

Dipartimento di **Giurisprudenza**

Dottorato di Ricerca in: SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo: XXX

Curriculum in: **Diritto privato italiano, del lavoro e tributario**

I CONTRATTI AD OGGETTO FUTURO E LE PROCEDURE CONCORDATARIE

Dottorando: **Daga Maria Carla**

Matricola n.: 798813

Tutor: **Prof. Inzitari Bruno**

Coordinatore: **Prof.ssa Ramajoli Margherita**

ANNO ACCADEMICO: 2016/2017

I CONTRATTI AD OGGETTO FUTURO E LE PROCEDURE CONCORDI

Maria Carla Daga

INDICE:

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

Capitolo I:

I CONTRATTI AD OGGETTO FUTURO: CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	3
1. Premessa	3
2. Nozione.....	6
2.1. <i>L'emptio spei</i> e <i>l'emptio rei speratae</i>	10
2.2. Il negozio su beni altrui	12
3. Natura giuridica	15
3.1. Teorie che hanno scisso la fattispecie in due negozi	16
3.1.1. Promessa di vendita e vendita	17
3.1.2. Negozio innominato e vendita	17
3.2. Teorie unitarie	18
3.2.1. Negozio incompleto e negozio a consenso anticipato	18
3.2.2. Negozio condizionato	20
3.2.3. Negozio obbligatorio	22
3.3. Autonomia delle parti ed effetto reale	25
4. Regime.....	30
4.1. Effetti inter partes	30
4.1.1. Negozio incompleto.....	30
4.1.2. Negozio condizionato	31
4.1.3. Negozio obbligatorio	35
4.2. Effetti verso i terzi	37
5. La disciplina	41
6. I divieti.....	46

Capitolo II:

CONTRATTI AD EFFETTI REALI E OGGETTO FUTURO	49
1. Premessa	49
2. La vendita avente ad oggetto beni futuri	51
2.1. Differenza con figure affini	53

2.1.1.	Vendita ad oggetto futuro e contratto preliminare.....	53
2.1.2.	Vendita e appalto.....	53
2.2.	Disciplina.....	56
2.2.1.	Le obbligazioni che sorgono in capo alle parti.....	56
2.2.2.	Passaggio del rischio.....	57
2.2.3.	Rimedi.....	59
2.3.	Trascrizione.....	66
2.4.	Singole figure di vendita.....	67
2.4.1.	Vendita di beni da costruire.....	67
2.4.1.1.	Trascrizione.....	68
2.4.1.2.	Il d.lgs. 20 giugno 2005, n.122.....	69
2.4.2.	Vendita di azioni di società futura.....	73
2.4.3.	Vendita di frutti e alberi.....	74
3.	La permuta.....	75
3.2.	Differenza con figure affini.....	76
3.3.	Disciplina.....	78
3.3.2.	L'applicabilità del d.lgs 122/2005.....	79
3.4.	Rimedi:.....	80
3.5.	Permuta di cosa presente con cosa futura a favore di terzi e art. 771 c.c.	81

Capitolo III:

REALITA' E FUTURITA'	83
1. Premessa.....	83
2. Natura giuridica.....	85
3. Contratti reali e oggetto futuro.....	91
3.1. Forme consensuali di contratti reali.....	92
3.1.1. Consegna come <i>substantialia negotii</i>	94
3.1.2. Consegna come <i>naturalia negotii</i>	97
3.1.3. Natura giuridica dell'accordo precedente la consegna.....	102
3.2. Pegno e futurità.....	105
3.2.1. Pegno su bene futuro.....	107
3.2.1.1. Natura giuridica.....	109
3.2.1.2. Il ruolo della consegna.....	112
3.2.1.3. Il diritto di prelazione.....	114
3.2.2. Il pegno mobiliare non possessorio ex d.l. 3 maggio 2016, n.59.....	114
3.2.2.1. Natura giuridica.....	118

3.2.2.2. Modalità di escussione.....	120
3.2.3. Pegno su crediti futuri.....	122
3.3. Forme reali di contratti consensuali.....	125

Capitolo IV:

DIRITTI FUTURI E MODIFICAZIONI SOGGETTIVE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO.....	126
1. Premessa.....	126
2. Futurità e modificazioni del lato attivo.....	130
2.1. La cessione dei crediti futuri	131
2.1.1. Natura giuridica	132
2.1.2. Determinabilità del credito futuro	137
2.1.3. Pluralità di cessioni.....	139
2.1.4. Gli obblighi di garanzia	142
2.2. Il <i>factoring</i>	143
3. Modificazioni del lato passivo: le ipotesi di assunzione di un debito futuro.....	147
3.1. L'espromissione di un debito futuro.....	148
3.1.1. Natura giuridica	148
3.2. L'accollo.....	153
3.2.1. Natura giuridica	156
3.2.2. L'accollo legale di debito futuro.....	157
3.3. La delegazione.....	160
3.3.1. Natura giuridica	161

Capitolo V:

LA SORTE DEI CONTRATTI AD OGGETTO FUTURO IN CASO DI CRISI DELL'IMPRESA E ACCERTAMENTO DELLO STATO DI INSOLVENZA.....	164
1. Premessa.....	164
2. La liquidazione giudiziale e i contratti ad oggetto futuro.....	166
2.1. I contratti ad effetti reali	172
2.1.1. La vendita ad oggetto futuro in generale	172
2.1.1.1. La vendita avente ad oggetto beni da costruire	176
2.1.2. La permuta di bene presente con bene futuro	179
2.2. I contratti reali	180
2.2.1. Il pegno non possessorio.....	181
2.3. Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio dal lato attivo e passivo.....	186
2.3.1. La cessione del credito futuro.....	186

2.3.2.	Il <i>factoring</i>	189
2.3.3.	La delegazione di debiti futuri	193
2.3.4.	L'accollo e l'espromissione di debito futuro	196
3.	Il concordato preventivo e i contratti ad oggetto futuro	198
Bibliografia.....		203

Introduzione

Nel presente progetto di ricerca l'attenzione è rivolta principalmente all'analisi del fenomeno della c.d. contrattazione su oggetto futuro.

Le esigenze di rapida circolazione della ricchezza hanno portato gli operatori del mercato ad utilizzare sempre più spesso tale strumento, che ha assunto un ruolo di primo piano nel panorama giuridico.

Si tratta di una figura contrattuale da tempo oggetto di studio da parte della dottrina e della giurisprudenza, impegnate su diversi fronti nella ricostruzione dogmatica della stessa. Le ricostruzioni prospettate sono diverse e con importanti ricadute applicative in ordine ad aspetti fondamentali, quali il momento perfezionativo e la sorte del negozio qualora il bene non venga ad esistenza.

Il principio che ammette in termini generali la deducibilità di oggetti futuri all'interno del regolamento contrattuale va poi coordinato con la specifica struttura e la funzione delle singole figure negoziali, sia tipiche che atipiche.

Queste ultime sono state organizzate e suddivise in tre macro-categorie, ognuna delle quali presenta degli aspetti peculiari: i contratti ad effetti reali, i contratti reali e le vicende modificative del rapporto obbligatorio.

Rispetto ai principali contratti di alienazione, ossia la vendita e la permuta, gli sforzi interpretativi si sono concentrati sull'irrobustimento dell'apparato rimediabile previsto in capo all'acquirente, soprattutto in caso di inadempimento qualitativamente inesatto. La particolarità del fenomeno implica, infatti, una disciplina sui generis: gli effetti obbligatori diventano preminenti rispetto a quelli differiti non solo sotto il profilo cronologico, ma altresì dal punto di vista quantitativo (nascono nuovi obblighi).

Più complesso risulta, invece, il rapporto tra futurità e realtà. Il requisito della consegna e la non esistenza del bene appaiono a prima vista due elementi inconciliabili.

È opportuno comprendere allora se la predeterminazione di condizioni alle quali è subordinata la recezione nel diritto del regolamento negoziale - come la consegna nei contratti nei quali la stessa è prevista quoad constitutionem - sia sottratta o meno al potere dispositivo delle parti.

Laddove, poi, la circolazione riguardi non beni, ma diritti futuri - come in caso di vicende modificative del rapporto obbligatorio - il nodo problematico è sicuramente la sufficiente determinabilità. La preoccupazione del legislatore è quella di rendere quanto più concreto e prevedibile l'impegno che si va ad assumere.

Tra le vicende che - nelle more tra l'avvenuta stipulazione del contratto e la sua compiuta esecuzione - incidono in maniera rilevante sulla vicenda contrattuale si è data una particolare importanza alle procedure concorsuali, viste le ripercussioni negative che le stesse possono provocare nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti. Sono quindi state elaborate alcune riflessioni di ordine sistematico in materia di contratti pendenti, con un occhio di riguardo alla riforma in corso in materia di crisi dell'impresa e insolvenza e gli istituti generali del diritto civile.

CAPITOLO I:

I CONTRATTI AD OGGETTO FUTURO: CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Sommario: 1. Premessa - 2. Nozione - 2.1. L'*emptio spei* e l'*emptio rei speratae* - 2.2. Il negozio su beni altrui - 3. Natura giuridica - 3.1. Teorie che hanno scisso la fattispecie in due negozi - 3.1.1. Promessa di vendita e vendita - 3.1.2. Negozio innominato e vendita - 3.3. Teorie unitarie - 3.3.1. Negozio incompleto e negozio a consenso anticipato - 3.3.2. Negozio condizionato - 3.3.3. Negozio obbligatorio - 3.4. Autonomia delle parti ed effetto reale - 4. Regime - 4.1. Effetti *inter partes* - 4.1.1. Negozio incompleto - 4.1.2. Negozio condizionato - 4.1.3. Negozio obbligatorio - 4.2. Effetti verso i terzi - 5. La disciplina - 6. I divieti

1. Premessa

Nel nostro ordinamento l'idoneità di un determinato bene a formare oggetto di uno specifico negozio va apprezzata tenendo conto di una serie di valutazioni, sia di ordine politico che giuridico.

