occorrendo all'uopo il *modus* (contratto definitivo).

²⁸⁵ Il nostro sistema, infatti, non riconosce una vendita dalla quale sia staccato il trasferimento per cui una eccezione alla regola conensualistica porta alla creazione di un contratto innominato n la cui validità è condizionata alla rispondenza all'art. 1322, 2° comma, cod. civ.. Cfr. PORTALE G.B., *Principio consensualistico...*, cit., 933;

²⁸⁶ Cass. 23 aprile 1980 n. 2679, in Foro it., 1981, 177; Cass. 11 agosto 1982 n. 4562 in Rep. Foro it., 1982, voce Vendita n.16. In dottrina si veda GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 169.

²⁸⁷ CHIANALE A., Il preliminare di vendita immobiliare, in *Giur. It.*, 1987, 688; Id., *Considerazioni di ordine generale...*, cit., 685; DE MATTEIS, *Preliminare di vendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1985, II, 139 i quali rilevano come in caso di preliminare ad effetti anticipati, all'atto del definitivo non si assisterebbe a versamento di prezzo, cui si è già adempiuto in fase di preliminare e, pertanto, mancherebbe la causa della vendita (scambio di cosa contro prezzo) riducendosi il definitivo a mero atto esecutivo.

III.5 Segue. Il preliminare di donazione come fonte di una obbligazione di dare.

La costituzione di una obbligazione a concludere un futuro contratto ha posto il problema relativo alla possibilità di utilizzare tale fattispecie per particolari contratti definitivi. Si è così discusso dell'ammissibilità di un preliminare di società,²⁸⁸ di un preliminare di contratto reale,²⁸⁹ di un preliminare di donazione.

Certamente peculiare, ai fini del presente lavoro, è la figura del preliminare di donazione. L'idea della coercibilità è stata da sempre ritenuta, sia in dottrina²⁹⁰ che nella giurisprudenza di merito²⁹¹ e di legittimità,²⁹² incompatibile con la spontaneità dello spirito di liberalità tipico della donazione: la promessa di donazione, infatti, fa nascere a carico del committente un obbligo di donare che è in evidente contrasto con la spontaneità della

²⁸⁸ Dalla natura contrattuale dello atto costitutivo delle società sia la dottrina che la giurisprudenza concordano nel ritenere possibili un contratto preliminare di società: cfr. DISTASO N., *Il contratto preliminare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1978, I, 376 ss.

²⁸⁹ V. SASSO C., *IL contratto preliminare...*, cit., 3.

²⁹⁰ BALBI G., *La donazione*, cit., 80 ss.; IACOVINO C., TAVASSI V., CASSANDRO T., *La donazione*, Milano, 1996, 50 ss.; GIANNATTASIO G., *Delle successioni, divisione – donazione*, in *Comm. cod. civ.*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980; GARDANI CONTURSI LISI L., *Le donazioni*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretto da Bigiavi W., 1967, 123.

²⁹¹ V. Trib. Pistoia, 8 maggio 1981, *Giust. Civ.*, 1982, I, 307 ss. con nota di COLLURA G., “*In tema di contratto a favore di terzi e di promessa di donazione*”; Trib. Larino, 30 dicembre 1955, in *Rep. Foro It.*, 1956, n. 37; Trib. Verona, ordinanza 27 giugno 2000, in *Giur. cost e civ.*, 2001, I, 3424 con nota di TASSONE B., “*Qualche apertura sul preliminare di donazione?*”; App Venezia, 30 settembre 1915, in *Foro It.*, 1916, I, 123; App Bologna, 21 agosto 1934, in *Foro It.*, 144;

²⁹² Vedi Cass. Sez. Un., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. It.*, 1976, I, 1, 1913 ss; Cass. 12 giugno 1979, n. 3315, *Foro It.*, 1981 I, 1702 ss., con nota di DI LALLA; Cass. 19 novembre 1979, n. 6040, in *Riv. Not.*, 1980, 1546, con nota di D'AMBROSIO M., “*Contratto preliminare e contratto definitivo, contratto preparatorio e preliminare del preliminare*”; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6581, in *Riv. Not.*, 1981, II, 724; Cass. 15 gennaio 1986, n. 171, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 242, con nota di PUGLIESE A., “*Contratto preliminare, donazione indiretta ed interposizione fittizia di persona*”; Cass., sez. I, 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Contratti*, 1997, 460, con nota di BONILINI G., “*Preliminare di donazione da parte di enti pubblici*”.

volizione donativa.²⁹³ Si è autorevolmente opposto²⁹⁴ che l'elemento della spontaneità, se manca nel contratto definitivo di donazione, non farebbe difetto nella promessa di donare; inoltre, la spontaneità del volere è caratteristica di ogni contratto e risulta giuridicamente alterata solo nelle determinate ipotesi previste dal legislatore (per esempio, errore, violenza e dolo); ciò significa che la natura negoziale di una fattispecie sussiste anche là dove il contratto definitivo si pone quale attuazione di una obbligazione assunta in funzione della successiva stipulazione.

La dottrina è restia, inoltre, ad ammettere la validità di un preliminare di donazione anche per il divieto di donare beni futuri, sancito dall'art. 771, 1° comma, cod. civ. Tali andrebbero considerati i beni oggetto del contratto definitivo rispetto al preliminare di donazione.²⁹⁵ A questa ricostruzione si obietta che la promessa di donazione deve essere concepita come rivolta non già ad una donazione di beni futuri, bensì ad una donazione futura di beni.²⁹⁶

In via preliminare bisogna, dunque, risolvere la diatriba relativa alla possibilità che la volontà del donante possa essere coartata a causa di obbligazioni precedentemente assunte.²⁹⁷

²⁹³ Pesa sul nostro diritto l'ipoteca di foggia francese che esclude qualsiasi dilazione nell'esecuzione. *Donner et retenir ne vaut*, recita un antico brocardo francese che ha influenzato per tanti anni la nostra dottrina.

²⁹⁴ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, I, 9^a ed., Milano, 1972, 25 ss.

²⁹⁵ BALBI G., *La donazione*, cit., 104.

²⁹⁶ Così MESSINEO F., *Manuale...*, cit., 26.

²⁹⁷ Al riguardo, PERCHINUNNO R., *Il contratto*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di Rescigno P., II, Padova, 1994, 171 ss.; BISCONTINI G., *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 577. Originale, infine, ma non più riproponibile

Non è essenziale affrontare in questa sede l'annosa questione relativa al preliminare di donazione. E' sufficiente sottolineare che la dottrina più recente reputa che esso sia valido:²⁹⁸ così come lo era nelle fonti romane.²⁹⁹ . Peraltro, anche in ambito donativo il

alla luce del nuovo dettato legislativo, l'indagine volta ad ammettere la figura del preliminare di donazione attraverso un'analisi del 4° comma dell'art. 782, relativo alla donazione a persona giuridica;[□] comma oggi abrogato dalla L. 15 maggio 1997 n. 127. Questa norma, che, a sua volta, modificava l'art. 11 L. 848 del 1929, recitava che il donante può revocare la propria proposta fino a che non gli sia stata notificata la domanda di autorizzazione ad accettare da parte dell'ente destinatario della liberalità, in conseguenza della quale resta vincolato alla proposta per un anno.

Dal momento in cui il donante si era impegnato, la legge *bloccava* il suo potere di disporre e la conclusione del contratto poteva avvenire anche in un momento in cui il donante non volesse più compiere quella liberalità. Il che era davvero singolare rispetto alla prospettiva di una ipotetica, assoluta, "spontaneità" della donazione. Inoltre, all'infuori di questa norma speciale, si riteneva che se il donante avesse manifestato in modo evidente, anche per *facta concludentia*, la volontà di non mantenere il proprio impegno, si dovesse negare rilevanza a questa revoca.

Ad esempio, se il donante avesse, nel frattempo, alienato a terzi il bene oggetto della donazione, l'alienazione non era opponibile all'ente donatario che, tuttavia, avesse diligentemente proceduto alle formalità necessarie per accettare. Si riteneva, inoltre che, nel periodo concesso alla persona giuridica per svolgere le formalità necessarie all'accettazione di cui all'art. 782 cod. civ., si verificava la stessa situazione giuridica contemplata nell'art. 1329 cod. civ: si sarebbe trattato, cioè, di una, cosiddetta, *proposta a fermo*.

Ad eccezione della diversa fonte (l'una volontaria, l'altra normativa), dell'irrevocabilità della proposta, è notevole la somiglianza, anche letterale, delle due disposizioni. Pertanto, si è ritenuto applicabile analogicamente l'art. 1329, 2° comma, cod. civ. al contratto di donazione. In questi casi, dunque, il risultato finale, pur attraverso un procedimento di formazione più complesso, restava sempre un contratto di donazione *sufficientemente spontaneo* tanto è vero che dottrina e giurisprudenza erano concordi nel riconoscere ad essi piena validità.