Con riferimento al bene futuro si possono cogliere diverse soluzioni a seconda del contratto cui si fa riferimento: laddove sia inserito all'interno di un negozio *mortis causa* prevale l'esigenza di non creare aspettative sulla morte altrui (art. 458 c.c.); se si tratta, invece, di una prestazione a titolo gratuito, emerge il tentativo di porre un freno agli atti di prodigalità (art. 771 c.c.)¹.

Il legislatore ha, comunque, ritenuto ammissibile - in termini generali - la deducibilità della prestazione di cose future, salvi i particolari divieti posti dalla legge (art. 1348 c.c.).

Già a partire dal codice del 1865², è stata superata la tradizionale diffidenza verso i contratti a titolo oneroso che anticipano la disponibilità della ricchezza futura (per i più facili abusi cui si prestano secondo l'opinione comune)³. Non possono essere imposti impedimenti di natura formale alla libertà negoziale dei singoli laddove non ci sia un'adeguata giustificazione che trovi la propria *ratio* nella tutela di interessi sostanziali.

La dottrina aveva da tempo affermato che "*quanto vale per il soggetto deve valere anche per l'oggetto*", pertanto, se è ammissibile un'attribuzione patrimoniale nei confronti di una persona

¹ In dottrina sul punto: BETTIE. *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1952, p. 237.

² Si fa riferimento all'art. 1118: "Le cose future possono formare oggetto di contratto [...]".

³ Non trova più seguito nel nostro ordinamento l'antica e formalistica legge della simultaneità, secondo la quale l'intera fattispecie deve necessariamente venire ad esistenza e produrre i suoi effetti al momento della conclusione del contratto.

inesistente (si pensi al concepito), deve essere altrettanto possibile un rapporto tra persone esistenti e temporaneamente senza il bene di riferimento⁴.

Il combinato disposto dell'art. 1348 c.c. con le singole figure negoziali dà vita ad un meccanismo attraverso il quale un contratto differisce i suoi effetti e li distende nel tempo, senza che ciò influisca sulle caratteristiche tipiche dello stesso. Tuttavia, la complessità del fenomeno implica una disciplina peculiare: gli effetti obbligatori diventano preminenti rispetto a quelli differiti (spesso reali), non solo sotto il profilo cronologico, ma anche sotto quello quantitativo (nascono, infatti, particolari e nuovi obblighi)⁵.

Dal punto di vista concettuale bisogna tenere distinti il piano della formazione del negozio da quello del rapporto e della sua attuazione: l'autoregolamento negoziale ben può riferirsi ad una cosa che ancora non c'è *in rerum natura*, purché sia dedotta in vista della sua futurità, ed è immediatamente vincolante per le parti⁶. Il rapporto contrattuale non può sorgere immediatamente nella sua completezza, dato che il bene ancora non esiste. Ciò non incide, però, sulla fase genetica e perfezionativa dell'accordo.

È stato rilevato da attenta dottrina come all'art. 1348 c.c. vada - in realtà - riconosciuto un valore meramente euristico, poiché l'ammissibilità della deducibilità del contratto di cose future poteva ricavarsi già dall'art. 1346 c.c. e, in particolare, dal requisito della possibilità dell'oggetto. Il contenuto della norma servirebbe più che altro a segnalare l'esistenza di divieti⁷.

Le eccezioni a tale regola generale sono rappresentate innanzitutto da quelle espresse e contenute all'interno del codice, come quella in materia di donazioni e di patti successori.

Trattandosi di un principio espresso in termini generali va, tuttavia, coordinato con le singole figure contrattuali sia tipiche che atipiche⁸. La sua ammissibilità, infatti, non esclude che vi possa essere

⁴ Si veda BIONDI B., voce "Cosa futura", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, UTET, 1959, p. 1022.

⁵ Gli effetti contrattuali sono sostanzialmente analoghi a quelli tipici, subiscono però degli adattamenti al fine di poter meglio realizzare il peculiare assetto di interessi voluto dalle parti. In dottrina GAZZARA G. sostiene che se è vero che quando la cosa è futura è inconcepibile il trasferimento del diritto al momento della conclusione del contratto (dato che su quel che non esiste non ci può essere un diritto dominicale), ciò non autorizza di per sé solo a concludere che non si possa disporre preventivamente e validamente del diritto su cosa futura. Si avrà un contratto completo di tutti i suoi elementi i cui effetti reali sono differiti e l'evento ulteriore (esistenza della cosa) rimane estraneo alla fattispecie negoziale, pur fungendo da funzione di concausa necessaria dell'efficacia reale rispetto alla quale il primo è preordinato, in *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 173.

⁶ Per approfondimenti: SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Artt. 1321 - 1352*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1970, p. 354. Una tale eventualità è desumibile, oltre che dall'art. 1348 c.c., anche dall'art. 1347 c.c., il quale ammette che i contratti sottoposti a termine o condizione producano i loro effetti (differiti) quando la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine.

⁷ Opinione espressa da GABRIELLI E., in *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 177. *Contra* GAZZARA G., *op.cit.*, p. 172.

⁸ Cfr. sempre GABRIELLI E., *Il contenuto e l'oggetto*, in GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti in generale*, I, Milano, UTET, 2006, p. 756.

una incompatibilità strutturale o sostanziale con la deducibilità di un bene futuro rispetto principalmente:

a) alla funzione causale del negozio: esistono dei contratti con funzione immediatamente traslativa, i quali presuppongono necessariamente l'attuale presenza del bene.

In dottrina è discusso - ad esempio - se il fondo patrimoniale possa avere ad oggetto beni futuri. La tesi contraria fonda il proprio convincimento sui seguenti motivi⁹. L'art. 167 cc fa espressamente riferimento a “*determinati*” beni, lasciando intendere che gli stessi siano esistenti. In secondo luogo il vincolo di destinazione di cui trattasi ha carattere reale immediato e non può limitarsi ad avere un effetto obbligatorio. Inoltre, qualora sia costituito da un terzo o da un coniuge, i quali non si riservino la proprietà esclusiva del bene, il negozio è qualificabile come liberalità non donativa e, pertanto, potrebbe trovare applicazione il divieto *ex art. 771 c.c.*¹⁰.

b) alla modalità di perfezionamento del contratto: con riferimento, in particolare, ai contratti reali¹¹.

⁹ La compatibilità tra futuità e fondo patrimoniale è stata affrontata da: DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 368 e AUCIELLO A., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 347. Quest'ultimo, in particolare, ritiene che non sia vietata la costituzione di un fondo patrimoniale di beni futuri nel caso in cui non vi sia liberalità, se cioè sia formato da beni di proprietà dei due coniugi in comunione legale (ad esempio la villa da costruire su un suolo in comunione legale). Questi ultimi devono però essere determinati. Non è, invece, consentita la generica costituzione di un fondo di tutti i beni che saranno acquistati in futuro.

La tesi che favorevole alla sua ammissibilità rileva come l'oggetto del fondo non sia il bene materiale, ma quello giuridico (il quale esiste nel momento in cui il fondo viene costituito), cfr. PERLINGIERI P., *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su “beni futuri”*, in *Diritto della famiglia*, 1977, p. 275 ss.

¹⁰ Autorevole dottrina ritiene che laddove attraverso il negozio si produca comunque una liberalità, allo schema negoziale prescelto si applichino le cd. norme materiali della donazione, ossia un “*quelle dettate per la donazione per espressa disposizione di legge o per la ratio propria delle disposizioni stesse*”. Di conseguenza se la *ratio* dell'art. 771 c.c., come visto nel precedente capitolo, è quella di porre un freno alla prodigalità potrebbe essere considerata una norma materiale valevole anche in questo caso, cfr. TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. in CARNEVALI U., MORA A. (a cura di), in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 78.

Secondo un altro orientamento, invece, l'art. 771 c.c. sarebbe una norma eccezionale e pertanto non suscettibile di applicazione analogica.

In giurisprudenza: “*la nullità (e la conseguente inidoneità ex art. 1159 cod. civ.) di tale donazione ex art. 771 cod. civ. potrebbe essere affermata solo ove l'interpretazione (letterale e logica) di tale ultima norma consentisse di considerare come beni futuri i beni non ancora del donante, ma esistenti “in rerum natura” ed appartenenti ad altri, ma non per via di interpretazione analogica, in considerazione della natura eccezionale della norma in questione*”, cfr. Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. Notar.*, 2001 nota di GAZZONI; *Corriere Giur.*, 2001, 6, p. 756 nota di MARICONDA; *Giur. It.*, 2001, p. 1595 nota di D'AURIA; *Nuova Giur. Civ.*, 2001, 1, p. 679 nota di RINALDI; *Nuove Leggi Civili*, 2001, p. 943 nota di SANTARSIERE; *Notariato*, 2001, 5, p. 454 nota di LOMONACO; *Giust. Civ.*, 2002, 1, p. 471; *Riv. Notar.*, 2002, p. 404 nota di VISALLI.

¹¹ Sul punto si contrappongono varie tesi dottrinali. Alcuni autori ritengono “*logicamente inconcepibile che la traditio possa avere ad oggetto un bene che non è ancora venuto ad esistenza*”, cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *Diritto civile. 1.2: Fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1986, p. 693. Tuttavia parte della dottrina e - come verrà approfondito nel capitolo III - il legislatore hanno ammesso delle particolari varianti (come il pegno ad oggetto futuro).

Ancora, secondo alcuni autori esistono altri casi in cui è discutibile che il negozio possa riferirsi a un bene futuro, come quelli in cui vi è lo scambio tra un godimento duraturo del bene contro corrispettivo¹².

Le difficoltà derivanti dalla complessa conformazione del fenomeno hanno dato vita a diverse ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali cui sono seguite delle incertezze applicative. Queste ultime - che si sommano all'emersione di nuove figure negoziali come il pegno non possessorio su beni e crediti futuri - giustificano il seguente lavoro di approfondimento.

2. Nozione

L'analisi della struttura e degli effetti dei negozi di cui trattasi non può prescindere da una preliminare definizione del concetto stesso di "bene futuro".

La nozione *de quo* ha una accezione in parte diversa da quella utilizzata nel linguaggio comune ed è fondamentale delimitare l'oggetto del lavoro di ricerca e le fattispecie che si andranno ad analizzare. Le conclusioni di seguito riportate in merito alla disciplina applicabile varranno, infatti, esclusivamente per quei contratti caratterizzati da una precisa nozione di futurità, la quale si è evoluta nel corso del tempo e che ad oggi non può considerarsi ancora univoca.

È bene precisare sin da subito che la norma fa riferimento alla cosa futura e non all'oggetto del contratto *ex art.* 1325 c.c., il quale deve sempre esistere ai fini del perfezionamento della fattispecie negoziale.

La dottrina, vista l'ambiguità terminologica della stessa nozione di oggetto nonché il fatto che spesso venga impiegato dal legislatore in contesti "*equivoci*"¹³, è ancora divisa in ordine alla sua esatta qualificazione. In questa sede non è possibile approfondire l'*iter* dottrinale e giurisprudenziale

¹²Come ad esempio il contratto di locazione relativa ad un alloggio da costruire: il negozio dovrebbe considerarsi nullo almeno nell'ipotesi in cui la durata del contratto sia pari o di poco superiore al tempo di costruzione, cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *op. cit.*, p. 698.

È opportuno, comunque, tenere conto delle diverse interpretazioni (restrittive e non) relative ai singoli negozi, cfr. GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2015, p. 180. Infatti con riferimento alla rinuncia di diritti futuri prevale una generica opinione positiva. La Cassazione infatti ha affermato che risulta un principio uniformemente affermato in giurisprudenza che la rinuncia possa riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto e nella loro estensione, con il solo limite che non esistano divieti di legge o che non si tratti di diritti indisponibili. Relativamente, invece, all'assunzione di debiti futuri si riscontrano opinioni divergenti con particolare riferimento, come si vedrà, all'espromissione di debito futuro.

¹³ È stato rilevato come nello stesso capo dedicato all'oggetto del contratto gli artt. 1347, 1348 e 1349 c.c. alludano all'oggetto della prestazione. Mentre negli artt. 1470 e 1552 c.c. il termine oggetto designa in sintesi il contenuto di un determinato contratto, cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *op. cit.*, p. 689.

sviluppatosi sul punto¹⁴. È sufficiente il richiamo alla netta differenza – ricavabile dalla lettura del codice e acquisita in dottrina e giurisprudenza – tra oggetto del contratto e oggetto della prestazione¹⁵. Il termine di riferimento del primo è la prestazione, la quale deve essere possibile, lecita, determinata o determinabile ed esistente al momento dell'accordo: “*ciò che sotto il nome di oggetto è essenziale alla conclusione o formazione del contratto, e lo rende valido, è la possibilità della prestazione, avente per oggetto un bene, considerato non in sé stesso ma nella sua giuridica rappresentazione*”¹⁶.

Il bene dovuto (la cosa) è, invece, l'oggetto della prestazione, nello specifico quella di dare. La futurità, infatti, non può che prospettarsi con riferimento a tale tipologia di prestazione e non rispetto a quelle di fare o non fare, poiché queste ultime sono destinate per loro natura a realizzarsi in futuro¹⁷. Anche l'oggetto della prestazione deve essere, comunque, possibile e determinato¹⁸. L'attuale non esistenza della cosa, tuttavia, non lo rende mancante: un conto è la determinatezza, un conto è l'esistenza del bene. Si tratta di due piani diversi: la futurità di per sé non lo rende indeterminato. La prestazione avente ad oggetto un bene futuro può essere inserita all'interno di contratti sia ad effetti reali che obbligatori¹⁹. Nella prima ipotesi a partire dal momento della conclusione si producono esclusivamente gli effetti obbligatori compatibili e il requisito di determinatezza varia a seconda dell'oggetto di riferimento. Se si tratta di una attribuzione traslativa va indicato il bene che

¹⁴ Per approfondimenti si consultino *ex multis*: CANNATA C.A., *Oggetto del contratto*, in *Enc. giur.*, XXIX, Milano 1979, p. 827 ss; ALPA G., MARTINI R., *Oggetto e contenuto*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, 3. Torino, 1999, p. 335 ss; FERRI G.B., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 11; GABRIELLI E., *op. cit.*; CAUADELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966; GORLA G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss; SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*; IRTI N., *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 806; MESSINEO F., voce *Contratto*, in *Enc. Dir.*, 1961, p. 784 ss.; CALVO R., *La formazione del contratto, oggetto ed effetti in generale*, Padova, CEDAM, 1994

¹⁵ Non bisogna confondere i concetti di prestazione contrattuale e prestazione dedotta in obbligazione: la prima ha un contenuto più ampio rispetto alla seconda. Le due nozioni possono coincidere quando un contratto produce esclusivamente effetti obbligatori, ma se invece il negozio ha effetti reali l'attribuzione della proprietà non può qualificarsi tecnicamente come obbligazione. Essa è una prestazione contrattuale. Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, può accadere che una prestazione sia oggetto di una obbligazione (es pagare il prezzo) e l'altra no (il trasferimento della proprietà), cfr. ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 318. DIENER M.C., *op. cit.*, p. 361: “*è preferibile la tesi che identifica l'oggetto del contratto nella prestazione. Tale termine comprende non solo il contenuto dell'obbligazione (ciò che le parti sono tenute a fare), ma in genere ogni modificazione della situazione materiale che deriva dall'impegno assunto dalle parti (cioè non solo ad esempio il pagamento del prezzo, ma anche il trasferimento del diritto che avviene attraverso la semplice manifestazione de consenso*”.

¹⁶ In dottrina: PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri*, Napoli, Jovene, 1962, p. 67 e GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 907.

¹⁷ Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op.cit.*, p. 366.

¹⁸ V. BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, vol. VII, Torino, UTET, 1972, p. 211: “*l'identificazione può definirsi come accertamento della identità del diritto alienato o del bene specifico che ne è oggetto*”. Per approfondimenti si veda anche MAIORCA C., *La cosa in senso giuridico: contributo alla critica di un dogma*, Torino, Edizioni scientifiche italiane, 1937.

¹⁹ Attenta dottrina osserva che il codice non dedica alcuna norma specifica ai contratti ad effetti obbligatori su cosa futura, né la dottrina vi si è soffermata più di tanto perché in questi casi non si solleva alcun particolare problema: l'obbligazione di dare è inoperante fino alla venuta ad esistenza del bene, secondo quella che risulta essere la volontà delle parti. Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 368.

ne forma l'oggetto, la sua identità. Nei diritti di credito, invece, vanno individuati tutti gli elementi caratterizzanti lo stesso (persona, contenuto, titolo)²⁰.

Nel diritto romano si era adottata un'accezione ristretta del termine cosa futura. Posta la regola "*nulla venditio sine re quae veneat*", era considerata ammissibile la vendita di beni futuri esistenti *in rerum natura*²¹, come ad esempio i frutti pendenti o in germe²². L'alienazione di beni non ancora venuti ad esistenza era qualificabile come mera *emptio spei*²³.

Nel nostro ordinamento, invece, il legislatore ha adottato una nozione molto più ampia, tale da ricomprendere altresì i beni non ancora venuti ad esistenza. Ciò è desumibile dalla stessa formulazione di alcune disposizioni all'interno del codice: ad esempio l'art. 1472 che disciplina la vendita di cosa futura. Suddetta norma, nel prevede l'inciso "*se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo [...]*", lascia intendere che l'alienazione può validamente riguardare anche altre categorie. Alle medesime conclusioni si arriva dalla lettura degli artt. 771 e 2823 c.c.²⁴. Il primo sanziona con la nullità la donazione di beni futuri, salvo che si tratti di frutti non ancora separati (quindi esistono beni futuri diversi da questi ultimi). L'art. 2823, invece, prevede espressamente la possibilità di iscrivere un'ipoteca su beni immobili futuri.

Nell'ordinamento attuale la futurità deve essere intesa nel senso che il bene (o il diritto) non deve esistere in alcun patrimonio al momento della conclusione del negozio²⁵.

²⁰ In dottrina: LUMINOSO A., *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale a cura di Cicu - Messineo*, Milano, 2014, p. 234 e RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. a cura di Cicu - Messineo*, XXIII, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 86. Si rimanda comunque al § 2.1.2. del capitolo IV per approfondimenti sul punto.

²¹ Si trattava di contratti che anticipavano la futura autonomia giuridica del bene (i cd. negozi di mobilitazione di cose immobili), cfr. MESSINEO F., *Mobilizzazione di cosa immobile e di concetto di cosa futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 71 ss, il quale rileva come esistenza fisica ed esistenza giuridica sono "*nozioni che non si sovrappongono tanto esattamente da identificarsi appieno*" (p. 75).

Il legislatore ha confermato l'ammissibilità dei negozi di disposizione dei frutti di beni immobili come beni mobili futuri all'art. 820, comma 2, con tutte le conseguenze in ordine alla disciplina degli stessi (forma, trascrizione, opponibilità).

²² V. POMPONIO, D. 18.1.8.pr., "*fructus et parti futuri recte emuntur*". L'antica impostazione di stampo giustiniano è stata ripresa e sviluppata durante la vigenza del codice del 1865 da GABBA P., *La contrattazione sui beni futuri nel diritto civile Italiano*, Città di Castello, 1902, p. 8: nel caso in cui la cosa non esista almeno in germe il contratto tra le parti non può considerarsi una compravendita di bene futuro, bensì una promessa di vendita. La determinabilità dell'oggetto ex art. 1104 del codice del 1865, infatti, non può che riferirsi ad un oggetto già esistente al momento della conclusione del contratto. Aderendo a questo orientamento si arriva ad una sostanziale negazione dell'ammissibilità della vendita di cosa futura, poiché la vendita di un bene almeno in germe risulta essere una vendita ordinaria di un bene già esistente.

²³ Sempre POMPONIO, D. 18.1.8 "*Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur [...] quia spei emptio est*".

La dottrina dell'*emptio rei speratae* e dell'*emptio spei* è sorta in rapporto alla compravendita di cosa futura e la costruzione di un concetto generale di quest'ultima fondato sull'alea è da attribuirsi ai compilatori giustiniani (nel diritto classico si conoscevano i soli casi di acquisto del ricavato della caccia, pesca e simili) cfr. BRASIELLO U., voce "*Emptio spei*" ed "*emptio rei speratae*" (*diritto romano*), in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 519.