Conseguiva da ciò che, se si riteneva valida la possibilità di applicare al contratto di donazione l'art 1329 cod. civ., per l'integrazione dell'autonomia privata operata direttamente dalla legge, ai sensi dell' art 782 cod. civ., non si vedeva come si potesse negare al donante la possibilità di vincolarsi spontaneamente nei confronti di un qualsiasi donatario, persona fisica o giuridica che fosse. Secondo l'art. 782, 4° comma, era, dunque, la legge stessa ad imporre che donante rimanesse vincolato alla propria proposta senza che, peraltro, dottrina e giurisprudenza avessero mai adombrato che tale disposizione legislativa fosse in contrasto con lo spirito di liberalità e l'*animus donandi*. Per quanto suggestive fossero le argomentazioni addotte dall'interprete non si può, tuttavia, mancare di rilevare che la *ratio* giustificativa dell'art. 782, 4° comma, cod. civ., era profondamente diversa di quella alla base dell'art. 769 cod. civ., regolante, invece, la donazione a persona fisica. L'irrevocabilità della donazione ai sensi del comma abrogato, infatti, rispondeva ad una logica sensibile ai diversi tempi ed alle diverse modalità di "operare" della persona giuridica rispetto alla persona fisica.

²⁹⁸ Sull'ammissibilità del preliminare, in via di massima, di qualsiasi tipo, v. SACCO R., in SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, cit., 267; v., inoltre, BIANCA C.M. *Diritto civile*, cit., 190 ss., il quale esclude i negozi familiari, il testamento, la donazione; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, 2^a ed., II, Milano, 1982, 847 ss.; BARBERO, *Sistema del...*, cit., 687; FORCHIELLI, P., *Della divisione*, in *Commentario*, a cura di Scialoja – Branca, Zanichelli, Bologna, 1970, 172 ss.

²⁹⁹ Gli interpreti del diritto romano, infatti, Hanno ritenuto valida la promessa di donazione, considerandola come donazione con effetti obbligatori, per cui una parte si obbligava verso l'altra a dare gratuitamente una cosa. Ma, poiché non si ammetteva perfezione della donazione senza consegna della cosa donata, così si considerava come atto di donazione definitiva la consegna della cosa, piuttosto che l'obbligo assunto gratuitamente di consegnarla . Cfr. VON SAVIGNY F. C.,

preliminare può avere una sua qualche utilità; si deve tenere conto del fatto che la donazione è contratto e che la presenza di interessi contrapposti induce a ritenere che entrambe le parti debbano trovare adeguata tutela, così che il consenso inizialmente prestato possa essere ritratto solamente in ipotesi del tutto eccezionali (vedi art. 800 cod. civ.).³⁰⁰ Potrebbe essere lo stesso donante, a causa di un *modus* ritenuto di particolare interesse, a volere la conclusione del successivo (definitivo) contratto di donazione; oppure il donatario, a causa di un mutamento dei propri sentimenti nei confronti del donante, potrebbe preferire non contrarre debiti di riconoscenza e obbligazioni. All'opposto, il rifiuto del donante di concludere il contratto definitivo potrebbe danneggiare il donatario che, ad esempio, si fosse fatto convincere dal donante a non acquistare, a condizioni particolarmente vantaggiose, un bene analogo a quello oggetto della donazione da stipulare. L'esistenza di questi interessi, che possono essere rilevanti per la conclusione del successivo contratto, inducono a riflettere sulla opportunità di ammettere il c.d. preliminare di donazione.

Una volta ammessa la possibilità di un preliminare di donazione, ai fini del presente lavoro non può prescindersi dal fare riferimento alla originale tesi avanzata da autorevole dottrina³⁰¹

Sistema del diritto romano attuale (System des heutigen Romoschen Rechts), trad. it. di Scialoja,, IV, Torino, 1889, 143 ss.; LEVY J. PH., *Essai sur la promesse de donation en droit romane*, in *Melanges de Vissaler*, 2^a ed., Bruxelles, 1949, 91 ss.

³⁰⁰ OSTIG., *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, 470.

³⁰¹ Sin d'ora si veda TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1956. secondo cui il preliminare di donazione sarebbe un contratto

secondo la quale, lo stesso dovrebbe giuridicamente riqualeificarsi come contratto (definitivo) di donazione obbligatoria dalla quale discende l'obbligazione di un successivo atto di adempimento traslativo con causa "esterna", esecutivo dell'obbligo precedentemente assunto. Il contratto preliminare, se vestito con la forma pubblica e concluso con *animus donandi*,³⁰² qualora contenga la precisa indicazione del diritto che si vuole donare, ancorché qualificato come promessa di donazione, si può ben considerare come donazione definitiva piuttosto che come fonte di obbligo a donare.³⁰³ Nel contratto obbligatorio emergerebbe lo spirito di liberalità, atto a qualificarlo come donazione, e l'atto esecutivo traslativo verrebbe ad essere giustificato da una causa esterna, cioè di adempimento all'obbligo assunto con il contratto (preliminare) di donazione. In tal caso, sarà l'interpretazione della volontà delle parti utile ad accertare se queste, qualunque sia la qualificazione data, abbiano voluto porre in essere l'atto definitivo o, semplicemente, impegnarsi a compierlo: talvolta, infatti, quelle che si qualifica come promessa altro non è che la donazione definitiva cui seguirà un atto di adempimento traslativo *solvendi*

(definitivo) di donazione obbligatoria dalla quale discende l'obbligazione di concludere un ulteriore contratto in adempimento del primo.

³⁰² E', d'altronde, noto, come già rilevato, che spesso il salvataggio della promessa di donazione, anche volendo, non risulterebbe praticabile proprio per la mancata vestizione della stessa con la forma del definitivo, cioè con l'atto pubblico. V. ad es., Trib. Pistoia, 8 maggio 1981: *...promessa di donazione...è nulla...perché dovrebbe rivestire la forma...dell'atto pubblico...*; Cass., 24 gennaio 1979, n 526, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, n. 9, 935: *...anche a prescindere dalla inammissibilità di un preliminare di donazione, il contratto in questione deve ritenersi nullo per mancanza dell'atto pubblico..*; cft, inoltre, Cass. 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro It.*, 1987, I, 805 ss.

³⁰³ Ritiene, invece, che solo il definitivo debba essere considerato donazione BISCONTINI G., *Eseguità del contratto preliminare ...*, cit., 573.

causa..³⁰⁴ Così argomentando, il preliminare di donazione, qualora e solamente se ricorra l'*animus donandi*, non costituirebbe altro che una donazione obbligatoria, legislativamente prevista all'art. 769 del nostro codice civile, avente ad oggetto una successiva consegna materiale, ovvero un'obbligazione di dare in senso tecnico, nell'accezione che è stata più volte ribadita nel corso del presente lavoro.³⁰⁵ Questa soluzione abbraccia una duplicità di ipotesi. Da una parte, il caso del preliminare di una donazione con effetti non obbligatori ma traslativi; dall'altra, l'ipotesi di donazione obbligatoria, di cui all'art. 769 cod. civ.: in entrambe le figure emerge la necessità di individuare la causa degli atti solutori che seguono, rispettivamente, il "preliminare" (*rectius*: il contratto definitivo) di donazione con effetti traslativi e la donazione obbligatoria.

La qualificazione di atto di adempimento di un pregresso obbligo di donare espone lo stesso ad esecuzione specifica, ex art. 2932 c. c., dell'obbligo di concludere il contratto, per cui, non solo il donante sarebbe giuridicamente obbligato a donare, ma il promissario potrebbe ottenere una sentenza producente gli effetti della donazione non conclusa.³⁰⁶ Quest'ultima soluzione, tuttavia, è giudicata non ripugnante o assurda ed opinabile, essendo già pacificamente ammessa l'azione di evizione e la revocatoria per il

³⁰⁴ BIONDI B., *Le donazioni*, cit., 1004 ss.

³⁰⁵ Così SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, cit., 268; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998, 82.

³⁰⁶ TORRENTE A., *La donazione*, cit., 243.

caso di alienazione, nel periodo di attesa, del bene proposto in donazione ad una persona giuridica.³⁰⁷

III.6 *I conferimenti di proprietà nelle società di persone.*

L'obbligazione di dare in senso tecnico, secondo un'interpretazione,³⁰⁸ si ritrova anche nel trasferimento della proprietà di un bene mobile o immobile da effettuarsi a titolo di conferimento, in una società di persone.