²⁴ Cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 12.

²⁵ Ad esempio i diritti di autore su un libro che si sta ancora scrivendo, ma anche la costituzione di futuri diritti reali di godimento. Non è vendita di beni futuri, come si vedrà in seguito, l'alienazione di un diritto di credito sottoposto a condizione sospensiva o derivante da un contratto aleatorio, cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 174 e ss. *Contra* MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, Torino, UTET, 1991, p. 22. Altra dottrina ha definito "cosa futura" come qualsiasi cosa che, pur non esistendo fisicamente, è insuscettibile di attuale disposizione e come tale idonea a costituire oggetto di diritti, cfr. GAZZARA G., *op. cit.*, p. 157.

Tale definizione necessita di alcune precisazioni:

- la locuzione “*non deve esistere*” va interpretata nel senso che sono in essa ricompresi sia i beni non ancora esistenti nella loro materialità, sia quelli che non hanno ancora acquistato una propria individualità giuridica autonoma.

Sono beni futuri, infatti, anche quei beni in senso lato esistenti, ma non come cose indipendenti o a se stanti²⁶. Si pensi, ad esempio: ai frutti non ancora separati; ai minerali; ad un immobile da costruire di cui è già iniziata la costruzione²⁷; al raccolto di un determinato fondo già seminato. In questi casi l’atto che determina l’acquisto non è la venuta ad esistenza materiale, ma la separazione per frutti, il taglio per gli alberi, l’estrazione per i minerali ecc.. In realtà è molto frequente che la *res futura* sia presente *in rerum natura*, ma non sia ancora considerata dall’ordinamento come bene autonomo.

L’unico momento in cui può avere rilevanza una tale differenziazione può essere quello del passaggio di proprietà. È sorto in dottrina il dubbio se la parziale esistenza della cosa possa essere di per sé idonea a determinare il mutamento della titolarità. Nel solo caso dei frutti e degli alberi, infatti, l’effetto traslativo è fatto coincidere dal legislatore con la separazione e il taglio. Negli altri casi, in cui si verifica una graduale venuta ad esistenza del bene, alcuni autori ritengono che le parti possano decidere che il compratore acquisti il dominio a mano a mano che il bene si forma. L’art. 1472 c.c. nella parte in cui prevede che la proprietà passi nel momento in cui il bene viene ad esistenza deve considerarsi una prescrizione di natura dispositiva²⁸;

- l’inciso “non deve esistere *in alcun patrimonio*” permette di includervi quei beni che pur esistendo nella loro materialità non appartengono ad alcun soggetto: le *res nullius*.

La nozione di futurità non ricomprende al suo interno quella di attuale inaccessibilità, come ad esempio nell’ipotesi in cui il negozio abbia ad oggetto un bene che si trova in un luogo difficilmente raggiungibile. In questi casi o il contratto è nullo per impossibilità della prestazione (nell’eventualità in cui l’abbiano dedotto come bene attuale) o si tratta di un negozio condizionato (“se riuscirò a prenderla”)²⁹.

Non bisogna, inoltre, confondere il concetto di futurità con quello di genericità³⁰. Sotto il profilo giuridico, in caso di vendita di cose generiche è del tutto irrilevante se il bene sia *medio tempore*

²⁶ Osserva infatti PERLINGIERI che “*altro è l’autonomia giuridica altro è la esistenza materiale*”, in *op. cit.*, p. 45. Dello stesso avviso anche SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 336.

²⁷ Agli effetti della vendita, come si vedrà nel capitolo seguente, l’immobile da costruire è un bene futuro fino a quando non viene ultimato.

²⁸ In relazione alla natura dispositiva dell’art. 1472 c.c. si veda PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 198.

²⁹ Cfr. GRECO P./COTTINO G., *Della vendita*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, Zanichelli, 1962, p. 55.

³⁰ Sono cose generiche quelle determinate solo nel genere, al contrario di quelle specifiche che, invece, posseggono una loro individualità. Questa distinzione va tenuta distinta rispetto a quelle tra cose fungibili (beni equivalenti, sostituibili) e infungibili, che attiene alla intrinseca natura della cosa ed ha carattere obiettivo. È vero che l’obbligazione avente ad oggetto cose generiche è costituita da beni fungibili non specificati (perché se fossero fungibili sulle quali non è ancora intervenuta la scelta si tratterebbe di una obbligazione alternativa), ma le prime due categorie si riferiscono

presente o futuro al momento della conclusione del contratto. Solo se la specificazione avviene prima della venuta ad esistenza del bene ha senso parlare di vendita di cosa futura³¹.

Infine, non è un bene futuro la prestazione in sé, anche se la stesa va eseguita dopo la conclusione del contratto. Altrimenti, come già rilevato, ogni negozio per natura avrebbe oggetti futuri (la ragione per cui viene stipulato è regolare un determinato affare a partire da quel momento in poi, anche se riguarda fatti passati). Neanche il negozio sotto condizione o termine ha come oggetto un bene futuro, poichè generalmente riguarda una realtà presente ed è eventuale la futura realizzazione del diritto³².

Più complesso è risultato, invece, il dibattito sulla sussunzione sotto la categoria della vendita di cosa futura della vendita di beni altrui e dell'*emptio spei*.

2.1. *L'emptio spei e l'emptio rei speratae*

Non sono mancate teorie che hanno qualificato *res sperata* e *res futura* come sinonimi³³. La tesi tradizionale e maggioritaria, tuttavia, tiene separate le due forme di vendita³⁴.

Il dibattito ha perso oggi importanza pratica in virtù del fatto che si rileva la sempre meno frequente stipulazione della *emptio spei* nella sua forma pura, in favore di numerose varianti negoziali volte ad assicurare l'esigenza di garanzia contro i rischi³⁵.

Si sono succedute diverse teorie in merito alle ragioni della differenza tra i due tipi di vendita.

Alcune hanno focalizzato la loro attenzione sulle caratteristiche dell'oggetto del contratto. Soprattutto in passato - durante la vigenza del codice del 1865 - si è sostenuto che l'*emptio spei* fosse una compravendita di cosa presente (la speranza/l'alea/il rischio) e non di cosa futura, proprio perché la

prevalentemente (ma non esclusivamente) al modo in cui la cosa viene dedotta nel contratto. Ad esempio le cose generiche e fungibili possono essere già specificate al momento di conclusione del negozio (ad es. vendo 100 kg di grano che ci sono nel mio magazzino e dentro quest'ultimo c'è solo quella quantità) e in questo caso non si ha una vendita di cose generica, ma di massa.

In dottrina si ritiene generalmente che le cose generiche possano essere solo mobili. In realtà ciò non è esatto, dato che esiste il *genus limitatum*, (oltre all'*illimitatum*). Per stabilire la genericità o specificità della cosa occorre avere riguardo non alla natura della stessa prima della conclusione del contratto, ma al modo in cui è stata considerata o dedotta. Ad esempio se vendo 10 ettari del mio fondo che ne contiene 100 senza specificare quali siano quelli venduti (e in questo caso gli ettari non solo sono una cosa generica, ma anche fungibile rispetto agli altri 90). Il *genus limitatum*, infatti, può anche non esistere in natura ed essere una creazione artificiale delle parti. Cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 95.

³¹ Cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 19. L'autore fa l'esempio della vendita di 100 quintali di mele dal meleto X (che ne conta 1000 quintali). Se è possibile l'individuazione delle mele ancora sugli alberi, cioè ancor prima della loro separazione, si avrà una vendita di cosa generica fino alla specificazione e vendita di cosa futura da quel momento in poi.

³² Si veda BIONDI B., voce "Cosa futura", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, UTET, 1959, p.1022.

³³ In dottrina: RAMELLA A., *La vendita nel moderno diritto*, Milano, 1920, II, pag. 41 ss.; GAZZARA G., *op. cit.*, p. 160; *Contra* SALIS, *La compravendita di cosa futura*, Padova, CEDAM, 1935, p. 133: la cosa futura è sempre una cosa sperata, mentre non tutte le cose sperate sono anche future (possono infatti già essere presenti *in rerum natura* me le parti, al momento della conclusione del contratto, ne ignorano l'esistenza, la qualità o la quantità). Le cose sperate, dunque, rappresentano una categoria più ampia di quelle future e fino a quando la cosa sperata è anche futura non è possibile alcuna differenziazione tra *emptio spei* e *emptio rei speratae*.

³⁴ *Ex multis* si veda: RUBINO D., *op. cit.* p. 212 e ss.

³⁵ Il caso di scuola di *emptio spei* è la vendita del pesce che verrà pescato: oggi i grossi rivenditori regolano in modo che il rischio che la pesca non vada a buon fine non venga posto a carico del compratore, ma dello stesso pescatore, cfr. sempre RUBINO D., *op. cit.*, p. 212 e ss

mancata venuta ad esistenza della cosa non incide sul negozio e sull'obbligo del venditore di pagare il prezzo³⁶. L'obiezione principale rispetto a tale ricostruzione è il fatto che la speranza, l'alea e il rischio non sono considerabili beni giuridici suscettibili di costituire oggetto di proprietà. Inoltre, se la cosa sperata viene ad esistenza, è sempre quest'ultima che si riconosce dovuta³⁷.

Altri ancora hanno sostenuto che la differenza vada ricercata nella certezza in merito alla futura esistenza della cosa³⁸. L'*emptio spei* è un contratto aleatorio, mentre la vendita di cosa futura un negozio commutativo. Autorevole dottrina, invece, ha rilevato e precisato che in entrambe le ipotesi è presente un elemento di futurità e incertezza, ma nell'*emptio rei speratae* questa investe l'intero negozio, mentre nell'*emptio spei* il solo trasferimento del diritto di proprietà³⁹.

Si è inoltre aperto un dibattito sulla natura giuridica di quest'ultima. Secondo una parte della dottrina, nonostante il *nomen iuris*, non si tratterebbe di una vera e propria vendita, ma di un tipo contrattuale a sé stante (e nominato perché previsto dall'art. 1472 cpv c.c.)⁴⁰. Nonostante la differente natura giuridica risulta applicabile in via analogica la disciplina della vendita⁴¹.

L'orientamento prevalente ritiene, invece, che entrambi i casi si possa parlare di vendita⁴². Ciò che differisce è l'oggetto dedotto in condizione: nell'*emptio spei* è la prestazione⁴³. In tal modo il contratto perde la sua funzione di scambio (il sinallagma contrattuale diventa incerto) e diventa aleatorio⁴⁴.

Nell'*emptio spei* una prestazione è certa e l'altra incerta, ma questo non vuol dire che l'altra parte si possa disinteressare completamente della venuta ad esistenza del bene⁴⁵. Non si tratta di un vincolo unilaterale di pagamento del prezzo, ma di un negozio bilaterale in cui l'uno è obbligato a non frustrare la legittima aspettativa giuridica dell'altra parte e quest'ultima a pagare il prezzo anche laddove il bene non venga ad esistenza.

³⁶ Sulla nozione di *emptio spei* durante la vigenza del codice del 1865 si veda: DE MARSICO A., *La compravendita di cosa futura*, in *Filangieri* 1911, p. 325 e ss; CHIRONI G., *Vendita emptio spei e rei speratae*, in *Studi e questioni di diritto civile*, III, 1915, pag. 156.

³⁷ Si dovrebbe sostenere altrimenti che la speranza (così come l'alea o il rischio) sia un bene suscettibile di dominio, di valutazione economica, di individuazione e di cui una persona può privarsi attraverso un atto di volontà per trasferirlo al compratore. Inoltre se la speranza fosse l'oggetto del contratto sarebbe poi necessario un altro negozio per il trasferimento della cosa sperata, cfr. SALIS L., *op. cit.*, p. 11 ss.

³⁸ Cfr. DE MARSICO, *op. cit.*, p. 536.

³⁹ Il primo è un contratto commutativo condizionato, mentre il secondo è un contratto aleatorio perché una delle prestazioni è condizione, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 162.

⁴⁰ Si vedano RUBINO D., *op. cit.*, p. 215 e CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, I, Milano Giuffrè, 1988, p. 101.

⁴¹ Non si ritiene applicabile però la parte relativa alla garanzia per i vizi e per evizione, salvo che non sia imputabile a colpa del venditore, cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 110.

⁴² Si veda *ex multis* LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 207.

⁴³ La condizione può essere riferita alla sola prestazione (ad esempio il solo obbligo di pagare il prezzo: "pagherò solo se quel bene avrà quelle determinate caratteristiche"). La legge e la dottrina, infatti, distinguono i requisiti di efficacia del negozio da quelli di efficacia della prestazione. Si pensi ad esempio alla disciplina del termine.

⁴⁴ Cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 136.

⁴⁵ V. CALVO R., *La vendita*, III/1, Torino, Zanichelli, 2016, p. 100.

2.2. Il negozio su beni altrui

Durante la vigenza del codice del 1865, l'orientamento prevalente faceva ricadere sotto l'alveo della categoria dei beni futuri quella dei beni altrui⁴⁶.

Il legislatore del '42 ha sposato, invece, la tesi della separazione del concetto di altruità da quello di futurità. I beni soggettivamente futuri sono diversi rispetto a quelli oggettivamente futuri sia dal punto di vista giuridico che concettuale. Sotto il primo profilo un bene, infatti, può essere proprio (presente o futuro) o altrui (presente o futuro).

Al'interno della disciplina della vendita e dell'ipoteca le due ipotesi sono contemplate, infatti, in articoli diversi (artt. 1472 e 1478; artt. 2822 e 2833 c.c.)⁴⁷.

Nella parte dedicata alla donazione, invece, l'art. 771 c.c., si limita a prevedere che la donazione non possa comprendere che i beni presenti del donante e se comprende beni futuri è nulla rispetto a questi. In dottrina si è quindi aperto un dibattito sulla sussumibilità all'interno della locuzione "beni futuri" ex art. 771 di quelli esistenti *in rerum natura*, ma non ancora facenti parte del patrimonio del disponente perché altrui. Si sono contrapposte nel tempo diverse tesi. L'interrogativo non ha valore

⁴⁶ Cfr. GRECO P./COTTINO G., *op. cit.*, p. 54 il quale cita SALIS L., *La compravendita di cosa futura*, cit, p. 133 ss.

⁴⁷ Per una più approfondita differenziazione si veda BIONDI B., *I Beni*, in *Trattato di diritto civile a cura di Vassalli*, IV, Torino, UTET, 1953, p.154.

meramente dogmatico in quanto dall'adesione all'una o all'altra tesi dipende la sorte del negozio donativo⁴⁸. Recentemente sul punto si sono espresse le Sezioni Unite della Cassazione⁴⁹.

Come si ricava dall'art. 769 c.c. la donazione può essere sia dispositiva che obbligatoria⁵⁰. Nel primo caso il dettato legislativo richiede espressamente l'attualità dello spoglio e il conseguente arricchimento.

Posto dunque che se il donante assume consapevolmente ed espressamente l'obbligo di procurarsi la proprietà di un bene altrui si ricade pacificamente nella seconda fattispecie donativa di cui sopra, la dottrina e la giurisprudenza si sono invece interrogate sulla sorte di una donazione di tipo dispositivo avente il medesimo oggetto.

⁴⁸ L'adesione alla tesi della nullità del negozio *ex* 771 c.c. rispetto a quella della sua mera inefficacia ha delle ripercussioni in ordine alla idoneità del negozio donativo stipulato a rappresentare un titolo idoneo a trasferire la proprietà ai fini dell'usucapione abbreviata. Perché operi la più favorevole disciplina dell'art. 1159, infatti, è necessario che il titolo sia astrattamente idoneo, ossia di per sé valido e che non presenti altri vizi se non quello dell'essere stato stipulato da chi non è proprietario (cui consegue l'impossibilità di produrre effetti reali immediati). Se si aderisce alla tesi della inefficacia, *nulla quaestio*: vi è un atto valido il cui unico vizio è l'altruità del bene. Più problematica è invece la risoluzione del problema nel caso in cui il titolo sia da considerarsi nullo *ex* art. 771 c.c.. In questo caso, infatti, l'atto non potrebbe considerarsi valido e idoneo. Pertanto residuerebbe la disciplina ordinaria dell'usucapione ventennale. Accanto a questa tesi più formalistica, si è sviluppata, però, in giurisprudenza una tesi sostanzialistica: è vero che il negozio è nullo e che il titolo non dovrebbe presentare altri problemi se non il difetto della non titolarità del bene da parte del dante causa, tuttavia si deve riflettere sul fatto che in realtà l'unico vizio che affligge tale tipologia di donazione è proprio quest'ultimo (l'altruità del bene). Il fatto che il legislatore, in virtù della particolare disciplina della donazione, commini la nullità della stessa (perché mosso da un intento diverso di protezione, rispetto a un negozio oneroso o gratuito), non dovrebbe portare ad applicare una disciplina più gravosa in capo al donatario.

L'orientamento sostanzialista è quello seguito dalla giurisprudenza recente e si citano *ex multis* in ordine cronologico: Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 203; *Riv. not.*, 2001, p. 862, con nota di GAZZONI; *Corr. giur.*, 2001, p. 756, con nota di MARICONDA; *Giur. it.*, 2001, p. 1595, con nota di D'AURIA; *Notariato*, 2001, p. 454, con nota di LOMONACO; *Nuovo dir.*, 2001, p. 943, con nota di SANTARSIERE; *Giust. civ.*, 2002, I, p. 471; *Riv. not.*, 2002, p. 404, con nota di VISALLI; *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 679, con nota di RINALDI; Cass. 5 maggio 2009, n. 10356, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, p. 2116; *Guida dir.*, 2009, 25, p. 49; *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, p. 2162; *Mass. Giust. civ.*, 2009, 5, p. 723; *Giust. civ.*, 2010, 11, I, p. 2609, con nota di FRUGIUELE; *Foro it.*, 2010, 1, I, 1, p. 60, con nota di PARDOLESI; *Riv. not.*, 2010, 1, p. 124, con nota di GROSSMANN; *Riv. not.*, 2010, 4, p. 1118, con nota di CHECCHI; Cass. 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, p. 1762; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 12; Cass. 23 maggio 2013, n. 12782, in *Mass. Giust. civ.* Non è invece stata affrontata in Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Corr. Giur.* 2016, 5, 610 in con nota di CARNEVALI.

In dottrina si richiama MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 1975, pag 222 e ss (“la nullità della donazione di cosa altrui non dipende da un vizio di struttura del negozio, ma da una ragione inerente alla funzione del negozio”). *Contra*, invece: GAZZONI F., *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. not.*, 2001, p. 874.

⁴⁹ Il quesito posto era il seguente: “se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi oggetto beni altrui, oppure sia valida ancorché inefficace [...]”

⁵⁰ Nel codice Pisanelli l'art. 1050 prevedeva che “La donazione è un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta”. Caratteri essenziali della stessa erano dunque l'attualità e l'irrevocabilità dello spoglio (quest'ultimo richiesto espressamente in virtù dell'adesione del legislatore italiano del 1865 al principio francese “*donner et retenir ne vaut*”, come meglio specificato nel § 6). In virtù dell'art. 769 è oggi invece possibile attraverso la donazione non solo traferire un proprio diritto (o una propria cosa), ma altresì costituire un diritto reale (donazione costitutiva) o rinunciare a un proprio diritto (donazione liberatoria), oltre che, come affermato in premessa, dare vita a un vincolo meramente obbligatorio.

Sul punto erano due orientamenti⁵¹. Secondo l'indirizzo maggioritario tale negozio era da ritenersi invalido e ciò sulla base di due possibili distinti percorsi argomentativi: l'interpretazione in senso ampio della nozione di bene futuro *ex art. 771 c.c.*, tale da ricomprendere anche i beni soggettivamente futuri⁵²; la valorizzazione della *ratio* della norma e dunque l'istanza protettiva che sta alla base (l'esigenza di porre un freno agli atti di prodigalità e di limitare l'impoverimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante, che accomuna futuità ed altruità). In entrambi in casi il negozio è nullo per applicazione – nel primo diretta, nel secondo analogica - dell'art. 771.