E' d'obbligo sin da ora precisare che la tesi in esame non può trovare applicazione in relazione alle società di capitali perché l'art. 2342, 3° comma, in materia di società per azioni, stabilisce che se un socio conferisce un bene in natura, le azioni corrispondenti a tale conferimento devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.³⁰⁹

All'uopo è opportuna una breve digressione. Il principio dell'immediata liberazione dei conferimenti in natura era presente *in nuce* nel codice del commercio del 1882 il quale, all'art. 131, 10 comma, cod. comm., stabiliva che, per procedere alla costituzione della società anonima, era necessario il versamento di almeno tre decimi dei conferimenti in numerario. In questa norma la dottrina

³⁰⁷ LENZI R., *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno P., Padova, 1994, 222 ss.

³⁰⁸ Cfr. CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e...*, cit., 241.

³⁰⁹ V. PORTALE G.B., *Principio con sensualistico e conferimento di beni in proprietà*, cit., 914 e 945 ss.

prevalente trovava conferma della tesi secondo cui il legislatore aveva voluto così assicurare, nel miglior modo possibile, la reale esistenza e la disponibilità del capitale sociale, base dell'ente collettivo,³¹⁰ sottolineando che questa disposizione tendeva in primo luogo a difendere la società da sottoscrizioni fatte “alla leggera da speculatori più o meno solvibili e colla intenzione di guadagnare sulla rivendita immediata delle azioni”.³¹¹ Il principio non è stato espressamente inserito nel codice del 1942 sin dalla sua emanazione; basandosi su questa circostanza parte delle dottrina aveva negato la necessità dell'integrale liberazione immediata dei conferimenti aggiungendo, a riprova di ciò, che l'assoggettamento del conferimento di beni in proprietà alle norme regolanti il passaggio dei rischi nella vendita avrebbe permesso di affermare che alla sottoscrizione delle azioni non necessariamente doveva seguire l'immediato trasferimento dei beni.³¹² Tuttavia, nonostante mancasse una norma *ad hoc*, altri dati normativi disponevano a favore dell'esistenza del precetto dell'integrale liberazione all'atto della sottoscrizione delle azioni; tra queste la mancata previsione della circolazione di partecipazioni sociali corrispondenti ad a

³¹⁰ Cfr. *Relazione* MANCINI, *Della sottoscrizione del capitale sociale*, in GALDI, *Il codice del Commercio*, I, 1, Napoli, 1888, 323.

³¹¹ Cfr. GAMBARDELLA, *Formazione e variazioni di capitale nelle società anonime*, Milano, 1920, 5. Analogamente gli interpreti del diritto francese precisavano che il principio della liberazione integrale delle c.d. azioni di apporto non trovava applicazione nei confronti dei conferimenti aventi per loro natura carattere “successivo e continuativo”, mentre erano idonei a costituire oggetto di apporto nella società anonima, oltre al diritto di proprietà, i diritti personali di godimento e l'attività lavorativa (cfr. HAUTCOER, *Les apports à la prestations successives ou continues*. Thèse, Lille, 1928, 40).

³¹² Così FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1963, 118 ss. *Contra* PAVONE LA ROSA A., *Il registro delle imprese*, Milano, 350.

conferimenti in natura non integralmente liberati, a differenza delle partecipazioni liberate.(art. 2345 pre-riforma).

Il principio dell'integrale immediata liberazione dei conferimenti in natura nelle società di capitali è stato infine recepito dal codice vigente (art. 2342, 3° comma, cod. civ., modificato dal D.P.R. 30/1986) ed è pacifico che il contratto di società di capitali produca effetti immediatamente traslativi in ordine ai conferimenti in natura in ottemperanza anzitutto al dato normativo, poi al principio consensualistico nonché di tutela dei creditori sociali, per i quali il capitale sociale, nelle società di capitali, costituisce unica ed esclusiva garanzia.

Ritornando all'indagine relativa alle società di persone, l'art. 2286, 3° comma, cod. civ., come richiamato dagli art. 2293 e 2315 cod. civ. (rispettivamente in materia di s.n.c. e di s.a.s.), prevede la possibilità di escludere il socio che si è obbligato "con il conferimento a trasferire la proprietà di una cosa se questa è perita prima che la proprietà sia acquistata dalla società". Questa disposizione suggerisce che si possa scindere la stipulazione del contratto di società, con il quale il socio si obbliga a conferire una determinata cosa in proprietà, dall'esecuzione del conferimento attuata attraverso un atto di adempimento negoziale³¹³ e di ciò sarebbe riprova l'art. 2253 cod. civ., laddove dispone che il socio è

³¹³ CHIANALE A., *Obbligazione di dare e atti traslativi...*, cit., 241; v. anche SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 362 il quale ammette l'obbligazione di trasferire i beni oggetto di conferimento anche nelle società di capitali.

obbligato ad eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale.

In dottrina si è riconosciuto che, sebbene il contratto di società normalmente produca effetti reali l'art. 1376 cod. civ. sia derogabile e consenta ai contraenti di derogare a tali effetti ed obbligarsi a trasferire la proprietà del bene con un atto ulteriore.³¹⁴

Gli studi relativi ad una possibile deroga al principio del consenso traslativo della proprietà in materia di conferimenti in natura nelle società di persone, e quindi della configurabilità di una obbligazione di dare in senso tecnico, hanno ricevuto particolare input a seguito di una nota sentenza della Corte di Cassazione³¹⁵ nella quale si legge che l'atto di conferimento, quale che ne sia il contenuto, è atto di adempimento del contratto di società, in quanto con esso viene attuato l'impegno assunto con quel contratto. Il conferimento, continua la Corte, presuppone il perfezionamento del vincolo sociale e l'assunzione della qualità di socio da parte del conferente perché se mancasse il patto sociale, o la qualità di socio non fosse assunta, il contratto medesimo sarebbe privo di causa.

La sentenza di cui sopra aderisce a quella tesi secondo cui nell'ipotesi di conferimento in natura della proprietà di un bene o altri diritti reali non si abbia un contratto traslativo iniziale

³¹⁴ CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit. 302 ss.

³¹⁵ Cass. 24 maggio 1965 n. 999, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 125. In senso conforme Cass. 25 novembre 1980 n. 6266, in *Foro it on line* e Cass. 31 ottobre 1981 n. 5762, in *Foro it.*, 1982, I, 723. *Contra* Cass. 20 giugno 1968, n. 2046, in *Dir. fall.*, 1968, II, 994 secondo cui il contratto di società ha sempre effetti reali ex art. 1376 cod. civ; nonché una giurisprudenza che rinviene nel meccanismo del conferimento la sequenza preliminare- definitivo

(contratto di società) ed un successivo atto di consegna del bene ma un negozio iniziale (contratto di società) costitutivo di una obbligazione di trasferire cui segue un atto consensuale di esecuzione, ad effetti reali, che potrebbe essere contestuale al primo.³¹⁶

Questa tesi faceva, e fa, leva essenzialmente sugli artt. 2251 e 2643, n. 10, cod. civ, concernenti rispettivamente la forma e la trascrizione del contratto di società; sugli art. 2253, 1° comma, cod. civ. e 2286, 3° comma, cod. civ., le cui disposizioni sono state sopra riportate; sulla esistenza nel nostro ordinamento di contratti (quale, ad es., il mandato ad acquistare beni immobili) che, pur essendo diretti ad un effetto finale traslativo, non lo producono direttamente essendo necessario il compimento di un successivo atto esecutivo.