Il secondo, più recente, orientamento sostiene invece che la donazione traslativa di beni che in realtà appartengono a terzi non sia nulla, ma semplicemente inefficace: sia per la ristretta portata letterale dell'art. 771 c.c., sia per la natura eccezionale del divieto di donare beni futuri⁵³. Pertanto si tengono nettamente distinte le due categorie di beni e si ritiene l'atto comunque valido.

La recente pronuncia delle Sezioni Unite non approfondisce tale differenza, ma elabora un ragionamento da un diverso angolo visuale che si discosta dalle soluzioni precedentemente affermate e rispetto al quale si possono comunque trarre delle conclusioni ai nostri fini⁵⁴.

L'*iter* logico che sta alla base della pronuncia del Supremo consesso condivide l'esito finale dell'operazione interpretativa dell'orientamento maggioritario suesposto: la nullità. Tuttavia, sulla base di una nuova motivazione in diritto: (non per applicazione diretta o in via analogica della nullità prevista *ex art. 771 c.c.* per la donazione di beni futuri, ma) per mancanza della causa del negozio di donazione.

⁵¹ Seppur, ad onor del vero, non vi era un vero e proprio contrasto, cfr. CARNEVALI U., *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.* 2016, 5, 613.; FERRANTE E., *Donazione di cosa altrui: perché "scomodare" le Sezioni Unite?*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com, Anno I, Numero II, luglio/settembre 2014.

⁵² In giurisprudenza si segnalano *ex multis* le più recenti: Cass. 23 maggio 2013, n. 12782, in *Mass. Giust. civ.*, 2013 ("il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante") e Cass. 5 maggio 2009, n. 10356, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, p. 160; *Corr. Giur.*, 2009, 6, p. 755, a cura di CARBONE V., *Donazione traslativa di beni altrui*; *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 11, p. 898, con onta di ONORATO M., *La donazione di bene altrui*; sempre in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 1, p. 42, con nota di LA MARCA G., *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*; *Notariato*, 2009, 5, p. 486, MAGLIULO F., *Il problema della validità della donazione di bene altrui*.

In dottrina, invece, TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg., in *Trattato di diritto civile e commerciale cicu – Messineo*, p. 490; MENGONI L., *op. cit.*, p. 27; CARNEVALI U., *Le donazioni*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di dir. Priv.*, 6, Torino, 1982, p. 470.

⁵³ Cfr. in giurisprudenza Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596: "la nullità (e la conseguente inidoneità *ex art. 1159 cod. civ.*) di tale donazione *ex art. 771 cod. civ.* potrebbe essere affermata solo ove l'interpretazione (letterale e logica) di tale ultima norma consentisse di considerare come beni futuri i beni non ancora del donante, ma esistenti "in rerum natura" ed appartenenti ad altri, ma non per via di interpretazione analogica, in considerazione della natura eccezionale della norma in questione. Ritiene il collegio che tale interpretazione non sia possibile. [...] Una volta chiarito che la donazione di beni altrui non è nulla *ex art. 771 cod. civ.*, la stessa andrà considerata come semplicemente inefficace, ma tuttavia idonea ai fini di cui all'art. 1159 cod. civ.", in *Riv. not.*, 2001, p. 862, con nota di GAZZONI F., *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*.

⁵⁴ Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Corr. Giur.* 2016, 5, 610 in con nota di CARNEVALI e in *I contratti* 2016, 10, p.877, con nota di DEPETRIS.

Dalla lettura dell'art 769 c.c. si evince che la donazione può essere di tipo dispositivo e quindi produce effetti reali immediati, con tutte le conseguenze che una tale affermazione comporta nei termini di attualità dell'arricchimento e contestuale depauperamento. Pertanto, a parere della Corte, i beni altrui non possono formare oggetto di donazione di tipo dispositivo, perché la donazione *a non domino* non è in grado di produrre effetti reali (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*)⁵⁵ e dunque non si può realizzare l'arricchimento a favore del donatario (l'appartenenza del bene al donante è un elemento essenziale). Ma ben possono essere dedotti nell'ambito di quella obbligatoria, purché vi sia formale ed espressa consapevolezza dell'altruità del bene⁵⁶.

Indirettamente la giurisprudenza in questo caso sembra accogliere la nozione oggettiva di bene futuro, così come si deduce dall'impianto del codice. Infatti tiene nettamente distinta la disciplina applicabile alla donazione di beni futuri *ex art. 771 c.c.*, da quella per donazioni di beni altrui, la cui sorte è ricavabile attraverso l'interpretazione del solo art. 769 c.c..

3. Natura giuridica

Il dibattito sulla natura giuridica è sicuramente quello più importante sia a livello teorico che pratico e passa attraverso l'approfondimento di diversi concetti fondamentali di teoria generale del diritto⁵⁷.

⁵⁵ In realtà non potrebbe produrre neanche effetti meramente obbligatori data la mancanza di volontà in ordine a questi ultimi.

⁵⁶ Sulla validità della donazione espressamente obbligatoria di beni altrui non si dubita. Depone in tal senso, come affermato, il dato letterale della norma. Il problema su cui si è soffermata la dottrina è in realtà quello di stabilire il come e il quando si producono gli effetti reali, cioè come va adempiuto l'obbligo di procurare la proprietà (manca infatti una espressa disciplina come nel caso della vendita di beni altrui). Secondo un primo orientamento dalla donazione obbligatoria nasce un'obbligazione di facere (il procurarsi la proprietà) e un'obbligazione di dare (trasferire la proprietà acquistata) da adempiersi con atto solenne (cfr. CARNEVALI, *op.cit.*). Non sarebbe possibile, infatti, l'automaticità dell'acquisto *ex art. 1478 c.c.* perché ovviamente non è richiamato né richiamabile attraverso l'istituto dell'analogia (non essendo riscontrabile né una lacuna normativa né l'*eadem ratio*) e perché mancherebbe in questo caso l'atto solenne del secondo negozio donativo, quello dispositivo. Per lo stesso motivo la proprietà non può essere trasferita dal terzo in quanto in questo caso difetterebbe l'*animus donandi*. Altra dottrina, invece, esclude l'automaticità in quanto il negozio donativo obbligatorio, proprio perché ad effetti meramente obbligatori, non costituirebbe titolo idoneo al trasferimento della proprietà (al contrario della vendita obbligatoria, qualificabile invece, al contrario, come contratto consensuale ad effetti reali differiti). Si potrebbe pensare allora che nasca dal primo negozio l'obbligazione di concludere un secondo contratto, la donazione dispositiva. In tal modo l'intera operazione sarebbe assimilabile alla stipulazione di un preliminare di donazione, considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nullo in quanto la causa *solvendi* da esso derivante sarebbe incompatibile con l'*animus donandi*. In realtà, si potrebbe adempiere attraverso il cd. pagamento traslativo. In questo caso avremmo una donazione obbligatoria, da stipularsi necessariamente per atto pubblico (non *per relationem* con il supposto successivo negozio donativo, ma perché è esso stesso una donazione), e un negozio di adempimento gratuito e non donativo cui applicare le ordinarie norme in materia di forma degli atti giuridici. Si tratterebbe di una sorta di preliminare di vendita di cosa altrui. Il negozio donativo non sarebbe nullo, in quanto animato dallo spirito di liberalità. Sarebbe inoltre possibile il trasferimento di proprietà ad opera del terzo attraverso il seguente schema: donazione obbligatoria; preliminare di vendita a favore del terzo-donatario, stipulato tra donante e terzo-proprietario; negozio di adempimento traslativo gratuito ad opera del terzo-proprietario in favore del donatario, cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 864.

⁵⁷ Autorevole dottrina rileva come la costruzione dogmatica dell'istituto (soprattutto della compravendita) nasce e si alimenta soprattutto dall'adesione a preconcetti dogmatici duri da scalfire e che però non tengono conto dei dati reali della figura, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 368.

La qualificazione del negozio ad oggetto futuro è fondamentale per stabilire quali siano gli effetti che si producono *medio tempore*, ossia fino a quando il bene non venga ad esistenza.

La dottrina ha prospettato nel tempo diverse configurazioni del fenomeno. Lo sforzo ricostruttivo non ha valore esclusivamente dogmatico in quanto dalla riconduzione dell'istituto all'interno dell'una o dell'altra categoria ne conseguono importanti ricadute applicative, con riferimento sia alla tutela della parte che dei terzi. Muta, infatti, sensibilmente: il momento perfezionativo del negozio; la sorte del contratto qualora il bene non venga ad esistenza (nullità, inefficacia, risoluzione per inadempimento, risoluzione di diritto); la natura giuridica della responsabilità e la trascrivibilità.

Si deve premettere che, generalmente, il paradigma normativo utilizzato per l'elaborazione delle varie teorie è stato il contratto di vendita. Pertanto tale contratto sarà di seguito assunto come punto di osservazione privilegiato delle problematiche che si intende analizzare.

Quando si cerca di inquadrare il fenomeno del negozio avente ad oggetto un bene futuro si deve tener conto di due momenti fondamentali derivanti dalla sua stessa natura: quello della manifestazione del consenso delle parti e la venuta ad esistenza del bene⁵⁸. Partendo da tale dato sono possibili diverse ricostruzioni:

3.1. Teorie che hanno scisso la fattispecie in due negozi

La prima modalità di inquadramento dei momenti di cui sopra è quella che ha optato per una scissione sia cronologica che strutturale dell'operazione economica voluta dalle parti in due negozi differenti. Secondo una corrente dottrinale risalente del tempo, infatti, la non esistenza del bene al momento della conclusione del contratto non sospende soltanto l'efficacia del negozio, ma ne compromette la sua stessa esistenza. Non può infatti aversi nessuna compravendita senza l'oggetto⁵⁹.

Partendo da questa premessa, si può arrivare a due diverse conclusioni.

⁵⁸ Nei contratti ad effetti differiti sorge il problema della scelta del momento in cui debbano essere valutati i presupposti di validità del negozio: se rispetto a quello conclusivo o a quello della "*entrata in vigore*". Quest'ultima, infatti, può essere posticipata per volontà delle parti o a causa della stessa funzione economico- sociale del negozio (ad esempio quelli *mortis causa*) o per la mancanza di uno dei termini di riferimento dell'assetto degli interessi (artt. 1347; 1348; 462, ult. cpv.; 643; 715, ult. capv.; 784), cfr. BETTI E. *op. cit.*, p. 240.

⁵⁹ Cfr. SALIS L., *op. cit.*, p. 172: per l'esistenza della compravendita è necessario che vi sia una cosa di cui sia almeno possibile il trasferimento. Mancando l'oggetto manca altresì lo scopo economico. Infatti, secondo l'autore, non si dovrebbe parlare di compravendita di cosa futura, ma di vera e propria compravendita futura.

3.1.1. Promessa di vendita e vendita

La prima è quella della scomposizione del fenomeno in due atti negoziali, i quali necessitano di due diverse manifestazioni di volontà: la promessa di vendita⁶⁰ (o una promessa anticipata)⁶¹ di beni futuri e la successiva vendita quando si materializza l'oggetto (riproducendo sostanzialmente lo schema preliminare-definitivo).

In questo modo, tuttavia, si va contro il dettato legislativo che ammette espressamente la possibilità di dedurre in contratto beni futuri. Non è necessaria una precedente promessa per regolare il rapporto *medio tempore* instauratosi tra le parti.

3.1.2. Negozio innominato e vendita

Oppure, com'è stato sostenuto, si può ritenere che prima che la cosa futura sia venuta ad esistenza si abbia non una promessa o un contratto preliminare, ma un diverso contratto innominato che poi si converte in vendita (basta una sola manifestazione di volontà)⁶². Il primo contratto è diverso perché ha solo l'apparenza di una compravendita, ma non la sostanza fino a quando il bene è solo futuro.

Medio tempore da quest'ultimo sorge a carico del venditore l'obbligo al trasferimento del diritto. Se è necessaria l'attività del venditore ai fini della nascita del bene, incombe sullo stesso l'impegno di adoperarsi a tal fine⁶³.

Al momento della venuta ad esistenza del bene, poi, si trasforma in obbligo di consegna e nasce la vera e propria vendita⁶⁴. Se la cosa non viene ad esistenza, invece, il negozio di compravendita di cosa futura si scioglie e "*praticamente viene considerato come non concluso*"⁶⁵.

Le critiche che sono state mosse a tale ultima ricostruzione si basano sulla considerazione che non viene in nessun modo approfondita la natura di questo primo contratto innominato che si converte successivamente in compravendita (non si spiega quale siano la causa e l'oggetto). Ed ancora, la

⁶⁰ Si veda GENTILE F.S., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, Jovene, 1959, p. 246.

⁶¹ La teoria della promessa anticipata è stata sostenuta da GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in VASSALLI F., *Tratt. dir. civ.*, Torino, UTET, 1937, p. 245: "*l'obbligazione di dare nascerà soltanto e se quando nascerà la cosa (diritto) che ne è oggetto: situazione per la quale più che nell'ambito delle obbligazioni convenzionali, non potendo la possibilità della prestazione (la nascita del suo oggetto) considerarsi condizione dell'obbligo, rientra nel quadro delle promesse di una prestazione impossibile attualmente, ma non (forse) in futuro (come la promessa di dare una cosa fuori commercio, di un'attività professionale quando si avrà l'abilitazione...).* Si parla di promessa anticipata perché lo si fa quando ancora non si può farlo, ora per allora".

⁶² Cfr. SALIS L., *op. cit.*, p.170 ss.

⁶³ Secondo questa teoria erano applicabili *medio tempore* gli artt. 1448 e ss del codice del 1865 (ossia quelli relativi alla vendita) in via analogica o – nei casi dubbi- anche le norme regolanti i negozi sospensivamente condizionati, con una particolarità: se l'esistenza della cosa era impossibile per il fatto del debitore non poteva esserci la *fiction iuris* dell'avveramento della condizione. La compravendita non poteva sorgere perché non c'era l'oggetto, l'altra parte aveva, però, diritto al risarcimento del danno.

⁶⁴ Non appena la cosa viene ad esistenza sorge la compravendita, si produce l'effetto reale e l'obbligo di trasferimento della proprietà del venditore cambia oggetto trasformandosi in obbligo di consegna. In quello stesso momento quest'ultimo acquista altresì il diritto "definitivo" al prezzo.

⁶⁵ Cfr. SALIS L., *op. cit.*, p.181.

qualificazione di un contratto non può farsi a posteriori a seconda che il bene venga ad esistenza o meno. L'operazione cui le parti hanno dato vita va letta alla luce della loro intenzione al momento della conclusione. Sarebbe irragionevole che un contratto originariamente diverso (diretto non allo scambio di cosa con prezzo, ma alla creazione di un vincolo obbligatorio) si tramuti poi in compravendita per l'insorgenza di un elemento indipendente ed estrinseco dallo schema negoziale⁶⁶. Non si capisce, pertanto, per quale ragione non possa qualificarsi sin dal principio come vendita di beni futuri. È inquadrabile come negozio di compravendita, infatti, sia quello che produce immediatamente il trasferimento del bene, che quello che può attuarlo⁶⁷.

In generale tutte le ricostruzioni dogmatiche secondo le quali, durante la manifestazione del consenso, non esista ancora un contratto di compravendita sono da ritenersi superate perché fondate sul presupposto che l'effetto traslativo debba necessariamente essere contestuale alla conclusione del negozio.

3.2. Teorie unitarie

3.2.1. Negozio incompleto e negozio a consenso anticipato

Un ulteriore filone interpretativo, oggi minoritario e risalente nel tempo, ha tentato di evitare la scomposizione di cui sopra, configurando il contratto ad oggetto futuro come un negozio unico, ma incompleto fino alla venuta ad esistenza del bene.

La fattispecie è stata scissa non in due diversi negozi, bensì in due fasi di un medesimo contratto.

Si è parlato prima di vendita imperfetta – ossia di una vendita caratterizzata dalla indeterminatezza dell'oggetto (o del prezzo) e per questo fonte di meri vincoli obbligatori⁶⁸ - e poi di contratto a formazione progressiva (o incompleto dal punto di vista procedimentale⁶⁹).

In seguito – dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 – quest'ultima teoria è stata ripresa e rielaborata da autorevole dottrina, arrivandosi così alla nota figura del negozio a consenso anticipato (rispetto al suo oggetto)⁷⁰.

⁶⁶ Critico in questo senso, GAZZARA G., *op. cit.*, p. 93.

⁶⁷ Si veda PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 94.

⁶⁸ Cfr. RAMELLA A., *La vendita nel moderno diritto*, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁹ In dottrina si è riflettuto sulla differenza tra il concetto di procedimento rispetto a quello di fattispecie a formazione progressiva, cfr. FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 190. Quest'ultimo autore ritiene che nel procedimento gli elementi non sono componenti della fattispecie, ma semplici determinanti. Di conseguenza rimangono estranei al nucleo degli elementi strutturali dell'atto finale, senza integrare gradualmente una fattispecie unitaria più complessa (come nel caso della formazione progressiva). Cfr. anche: SCONAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 335. Secondo Gazzara nel procedimento i vari atti collegati concorrono a determinare quello finale, l'unico cui va attribuita l'efficacia. In caso di formazione successiva, invece, ogni fase del ciclo formativo acquista autonoma rilevanza e produce effetti. Tutti gli atti sono connessi tra loro, in *Vendita obbligatoria*, *cit.*, p. 118.

⁷⁰ Si fa riferimento alla nota tesi di RUBINO D., in *Compravendita*, *op. cit.*, pag. 178 ss.

Si tratta di un contratto in corso di formazione non in relazione al consenso (che già c'è), ma all'oggetto, di cui si attende la futura venuta ad esistenza. In particolare, il contratto a consenso anticipato rappresenterebbe un'ipotesi di inversione dell'ordine cronologico di formazione degli atti giuridici. Il legislatore ha il potere di consentire che gli elementi che normalmente sussistono prima della formazione del consenso (come l'oggetto nella vendita) sopravvengano anche in seguito. L'art. 1348 c.c. ne sarebbe un tipico esempio.

Aderendo a questa teoria, qualora il bene non venga ad esistenza, non si ha nullità *strictu sensu*, così come prevista dall'art. 1472 c.c., ma il contratto rimane semplicemente definitivamente incompleto⁷¹. *Medio tempore* non si producono gli effetti definitivi del contratto (come ad esempio quelli reali se si tratta di una vendita), i quali sorgeranno solo quando quest'ultimo sarà completo di tutti i suoi elementi costitutivi. Tuttavia esistono degli effetti definiti "preliminari", ossia il vincolo di irrevocabilità e una obbligazione relativa alla futura nascita del diritto alienato⁷².

Questa tesi è stata criticata in dottrina poiché presenta diversi punti critici⁷³. Si è obiettato che in realtà cade in una contraddizione in termini perché non è possibile immaginare un consenso validamente prestato senza che sussistano *ab initio* tutti gli elementi essenziali del contratto, tra i quali vi rientra altresì l'oggetto. Quest'ultimo, infatti, è stato definito dalla dottrina come il "*contenuto della previsione volitiva*" e il "*termine di riferimento oggettivo della volontà*"⁷⁴. Di conseguenza se sussiste il consenso necessariamente esiste anche l'oggetto. Il negozio non si forma in fasi successive, ma definitivamente nel momento in cui si incontrano le manifestazioni di volontà.

Inoltre degli effetti obbligatori "preliminari" sono difficilmente conciliabili con una non ancora perfezionata fattispecie negoziale. La dottrina ritiene che non sia immaginabile alcun effetto giuridico

In giurisprudenza: Cass., 11 giugno 1956, n. 2048, in *Giust. Civ.*, 1956, I, p. 1235; Cass. 11 gennaio 1958, n. 66, *ivi*, 1958, I, p. 677 ("*la vendita di cosa futura costituisce un'ipotesi di contratto destinato a produrre, fino a quando la cosa non venga ad esistenza, effetti preliminari [...] quando ciò non si verifica entro il termine perentorio all'uopo pattuito, il contratto rimane incompleto per mancanza dell'oggetto e quindi non si attua il trasferimento della res compravenduta nella proprietà del compratore, il quale deve restituire il prezzo eventualmente ricevuto in anticipo*"); Cass., 11 gennaio 1958, n. 66, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 677; Cass 16 giugno 1956. n. 2048, *ibidem*, 1956, I, p. 235; A. Bari 21 febbraio 1959, in *Dir. e giur.*, 1960, p. 97 con nota di LABRUNA L., *Brevi appunti sulla permuta di cose future*.