Riguardo anzitutto agli artt. 2251 e 2643 cod. civ., secondo una tesi gli obblighi relativi alla forma ed alla trascrizione riguarderebbero l'intero contratto di società, che vi sarebbe soggetto anche se solo un socio effettuasse conferimenti immobiliari.³¹⁷ Secondo un'altra corrente di pensiero, invece, le norme suddette riguarderebbero non il contratto di società ma solo il "conferimento" avente per oggetto beni soggetti a prescrizioni di

³¹⁶ SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, I, Bologna, 1949, 144 VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, Firenze 1950, 28, cui si fa risalire l'origine della tesi in oggetto; affermava che conferimento non equivale a "tradizione, versamento della quota, ma semplicemente l'obbligo di dare, di fare godere alla società la prestazione promessa". *contra* PAVONE LA ROSA A., *Il registro delle imprese*, cit., 349; ASCARELLI T., *In tema di conferimenti in natura*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, II, 660 in nota. La tesi in oggetto è legata al pensiero di Valeri

³¹⁷ Cfr. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, 293

forma e pubblicità, anche se il conferimento non dovrebbe essere considerato un atto distinto dal contratto di società ma un “frammento” dello stesso.³¹⁸ Altri Autori, invece, negano che in materia societaria trovi applicazione il principio del consenso traslativo e affermano che l’art. 2251 e l’art 2643, n. 10, cod civ., si riferiscano non al contratto di società ma all’atto traslativo esecutivo che il socio deve compiere per adempiere all’obbligazione assunta con il contratto di società.³¹⁹ Queste norme, tuttavia, sono state ritenute insufficienti per stabilire se nel contratto di società operi o meno il principio consensualistico; al limite, potrebbero far sorgere il dubbio che l’obbligo di forma riguardi l’intero contratto di società o unicamente il conferimento se ha ad oggetti beni immobili o beni mobili registrati.³²⁰

Anche l’art. 2253, 1° comma, cod. civ., secondo cui il socio è obbligato a eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale non gioverebbe a sostenere la tesi della deroga al principio consensualistico perché la stessa sancirebbe piuttosto il principio che la maggioranza non può imporre al socio, senza il suo consenso, nuovi obblighi oltre quelli previsti dal contratto sociale a conferma di ciò si sottolinea che questa norma riprodurrebbe la norma contenuta nell’art. 1709, 1° comma, cod. civ. del codice del

³¹⁸ FERRI G., *Delle società*, in *Commentario de codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968, 86

³¹⁹ SACCO R., *La proprietà*, Torino, 1968, 159.; RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 73 il quale con riferimento al contratto di associazione afferma che atto costitutivo non sono soggetti ad obbligo di forma se in essi viene semplicemente assunto l’obbligo di conferire; sarà poi il negozio di adempimento soggetto ad onere di forma.

³²⁰ PORTALE G. B., *Principio consensualistico e...*, cit., 917.

1865, il quale a sua volta richiamava l'art. 1845, 1° comma, *Code Napoléon*: “ *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter*”.

In definitiva, dunque, le norme *infra* citate non giustificerebbero in materia societaria deroghe all'operatività del principio consensualistico, considerato altresì che il legislatore del '42, nel formulare l'art. 2286, 3° comma, consapevole dei dubbi interpretativi causati dalle espressioni usate negli artt. 186, 2° comma, cod. comm e 1731 , 1° comma cod. civ. it. 1865, che ponevano l'incidenza del rischio a carico del socio conferente nei casi in cui, per volontà delle parti o per la natura dei beni apportati, l'effetto reale non conseguiva alla sottoscrizione del contratto sociale³²¹, ha precisato che nell'ipotesi di conferimento di beni in proprietà, il trasferimento del rischio è collegato non alla consegna ma all'effetto reale per cui, qualora il bene dovesse perire, il socio può essere escluso solo se questo evento si verifichi prima dell'acquisto della titolarità da parte della società.

E' stato, tuttavia, autorevolmente osservato che siffatta ricostruzione del'art. 2286, 3° comma, cod. civ., sarebbe illegittima proprio ove restringerebbe la sfera normativa di questa norma ai “confini di una ipotesi eccezionale” in quanto la stessa recherebbe una formulazione “assai chiara” in senso contrario alla

³²¹ L'art. 1731, 1° comma cod. civ. it., 1865 affermava che “se uno dei soci ha promesso di mettere in comunione la proprietà di una cosa e questa perisce prima che sia stata realmente conferita, la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci. Il rischio, cioè, era in funzione della consegna della cosa conferita anziché del trasferimento della proprietà.

tesi che attribuisce al contratto di società natura traslativa.³²² Quanto affermato sembrerebbe potersi desumersi dalla stessa lettera della legge che si avvicina più a quella dell'art. 1706, 2° comma, che testualmente impone al mandatario di ritrasferire al mandante il bene immobile acquistato per conto di questi, piuttosto che all'art. 1476, n. 2, cod. civ., che, con riferimento alla c.d. vendita obbligatoria pone sul dante causa l'obbligo di far acquistare la proprietà al compratore ma non anche una obbligazione di dare in senso tecnico.³²³ Nonostante detta similitudine, lo stesso autore osserva che non è sufficiente a fondare la deroga al 1376 cod. civ. perché nella società la vicenda traslativa si svolge direttamente tra questa ed il socio conferente senza coinvolgere, a differenza che nel mandato, sfere giuridiche di altri soggetti. Inoltre, il richiamo di cui all'art. 2286, 3° comma all'obbligo di trasferire sembrerebbe più che altro un residuo della vecchia concezione secondo cui, qualora il consenso non bastasse a produrre immediatamente l'effetto traslativo, nasceva l'obbligo di un contratto separato: questa concezione, però non è stata recepita ed infatti, ad es., l'art. 2254, 1° comma, rinvia alle norme che disciplinano il passaggio del rischio nella vendita, che nel nostro sistema, come già detto, è legato al trasferimento di proprietà.

In conclusione, allora, nel nostro sistema giuridico non esistono dati normativi volti a sottrarre il contratto di società dalla regola

³²² Così PUGLIATTI S., *La rappresentanza indiretta*, cit., 83

³²³ Così PORTALE G.B., *Principio consensualistico e..*, cit., 930 ss.

generale del consenso traslativo. Ci si è, tuttavia, chiesti se in materia societaria l'autonomia privata possa escludere l'operatività di questo principio; in altre parole, se sia possibile inserire nel contratto societario una clausola atipica che, nel caso di conferimento di beni in proprietà, ricollegli l'effetto reale, anziché al contratto, ad un separato negozio dispositivo, destinato a dare esecuzione ad un'obbligazione di dare nascente dal primo. Questo quesito presuppone la risoluzione di due questioni preliminari di cui ci siamo occupati nel corso del primo capitolo e cioè il problema della derogabilità della regola consensualistica ed il dilemma del continuare a considerare tipico il contratto in cui si deroghi all'art. 1376 cod. civ. Se al primo quesito si è fornita, attraverso anche l'analisi di fattispecie già presenti nel nostro ordinamento, risposta positiva, maggiori dubbi vi sono per il secondo perché, come si è sottolineato in quella sede, vi sono contratti, come la vendita (anche quella c.d. obbligatoria) in cui escludere in trasferimento della proprietà e prevedere per esso la mediazione di un obbligo di dare significa snaturare il contratto stesso previsto dall'art. 1470 cod. civ., essendo il trasferimento un *essentiale negotii*. La stessa conclusione, tuttavia, non può trarsi in relazione ad altri contratti nei quali la prestazione traslativa costituisce soltanto un elemento eventuale dello schema del contratto; in cui, cioè, il trasferimento non può essere considerato

un connotato distintivo del tipo³²⁴ per cui rispetto ad essi non sarebbe corretto sostenere che porterebbe alla conclusione di un contratto innominato la clausola che scinda contratto consensuale e atto di disposizione. Un esempio di contratto ad effetti reali eventuali può essere rinvenuto nella transazione poiché rientra nello schema transattivi ogni fattispecie, quale che sia la natura delle prestazioni ad essa collegate.³²⁵ Un altro esempio, può certamente essere costituito proprio dal contratto di società³²⁶ la cui nota qualificante non è data dalla specie delle prestazioni dei soci ma dal modo in cui esse sono collegate volendo con il contratto di società esercitare in comune un'attività allo scopo di dividerne gli utili.

In conclusione, non sembra errato affermare che, in sede di costituzione (o aumento di capitale) con conferimento di beni in proprietà, nelle società di persone, un eventuale patto che escludesse l'effetto reale del contratto non condurrebbe alla creazione di un contratto innominato perché, nonostante la scissione tra il *titulus* ed il *modus*, resterebbero intatte le caratteristiche del contratto e sembrerebbe potersi sostenere, siffatta operazione negoziale si possa configurare una l'obbligazione di dare in senso tecnico.³²⁷

³²⁴ Cfr. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 59, il quale definì questi contratti come contratti "a contenuto elastico". Altri, come ASCARELLI T., *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 16 e 85, di contratti a "causa elastica".

³²⁵ Cfr. SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, I, Napoli, 1963, 67 ss.

³²⁶ Cfr. PORTALE G.B., *op. ult. cit.*, 942.

³²⁷ Cfr. CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e...*, cit., 241.

III.7 Gli accordi patrimoniali traslativi in sede di separazione personale e di divorzio.

Questo paragrafo avrà ad oggetto i trasferimenti immobiliari (della proprietà o di diritti reali limitati) tra coniugi posto in essere al fine di regolare gli effetti economici tra i coniugi in occasione di crisi matrimoniali che trovano il loro epilogo giudiziario in una separazione consensuale o in un divorzio su domanda congiunta. Questi trasferimenti hanno la loro giustificazione nella regolamentazione delle vicende patrimoniali nella fase patologica della coppia e rappresentano, per la dottrina prevalente, una tipica ipotesi di pagamento traslativo.

Nella fase patologica del rapporto coniugale, come è noto, permane l'obbligo dei genitori, in proporzione del rispettivo reddito, di contribuire al mantenimento dei figli (art. 155, 4° comma, cod. civ., art. 6 L. n. 898/1970) nonché sorge l'obbligo a carico del coniuge più dotato matrimonialmente di compiere a favore dell'altro rimesse al fine di consentirgli di conservare inalterato il tenore di vita sino ad allora goduto (art. 156, 1° e 7° comma, cod. civ., art. 5,6° e 8° comma, e art. 9 l. 898/1970). I coniugi, nella loro autonomia,³²⁸ oltre a dare un assetto concordato

³²⁸ In questo ambito, le disposizioni di diritto positivo che giustificano margini di autonomia dei coniugi nella regolamentazione della patologia del loro rapporto sono, riguardo alla separazione

alla crisi coniugale, potrebbero stabilire che questo obbligo venga adempiuto *una tantum*, nonostante gli accordi perfezionati nella fase transitoria della separazione abbiano sempre efficacia *rebus sic stantibus*: l'art. 156 ultimo comma, infatti, prevede la revisione e l'adeguamento dei provvedimenti in caso di giustificati motivi sopravvenuti. Spesso i trasferimenti *de quo* non trovano nella rottura reversibile o definitiva del vincolo matrimoniale il loro riferimento causale anche se nei Tribunali si assiste spesso a vicende con effetti reali o obbligatori immobiliari che hanno solo un rapporto di contestualità temporale o anche solo documentale (perché trasfusi nel medesimo verbale di udienza) rispetto alla separazione o al divorzio: sono trasferimenti posti in essere, cioè, solo in occasione della separazione o divorzio ma non a causa di essi.

Il riconoscimento di un ambito di autonomia ai coniugi in sede di separazione personale consensuale o di divorzio in ordine alla regolamentazione degli aspetti personali e patrimoniali della loro vita futura pongono un rilevante problema di inquadramento

consensuale, l'art. 711, comma III, c.p.c. che richiama, in caso di esito infausto del tentativo di conciliazione esperito dal giudice, la necessità di dare atto nel processo verbale "*del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole*"; l'art. 158, 2° comma cod. civ., che richiama "*l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento ed al mantenimento dei figli*"; nonché, relativamente allo scioglimento del vincolo coniugale per divorzio, l'art. 4, comma XVI, L. 898/1970 che dispone che "*la domanda congiunta dei coniugi indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici*"; l'art. 5, 7° comma, della stessa legge che dispone la possibilità che "*su accordo delle parti la corresponsione (dell'assegno da un coniuge a favore dell'altro quando quest'ultimo non ha adeguati mezzi propri o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive) può avvenire in un'unica soluzione...*"; l'art. 6, 9° comma, della stessa legge che prevede che "*nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, il giudice deve tenere conto dell'accordo tra le parti*".

sistematico, di qualificazione negoziale e causale degli accordi patrimoniali traslativi in essi previsti.

In primis, in ordine alla qualificazione negoziale, la visione privatistica della vicenda, secondo cui il fulcro del procedimento è l'accordo dei coniugi mentre la pronuncia giudiziale rappresenta una condizione legale di efficacia dell'accordo,³²⁹ si contrappone ad una visione pubblicistica secondo cui il consenso dei coniugi è mero presupposto del provvedimento giudiziale, unico fatto costitutivo della separazione. Altri, invece, configurano la separazione come una fattispecie a formazione progressiva in seno alla quale il consenso dei coniugi ed il provvedimento giudiziale costituiscono elementi parimenti necessari e concorrenti per il conseguimento dello *status* di coniugi separati. Sembra tra tutte preferibile la soluzione privatistica anche in base ad indici normativi quali l'art. 158 cod. civ. e l'art. 711, 4° comma, c.p.c., che subordinano all'omologazione giudiziale il conseguimento della mera efficacia dell'accordo, per cui l'Autorità giudiziaria esplica solo un potere di controllo in ordine alla compatibilità della convenzione con principi di ordine pubblico, obblighi familiari

³²⁹ Nel senso della natura negoziale dell'accordo di separazione cfr. Cass. 20 Novembre 2003, n. 17607, in *Vita Not.*, 2004, 156 in cui si legge che “l'atto che da sostanza e fondamento alla separazione consensuale ha natura negoziale. In tale accordo, infatti, si dispiega pienamente l'autonomia dei coniugi e la loro valutazione della gravità della crisi coniugale, con esclusione di ogni potere di indagine del giudice sui motivi della decisione di separarsi e di valutazione circa la validità di tali motivi, in piena coerenza con il principio del consenso nel modello di famiglia delineato dalle legge di riforma ed in ragione del tasso di negoziabilità della stessa legge riconosciuto in relazione ai diversi momenti e aspetti della dinamica familiare...”. In tal senso v. anche Cass. 12 aprile 2006, n. 8516, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 372. Qualifica l'omologazione come mera *condicio juris* di efficacia Cass. 8 marzo 1995, n. 2700, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, 1390.

indisponibili e interessi delle parti deboli del rapporto. La stessa considerazione può farsi in ordine al procedimento di scioglimento del matrimonio per divorzio su domanda congiunta perché, nonostante l'esito del procedimento sia rappresentato da una sentenza che ha un contenuto proprio e non si limita ad omologare le convenzioni dei coniugi, tuttavia al giudice si limita a verificarne la legalità e la rispondenza agli interessi dei figli. In definitiva, si tratta di veri e propri provvedimenti di volontaria giurisdizione posto che quest'ultima è la attività di amministrazione di interessi privati cui è connessa la soddisfazione di interessi pubblici e si esplica mediante attività diretta o di vigilanza e di controllo dell'Autorità giudiziaria.³³⁰

L'individuazione del profilo causale degli accordi patrimoniali con cui, in occasione della separazione o del divorzio, un coniuge trasferisce all'altro la proprietà o il diritto limitato su beni determinati, o a ciò si obbliga, così volendo regolare l'assetto dei rapporti tra sé ed il coniuge è particolarmente complicata ed oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza.³³¹

Taluna dottrina li inquadra nell'ambito delle donazioni, basandosi sulla circostanza che il trasferimento avviene senza alcun

³³⁰ Cfr. JANNUZZI A., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1977, 882.

³³¹ Cfr. DORIA G., *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, 219, il quale al riguardo afferma trattarsi di negozi che coinvolgono "ragioni patrimoniali, ragioni personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da rapporti pregressi".

corrispettivo.³³² Altri autori, invece, ritengono trattasi di fattispecie transattiva, in considerazione della funzione di componimento dell'insieme di interessi coinvolti nella crisi della famiglia.³³³ Secondo un'altra tesi, invece, trattasi di atto *solutionis causa* di una obbligazione di mantenimento; in particolare, mentre alcuni autori si riferiscono ad una *datio in solutum*,³³⁴ autorevole dottrina riconduce la vicenda dell'assegnazione *una tantum*, da un coniuge a favore dell'altro, a titolo di mantenimento, ad una novazione oggettiva mediante la quale le parti sostituiscono all'obbligazione originaria avente ad oggetto al corresponsione di un assegno una nuova obbligazione con oggetto diverso.³³⁵ Interessante, infine, si presenta l'opinione di chi rinviene nell'accordo traslativo *de quo* un atto tipico connotato da una *causa familiae*, tipicità che deriva dalle previsioni normative in materia (art. 711 c.p.c. “*condizioni della separazione personale*”; art. 4, 16° comma, L. n. 898/1970 “*condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici*”; art. 5, 7° comma, L. 898/1970 “*la corresponsione può avvenire in un'unica soluzione*”). In particolare, la dottrina che individua negli atti

³³²Cfr. in tal senso Trib. Torino 27 maggio 1978. Contra Cass. 23 dicembre 1988 n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1320, in cui si afferma che « il contratto con cui, in pendenza del giudizio di separazione, il marito si impegna a trasferire dei beni immobili alla moglie e ai figli e quest'ultimo rinuncia a costituirsi parte civile nel procedimento penale a carico del marito, non costituisce una donazione ma un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità, volto a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi»

³³³Cfr. Cass. 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. Not.*, 2004, 468. Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. Not.*, 1995, 953.

³³⁴Cfr. OBERTO G., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, 177; BRIGANTI E., *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. del Not.*, 1997, I, 10, il quale fa riferimento alla ricorrenza in materia di un pagamento traslativo (che, a rigore, dovrebbe sussistere solo se, in sede di accordi per la separazione o divorzio, si sia assunto un obbligo di trasferire).

³³⁵BIANCA C.M., *Commento all'art. 5 L. div.*, in *Comm. Dir. it. Famiglia*, diretto da G. Cian- G. Oppo-A. Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, 359.

traslativi intervenuti tra i coniugi un profilo causale proprio denominato “causa familiare”, non riconducibile a nessun tipo contrattuale, sottolinea che tale funzione oggettiva deriva dalla circostanza che con tali atti si assiste al manifestarsi di un complesso di valori di natura esistenziale e giuridico-formale, ad un intreccio di « *ragioni patrimoniali, ragioni personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da rapporti pregressi che, nel loro insieme, influenzano i termini e i caratteri dell'attività negoziale tra i coniugi rinvenibili ed identificabili alla stregua delle regole e dei principi generali del diritto patrimoniale* ». Si è affermato, al riguardo, che i normali rapporti di diritto patrimoniale, qualora si manifestino nell'ambito del microcosmo familiare, vengono forgiati in base alle caratteristiche di quest'ultimo, assumendo connotazioni tipiche, e che gli stessi atti di attribuzione in oggetto presentano un profilo causale specifico che ha significato nell'ambito della logica propria del diritto di famiglia.³³⁶

Ciascuna delle opinioni riportate è passibile di critiche. Nello specifico, si è sottolineato che ricondurre l'accordo traslativo in esame ad un atto di liberalità è errato perchè, da una parte manca l'*animus donandi*, dall'altra, la spontaneità dell'intento liberale appare inconciliabile con un'attribuzione condizionata da uno stato di crisi della coppia; senza considerare che da tale inquadramento deriverebbero, anzitutto, precisi obblighi di forma nonché che

³³⁶ DORIA G., *Atti di disposizione tra coniugi e causa familiare*, in *Vita not.*, 2001, I, 730.

eventuali esiti della donazione, quali la revocazione per ingratitudine e per sopravvenienza di figli, l'azione di riduzione, la collazione, mal si concilierebbero con il carattere di definitività proprio della attribuzione *de quo*. Con riferimento all'inquadramento della vicenda nell'ambito della transazione, si potrebbe osservare che spesso mancherebbe la ricorrenza delle concessioni reciproche tra coniugi, circostanza, questa, che impedirebbe la riconduzione nella categoria tipica. Con riguardo alla connotazione come atto recante una c.d. *causa familiae*, si è osservato che la categoria potrebbe prestarsi ad abusi in quanto consentirebbe l'atteggiarsi di meri motivi a causa dello spostamento patrimoniale e condurrebbe all'emersione di un tipo negoziale non suscettibile di inquadramento nelle categorie generali dell'onerosità o gratuità.³³⁷

A conclusione del paragrafo in oggetto, sembra opportuno un breve riferimento ai requisiti formali dei trasferimenti in oggetto. E' opportuno, anzitutto, chiarire che la questione della forma dei trasferimenti immobiliari dall'un coniuge all'altro in sede di separazione e divorzio avviene solo in relazione al procedimento di separazione consensuale perchè sia la separazione giudiziale che il divorzio su domanda congiunta si concludono con una sentenza

³³⁷Cfr. BRIGANTI E., *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, op. ult. cit., 13, il quale manifesta la preoccupazione che vengano fatti assurgere al rango di causa meri motivi, come tali giuridicamente irrilevanti; LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri, Napoli, 1994, il quale evidenzia come la «ritrosia dottrinale a spiegare l'effetto traslativo fuori dalle tradizionali e tipiche cause della liberalità e dello scambio può essere superata solo allorché si riesca ad assumere consapevolezza della neutralità dell'effetto traslativo rispetto all'aspetto causale del negozio».

che costituisce titolo idoneo sia al prodursi dell'effetto reale, *ex art.* 2908 c.c., sia alla trascrizione nei registri immobiliari, *ex artt.* 2645 e 2657 c.c.

Diverso è il discorso per i trasferimenti immobiliari convenuti in sede di separazione consensuale. Detti trasferimenti sono soggetti alle formalità previste in generale per ogni trasferimento immobiliare e cioè la forma scritta *ex art.* 1350 c.c., nonché la trascrizione ai sensi dell'*art.* 2643 c.c., qualora siano stati redatti per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente *ex art.* 2657 c.c. Il problema fondamentale, nello specifico, consiste nello stabilire se il verbale di separazione, nel quale sono trasfusi gli accordi dei coniugi che prevedono trasferimenti immobiliari dall'uno all'altro, redatto dal cancelliere *ex artt.* 126 e 130 c.p.c., e ritualmente sottoscritto dai coniugi, sia atto pubblico e titolo idoneo per la trascrizione.³³⁸ Al riguardo, alcuni autori ritengono che il verbale di udienza che contenga attribuzioni patrimoniali in un'unica soluzione mantenga la natura sua propria di atto pubblico, redatto da un ausiliario del giudice e diretto a far fede di ciò che è attestato, anche per la parte che contenga le stesse attribuzioni, e quindi titolo idoneo per la

³³⁸ E' interessante notare che ulteriori requisiti formali sarebbero necessari se si ritenesse che gli accordi in oggetto sostanzino un atto donativo, *ex art.* 48 L.N. Al riguardo, la Corte di Cassazione (8 marzo 1995, n. 2700, in *Mass. Foro it.*, 1995, 347) afferma che, per il caso in cui nell'accordo di separazione sia contenuta una donazione, l'omologazione non vale a dotare l'accordo medesimo della forma dell'atto pubblico.

trascrizione.³³⁹ Altra tesi, invece, sostiene che occorra distinguere tra atto pubblico negoziale e atto pubblico non negoziale; al riguardo, infatti, si deve distinguere tra contenuto necessario dell'accordo di separazione, ossia il consenso a vivere separati e la disciplina degli aspetti economici in stato di separazione, che deve rivestire la forma giudiziale, ed il contenuto eventuale, ossia il regolamento economico integrativo che, ove contenesse atti dispositivi di diritti reali immobiliari, dovrebbe essere stipulato per atto notarile al fine di consentirne la trascrizione. In altre parole, il verbale di udienza che contenga i citati accordi traslativi può essere ricevuto solo da un notaio; diversamente, esso avrebbe valore di mera scrittura privata e non potrebbe accedere alla trascrizione. La citata tesi non sembra comunque trovare supporto normativo anzi, l'art. 711, 3° comma, c.p.c., dispone che in caso di esito infausto del tentativo di conciliazione “si dà atto nel processo verbale del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole”, rendendo così evidente la possibilità che detti accordi vengano raggiunti ed accolti nel verbale di separazione. Tali accordi saranno soggetti all'omologazione del giudice e trascrivibili, unitamente al decreto di omologa, *ex art.* 2645 c.c.

Piuttosto, sembra dirimente la circostanza che le assegnazioni immobiliari in discorso trovino solo occasione negli

³³⁹ OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale, op. ult. cit.*, 1276. In giurisprudenza, per la natura di atto pubblico degli accordi in oggetto inseriti nel verbale di udienza e di titolo idoneo alla trascrizione cfr. Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, in *Fam. e dir.*, 1997, 5, 417.

accordi di separazione e non partecipino alla funzione degli stessi: in tal caso, il cancelliere non sembrerebbe competente a rogare. Diversamente è a dirsi quando gli accordi traslativi in oggetto partecipano in maniera essenziale alla o scopo della sistemazione dell'assetto patrimoniale e personale ingenerato dalla crisi del rapporto di coniugio: in tale eventualità non sembrerebbe potersi negare al cancelliere competenza rogante *ex art. 2699 c.c.* ed all'atto rogato natura di atto pubblico suscettibile di trascrizione. Nel caso, infine, di un verbale di separazione che comporti un immediato effetto traslativo, e non un mero obbligo a trasferire, è necessario il rispetto della normativa urbanistica con riferimento alle dichiarazioni e/o all'allegazione di cui all'art. 30 D.p.r. 380/2001.

Indice Bibliografico

- AHRENS, *Corso di diritto naturale e di filosofia del diritto*, II, Napoli, 1870.
- ALLARA M., *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957.
- ALPA G., in *Nuova giur. civ. e comm.*, 1995, II.
- ANDREOLI *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, in *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, 1959.
- ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940.
- ASCARELLI T., *La legittimità dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I.
- ASCARELLI T., *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.
- ASCARELLI T., *In tema di conferimenti in natura*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, II, 660 in nota.
- ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952.
- BALDO DEGLI UBALDI, *Ad. Cod.*, 4, 30, 13, Venetiis, 1615.
- BARASSI L., *I diritti reali*, Milano, 1952.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948.
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, 6^a ed., I, Torino, 1962.
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965.
- BERTUSI NANNI P., *Note sul contratto preliminare di donazione*, in *Riv. del Not.*, XXXVIII, 1984.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli F., Torino, 1952.
- BIANCA C. M., *Diritto civile 2, La famiglia, le successioni*, Milano, 1989.
- BIANCA C.M., *Commento all'art. 5 L. div.*, in *Comm. Dir. it. Famiglia*, diretto da G.Cian- G. Oppo-A. Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993.
- BIANCA C.M., *Diritto civile.3. Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C.M. *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VII, Torino, 1993.
- BIANCA C.M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto civile*, Torino 1992.

BISCONTINI G., *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987.

BONILINI G., BASINI F., *I legati*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri P., Napoli, 2003.

BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995.

BRIGANTI E., *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. del Not.*, 1997, I.

BURDESE, voce *Vendita, diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975.

BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, 2, in *Comm cod. civ.*, UTET, VI, 1980.

CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e Impresa*, 2, 1998.

CAMARDI C., *Vendita a contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano 1999.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, tomo II, Milano, 2002.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Napoli, 1978.

CARIOTA-FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 1948.

CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936.

CARNEVALI U., voce *Mandato*, *Enc. giur. Treccani*, XIX.

CARRARO L., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996.

CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. It.*, 1987.

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

CHIANALE A., *Obbligazione di dare ed atti traslativi solvendi causa*, nota a Cass., 12 giugno 1987, n. 5147.

CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, XXXV, 1989, 237.

COSTANZA M., *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nota a Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1243.

COTTINO G., *Contratti commerciali*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, XVI, Padova, 1991.

COVIELLO L., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. It.*, vol III, Milano, 1902.

COVIELLO L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno*, Milano, 1896, che l'autore traspose, poi, in "Contratto preliminare", in *Enciclopedia giuridica italiana*, III, Milano, 1902.

CRISCUOLI, *La costituzione per testamento dei diritti reali limitati*, in *Giust. civ.*, 1964, II.

DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 1947.

DE CUPIS A., *Acquisto della proprietà e costituzione italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I.

DE MARTINO, *Vendita reale, vendita obbligatoria e promessa di vendita*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III.

DE MATTEIS, *Preliminare di vendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1985.

DI MAIO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

DI MAJO A., voce *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano.

DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale, Artt. 1173-1176*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.

DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1985.

DI MAJO GIAQUINTO A. *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

DISTASO N., *Il contratto preliminare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1978.

DOMAT, *Lois civiles*, I, Paris 1777, tit. I.

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

DORIA G., *Atti di disposizione tra coniugi e causa familiare*, in *Vita not.*, 2001, I.

DORIA G., *Autonomia privata e "causa familiare". Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio*.

DORIA G., *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992.

ENRIETTI, *Le due categorie del legato di genere*, in *Vita notar.*, 1964.

ESMEIN, *Obligations*, II, *Traité pratique de droit civil* a cura di PLANIOL RIPERT, VI, t. II, Paris, 1954.

FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962.

FERRI G., *Contratto plurilaterale*, in *Novissimo dig. it.*, IV, Torino.

FERRI G., *Delle società*, in *Commentario de codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI L., *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, VI, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1955.

FLUME, *Allgemeiner Teil des burgherlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschft*, Berlin- Heidelberg- New York, 1965, 177 ss.;

FORCHIELLI P., “*Contratto preliminare*”, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959.

FORCHIELLI, P., *Della divisione*, in *Commentario*, a cura di Scialoja – Branca, Zanichelli, Bologna, 1970.

FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1963.

G IANOLA A., *Atto gratuito atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002.

GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.

GALGANO F.-VISENTINI, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA-BRANCA, sub. artt. 1372-1405, Bologna-Roma 1993.

GAMBARDELLA, *Formazione e variazioni di capitale nelle società anonime*, Milano, 1920.

GANGI C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964.

GARDANI CONTURSI LISI L., *Le donazioni*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretto da Bigiavi W., 1967.

GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*.

GAZZONI F., *Babbo Natale e l’obbligo di dare*, nota a Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I.

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 805 ss., nonché in “*Babbo Natale e l’obbligo di adempiere*”, nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, 2896 ss.;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003.

GIANNATTASIO G., *Delle successioni, divisione – donazione*, in *Comm. cod. civ.*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980;

GIANOLA A., *Atto gratuito atto liberale: ai limiti della donazione*, Milano, 2002.

GIORGIANNI M., *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960.

GIORGIANNI M., *Natura del pagamento*, in *Foro Padano*, 1962.

GIORGIANNI M., *Pagamento*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1965.

GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.

GORLA G., *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937.

GORLA, *L’atto di disposizione dei diritti*, in *Ann. Perugia*, 1936.

GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in *Id. Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

GROZIO (Huigh de Groot, 1583-1645).

GUHL, *Les droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947.

HAUTCOER, *Les apports à la prestations successives ou continues. Thèse*, Lille, 1928.

IACOVINO C., TAVASSI V., CASSANDRO T., *La donazione*, Milano, 1996.

JANNUZZI A., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1977.

JHERING, *L’esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), IV, Paris, 1880.

JHERING, *Lo scopo nel diritto*, rist. 1972, a cura di Losano, Torino, 1972.

JOANNES ANDREAE, *Speculum Guglielmi Durandi, pars tertia et quarta, Additio alla rubrica De obligationibus et solutionibus*, Francoforte, 1612.

KLEINE, *Die historische bedingtheit der abstraktion von der causa*, Berlin, 1953.

LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri, Napoli, 1994.

LARENZ. M., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I-II, Munchen-Berlin, 1967.

LENZI R., *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno P., Padova, 1994.

- LEVY J. PH., *Essai sur la promesse de donation en droit romane*, in *Melanges de Vissaler*, 2^a ed., Bruxelles, 1949.
- LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007,
- LUMINOSO A., *Mandato, Commissione, Spedizione*, in *Tratt. dir. civ e comm.*, diretto da Cicu- Messineo, XXXII, 1984.
- MACCARRONE G., *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazione di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998.
- MACCARRONE G., *Obbligazioni di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. del not.*, 1994, 2.
- MANCINI, *La consideration nel diritto nord-americano dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953.
- MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contratto impr.*, 1988.
- MARICONDA V., *La Trascrizione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, vol. 19.
- MASI, *Dei legati*, nel *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1979.
- MATTIANGELI L., *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. del Not.*, LIV, I, 2000.
- MATTIANGELI L., *Obbligazione di dare, pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Vita notar.*, 2005.
- MEDICUS D., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Munchen, V, 1990.
- MEIER-HAIOZ, *Das grundeigentum*, in *Berner Kommentarzum schweizerischen Privatrecht*, Bern, 1965.
- MENGGONI L. –REALMONTE F., *Disposizione (Atto di)*, in *Enc., dir.*, XIII, Milano 1960.
- MENGGONI L., *Gli acquisti “ a non domino”*, Milano 1975.
- MESSINEO F., *Contratto preliminare*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di CICU A.-MESSINEO F., Milano, 1968.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, I, 9^a ed., Milano, 1972.
- MESSINEO F., voce *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. del dir.*, X ed., Milano, 1964.

MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1953.

MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, Napoli, 1955.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980.

MONTESANO L., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1974.

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

NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale (dal pagamento traslativo all'atto di destinazione)*, lavoro destinato alla pubblicazione nel volume: "Colloqui in memoria del Prof. Michele Giorgianni".

NAVARRETTA E., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale: dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.

NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003.

OBERTO G., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995.

OBERTO G., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Foro it.*, 1999, I, 1.

OBERTO G., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Foro it.*, 1999, I.

OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947.

OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942.

OSTI G., *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959.

PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

PAVONE LA ROSA A., *Il registro delle imprese*, Milano..

PERCHINUNNO R., *Il contratto*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di Rescigno P., II, Padova, 1994.

- PORTALE G. B., *Principio con sensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Rivista delle società*, 1970.
- POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), I, Milano, 1805.
- PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I.
- PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile (saggi)*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, III, 1953.
- PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.
- PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. del dir.*, I, 1958.
- PUGLIATTI S., *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945.
- RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli 1967.
- RAVÀ, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952.
- Relazione MANCINI, *Della sottoscrizione del capitale sociale*, in GALDI, *Il codice del Commercio*, I, 1, Napoli, 1888.
- RESCIGN P., voce *Condizione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.
- ROPPO V. *Il contratto*, Trattato di Diritto Privato a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001.
- ROPPO V., *Il contratto*, Trattato di diritto privato a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962.
- RUBINO D., *La compravendita*, Milano, 1971.
- RUBINO, *Il negozio indiretto*, Milano, 1937.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966.
- RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.
- RUSSO T. V., *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*.

SACCO R. – DE NOVA G., *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco R., 3^a ed, Torino, 2004.

SACCO R.- DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2004.

SACCO R., *La proprietà*, Torino, 1968.

SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro, it.*, 1966.

SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, I, Bologna, 1949.

SANTAGATA C., *Del mandato- disposizioni generali*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca artt. 1703-1709, Bologna-Roma, 1985.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002.

SANTORO PASSATELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 1973.

SASSO C., *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971.

SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, II, Berlin, 1853.

SCALISI V., voce *Negozi astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Pagamento traslativo e art. 1333 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989.

SCOGNAMIGLIO R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951.

SCUTO C., *Sulla natura giuridica del pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1915.

SICCHIERO G., *Appunti sulla causa del contratto*, nota a Cass. 15 luglio 1993, n. 7844 in *Giur. It.*, 1995, I, 1.

SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.

TORRENTE A.- SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 18^a ed, Milano.

TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1956.

TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1956.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 40^a ed., Padova, 2001.

VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I, Firenze 1950.

VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999.

VISALLI N., *In tema di acquisti dal mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1997.

VON SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale (System des heutigen Romschen Rechts)*, trad. it. di Scialoja,, IV, Torino, 1889.

VON TUIR, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, I, Tublingen, 1924.

WESTERMANN, *Sachenrecht*, , Karlsruhe, 1966.

Indice Giurisprudenziale

Cass. 6739/2008.

Cass. civ. III sez., 21 luglio 2007 n. 16315 in *Contratti*, 2008, 1.

Cass. civ. sez. III 20 dicembre 2007, n. 26958.

Cass. 24 luglio 2007 n. 16315, in *Contratti*, 2008, 1, 56.

Cass. 8 maggio 2006 n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, 621 con nota di RIMOLDI F..

Cass. 12 aprile 2006, n. 8516, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I.

Cass. Civ. 8 maggio 2006 n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, 621 con nota di Rimoldi F.

Cass. 20 Novembre 2003, n. 17607, in *Vita Not.*, 2004.

Cass. 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. Not.*, 2004.

Cass. 9 Ottobre 1999, n. 10612.

Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.* 1998, 2, 1039 ss., con nota di Clarizia R, *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento del lease back*.

Cass. 6 agosto 1998, n. 7266, in *Corr. giur.*, 1997, 9, 1048 ss;

Cass. 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.* 1998, 2, 1039 ss., con nota di CLARIZIA R., *Ancora sulla liceità civilistica e sul trattamento del lease back*.

Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, in *Fam. e dir.*, 1997.

Cass. 14.Maggio 1997 n. 4235, in *Giust. civ.*, 1997.

Cass., sez. I, 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Contratti*, 1997, 460, con nota di BONILINI G., *“Preliminare di donazione da parte di enti pubblici”*.

Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805 in *Corr. giur.*, 360, con nota di CARBONE V., *Lease back e patto commissorio*.

Cass. 10 Marzo 1995 n. 2814, in *Corriere giuridico*, 1996.

Cass. 8 marzo 1995, n. 2700, in *Dir. fam. e pers.*, 1995.

Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805 in *Corr. giur.*, 360, con nota di Carbone V., *Lease back e patto commissorio*.

Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. Not.*, 1995.

Cass. 28 settembre 1994 n. 7890, in *Foro it.*, 1995, I, 1227.

Cass. 24 gennaio 1993, n. 7007, in *Riv. notar.*, 1994.

Cass. 15 luglio 1993 n. 7844, ora cit., 734.

Cass. 20 novembre 1992 n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I

Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, n. 10612, con nota di GAZZONI F., “*Babbo Natale e l’obbligo di dare*”, in *Giust. Civ.*, 1991, I.

Cass., sez. II, 9 ottobre 1991, n. 10612, con nota di GAZZONI F., “*Babbo Natale e l’obbligo di dare*”, in *Giust. Civ.*, 1991, I.

Cass. SS. UU. 3 aprile 1989 n. 1611, in *Giust. civ.*, 1989, I.

Cass. 23 dicembre 1988 n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1.

Cass. 30 giugno 1987, n. 5748, in *Giust. civ.*, 1988, I.

Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. Giur.*, 1988, 144 con nota di MARICONDA V.

Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giur. It.*, 1988, I.

Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, 9500, in *Corr. Giur.*, 1988, 144 con nota di MARICONDA V.

Cass., sez. II, 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237, con nota di COSTANZA;

Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giur. It.*, 1988, I.

Cass. 15 gennaio 1986, n. 171, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 242, con nota di PUGLIESE A., “*Contratto preliminare, donazione indiretta ed interposizione fittizia di persona*”.

Cass. 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro It.*, 1987, I.

Cass. 10 luglio 1986 n. 4497.

Cass. SS. UU. 27 Febbraio 1985 n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I.

Cass. 15 dicembre 1984, n 6581, in *Riv. Not.*, 1981, II.

Cass. 11 Marzo 1983 n. 1538, in *Mass Giur. It.*, 1982.

Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. Civ.*, 1983, I.

Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1524 con nota di Costanza M.

Cass. 11 agosto 1982 n. 4562 in Rep. Foro it., 1982, voce Vendita n.16.

Cass. 31 ottobre 1981 n. 5762, in *Foro it.*, 1982, I.

Cass. 5 Dicembre 1980 n. 5940, in *Foro it.*, 1981

Cass. 23 aprile 1980 n. 2679, in *Foro it.*, 1981.

Cass. 5 Maggio 1980 n. 2935, in *Giur. It.*, 1980, I.

Cass. 25 novembre 1980 n. 6266, in *Foro it on line*

Cass., 7 luglio 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I.

Cass. 11 Agosto 1980 n. 4921, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 2083.

Cass. 12 giugno 1979, n. 3315, *Foro It.*, 1981 I, 1702 ss., con nota di DI LALLA;

Cass. 19 novembre 1979, n. 6040, in *Riv Not.*, 1980, 1546, con nota di D'AMBROSIO M., “*Contratto preliminare e contratto definitivo, contratto preparatorio e preliminare del preliminare*”.

Cass., 24 gennaio 1979, n 526, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, n. 9.

Cass. 22 novembre 1978 n. 5458 in *Foro it.*, I.

Cass. 17 marzo 1978, n. 1346, in *Giur. It.*, 1978, I, 1.

Cass. 28 marzo 1977 n. 1205, in *Foro it.*, 1977, I.

Cass., 8 giugno 1977, n. 2354, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n 17.

Cass. SS. UU, 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. It.*, 1976, I, 1.

Cass. SS.UU., 14 febbraio 1973, n. 454, in *Giust. civ.*, 1973, I.

Cass. 14 Febbraio 1973 n. 454, in *Giust. civ.*, 1971, I.

Cass. 8 ottobre 1973 n. 2520.

Cass. 3 Ottobre 1972, .2843, in *Giur. It.*, 1973, I.

Cass. 3 ottobre 1972 n. 2843, in *Giur. It.*, 1973, I, 1.

Cass. 31 maggio 1971 n. 1637.

Cass 17 Marzo 1970 n. 694, in *Giur. It.*, 1970, I.

Cass. 20 giugno 1968, n. 2046, in *Dir. fall.*, 1968, II.

Cass. 7 giugno 1966 n. 1495, in *Giust. civ.*, 1966, I.

Cass. 24 maggio 1965 n. 999, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 125.

Cass. 8 luglio 1936 n. 813, in *Massimario giurisprudenza italiana*, 1936, voce *Pagamento*.

Cass SS. UU. 8 Ottobre 1925, in *Man. Trib.*, 1926.

App. Torino, 9 maggio 1980, in *Giur. It.*, 1981, I, 2.

App. Torino, 1 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2.

App. Roma, 22 Ottobre 1959, in *Tem. rom.*, 1960.

A
pp. Torino, 24 maggio 1948, in *Foro pad.*, 1948, II.

App Bologna, 21 agosto 1934, in *Foro It.*

App Venezia, 30 settembre 1915, in *Foro It.*, 1916, I.

Trib Verona, ordinanza 27 giugno 2000, in *Giur. cost e civ.*, 2001, I, 3424 con nota di TASSONE B., “*Qualche apertura sul preliminare di donazione?*” .

Trib. Pistoia, 8 maggio 1981.

Trib. Pistoia, 8 maggio 1981, *Giust. Civ.*, 1982, I, 307 ss. con nota di COLLURA

Trib. Torino 27 maggio 1978.

Trib. Larino, 30 dicembre 1955, in *Rep. Foro It.*, 1956, n. 37.

Trib. Firenze 24 Novembre 1959, in *Giurisprudenza toscana*, 1960.