⁷¹ Se lo si considerasse completo, invece, si dovrebbe ricorrere alla figura della risoluzione o per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta. Invece secondo RUBINO, la previsione della nullità all'art. 1472 c.c. depone a favore della fattispecie a consenso anticipato. Se così non fosse il legislatore non avrebbe avuto motivo di specificare le conseguenze della mancata venuta ad esistenza del bene. Se si considerasse la vendita un contratto già di per sé perfetto sarebbe sufficiente l'applicazione dell'art. 1463, in *op. cit.*, p. 181.

⁷² Per un approfondimento sulle caratteristiche degli effetti preliminari e sulle differenze rispetto a quelli definitivi si veda RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 107 ss.

⁷³ In particolare, PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 83.

⁷⁴ Cfr. OPPO G., *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, I, p. 82: "*poiché il negozio non è mera formula logica ma è strumento di effetti pratici e giuridici, l'esigenza di quella previsione in tanto è soddisfatta in quanto la previsione stessa abbia un contenuto praticamente e giuridicamente apprezzabile. Il destinatario e l'oggetto non si riducono alla previsione volitiva, ma sono termini di riferimento oggettivo della volontà*".

(compresa l'irrevocabilità del consenso) allorché si consideri il negozio come non ancora completo⁷⁵.

Di effetti si può parlare qualora manchino requisiti di efficacia, ma non di esistenza.

In giurisprudenza è stato affermato che (a differenza del contratto preliminare), la vendita di cosa futura non integri gli estremi del contratto "in formazione", ma costituisca un negozio perfetto *ab initio*, avente la sola particolarità che l'effetto traslativo è rinviato al venire ad esistenza del bene, al cui avverarsi esso si produce automaticamente, senza che occorra un successivo atto di trasferimento⁷⁶.

3.2.2. Negozio condizionato

L'altro orientamento diffuso sia in dottrina che in giurisprudenza⁷⁷ - e sviluppatosi durante la vigenza del codice del 1865 - ha qualificato il negozio ad oggetto futuro come negozio condizionato⁷⁸.

Il passo in avanti che viene fatto con questa tesi (e le successive) è quella di aver considerato il negozio avente ad oggetto beni futuri come un contratto vincolante sin dall'inizio e completo di tutti i suoi elementi essenziali (compreso l'oggetto). È solo a seguito della conclusione di un contratto di tal fatta che possono conseguire le tre fondamentali conseguenze *ex art. 1372 c.c.*: resistenza del contratto al pentimento della parte, immodificabilità del regolamento ad opera del singolo contraente e irretrattabilità degli effetti consumati⁷⁹.

b.1) Secondo alcuni autori si tratterebbe di una condizione sospensiva (volontaria) e l'avvenimento in essa dedotto sarebbe la venuta ed esistenza del bene⁸⁰.

La conseguenza dell'adesione a questa teoria è che - durante la pendenza della condizione - grava sulla parte che ha alienato il diritto sospensivamente condizionato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede per mantenere integre le ragioni dell'altra parte.

Tuttavia è stata ampiamente criticata per diverse ragioni di ordine sistematico. Le posizioni contrarie rilevano anzitutto che l'oggetto, quale elemento essenziale del contratto, difetta del carattere sia

⁷⁵ Si veda BIONDI B., *I Beni*, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁶ Cfr. Cass., 10 agosto 2006, n. 18129, in *Vita Notar.*, 2006, 3, p. 1431.

⁷⁷ In giurisprudenza vedi Cass. 19 gennaio 1937, in *Mass. Foro.it*, 1937, p. 35.

⁷⁸ La condizione, come è noto, può essere riferita sia all'intero negozio, che alla sola prestazione. La precisazione è importante per evitare di cadere nell'errore di poter considerare l'effetto traslativo come possibile oggetto della condizione. Non si può condizionare il solo effetto reale: o si condiziona l'intero negozio o si deve sostenere che ad essere condizionata è l'obbligazione di dare traslativo che produce l'effetto reale. Ma in quest'ultimo caso si deve aderire alla teoria - di seguito esaminata - che qualifica la vendita di un bene futuro come vendita obbligatoria, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 150.

⁷⁹ Il contratto validamente concluso vincola le parti *ex art. 1372 c.c.*, cioè queste ultime sono soggette alle modificazioni che derivano dallo stesso. Può comunque non esserci coincidenza tra vincolo ed effetti: il vincolo può sussistere e operare anche senza questi ultimi. La condizione è uno di quegli elementi che incide sugli effetti, ma non sulla esistenza o validità o vincolatività, cfr. ROPPO V., *Il contratto*, *op. cit.*, p. 501 e 568.

⁸⁰ Cfr. PACCHIONI G., *Corso di diritto civile, Dei contratti in generale*, XI, Torino, Giappichelli, 1933, p. 108.

dell'estrinsecità - perché la parte non intende perseguire con l'apposizione di una simile condizione un interesse esterno non soddisfatto dal programma negoziale *strictu sensu*⁸¹ - sia dell'accidentalità - perché il programma negoziale non è autosufficiente rispetto al meccanismo condizionale. La condizione avrebbe riguardo non ad un avvenimento futuro e incerto cui ancorare l'efficacia del contratto⁸², bensì ad un elemento essenziale del negozio stesso secondo la legge⁸³.

Inoltre una delle caratteristiche della condizione è la sua retroattività, che oltretutto ha carattere reale⁸⁴ e dunque è opponibile *erga omnes*. Invece l'acquisto del bene futuro si verifica – *expressis verbis* – *ex nunc*.

Secondo altra dottrina, il negozio ad oggetto futuro non potrebbe equipararsi ad un negozio condizionato poichè nel primo caso l'effetto reale non è sospeso, ma irrealizzabile. L'esistenza della cosa assume un duplice significato giuridico: non solo estingue l'obbligazione volta a non frustrare l'aspettativa giuridica dell'altra parte, ma rende possibile la nascita del diritto (e il passaggio dello stesso se si tratta di alienazione)⁸⁵.

b.2) In ragione delle numerose critiche di cui sopra, alcuni autori hanno ritenuto che la condizione cui è sottoposto il negozio ad oggetto futuro non sia quella di natura volontaria, ma legale.

Si tratterebbe di una *condicio iuris* attraverso la quale è l'ordinamento che subordina al verificarsi un evento futuro (la venuta ad esistenza della cosa) il sorgere delle rispettive obbligazioni. È, dunque, una condizione cd impropria, perché riguarda un elemento che concerne non l'efficacia, ma l'esistenza stessa del negozio⁸⁶.

⁸¹ Il quale a rigor di logica dovrebbe essere diverso (e spesso incompatibile) con quello interno per il cui soddisfacimento la parte non ha che sfruttare lo strumento normativo.

⁸² Secondo un'altra teoria non si potrebbe a monte sottoporre a condizione il negozio ad oggetto futuro perché si tratta di un negozio di per sé incompleto fino alla venuta ad esistenza del bene.

⁸³ Si è discusso a lungo in dottrina in relazione alla qualificazione dell'adempimento quale evento condizionabile. Brevemente si dà atto che la tesi contraria lamenta anche in questo caso il difetto del carattere della accidentalità (perché la deduzione in condizione del comportamento negoziale dovuto altererebbe il programma negoziale a tal punto che rimarrebbe provo di causa o dello stesso oggetto) e dell'estrinsecità (perché l'interesse all'adempimento non è esterno). Inoltre non vi sarebbe incertezza, si tratta infatti di un atto dovuto, e si assisterebbe all'anticipazione del momento esecutivo rispetto a quello dell'efficacia. L'orientamento favorevole, invece, ritiene che l'adempimento vada inteso come fatto storico e non come previsione contrattuale, pertanto non incide sull'esistenza del negozio, ma sulla sua esecuzione. Preso atto di ciò può essere considerato come un evento dotato del carattere dell'accidentalità e dell'estrinsecità (è uno strumento di tutela atipico diverso da quello *ex artt.* 1453 e 1456 c.c.) ed incerto (la sua doverosità non incide su tale aspetto).

⁸⁴ Questa ulteriore critica non è, tuttavia, persuasiva perché la retroattività è un elemento solo naturale della condizione ed è quindi derogabile per volontà delle parti.

⁸⁵ Cfr. CALVO R., *La vendita, op.cit.*, p. 98: l'autore riflette, in particolare, sulla distinzione tra vendita con riserva di proprietà (in relazione alla quale ritiene di aderire alla tesi del negozio condizionato) e vendita di cosa futura.

⁸⁶ In dottrina: Scialoja A., *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927, Vol. I, pag. 17; BUTERA A., *La vendita dei frutti naturali*, in *Filangieri*, 1903, pag. 83; ATTOLICO B., *Vendita volontaria dei frutti pendenti*, *Filangieri*, 1905, pag. 650. Si aggiunge che la *condicio iuris* non è solo prevista dalla legge, ma rispetto ad essa è escluso qualsiasi margine di operatività dell'autonomia privata, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 111. In caso di vendita di beni futuri, comunque, non c'è possibilità per la parte di condizionare il negozio ad un avvenimento diverso da quello della venuta ad esistenza del bene.

Ma anche in questo caso l'obiezione di fondo che si muove è che se l'esistenza del negozio è subordinata alla venuta ad esistenza della *res* – quale che sia la natura della condizione - significa che comunque il negozio su oggetto futuro sorgerà solo in quel momento e non prima.

Inoltre alcuni autori ritengono che non si possa considerare *condicio iuris* un evento da cui dipenda lo stesso perfezionarsi del contratto: la fattispecie contrattuale o è ancora in via di formazione o invalida⁸⁷.

A tale orientamento sembra aderire una parte della giurisprudenza. In una sentenza della Cassazione, infatti, si legge che l'ipotesi *ex art. 1472 c.c.* sia una vendita soggetta alla *condicio iuris* della venuta ad esistenza della cosa alienata la cui mancata realizzazione comporta non già la risoluzione del contratto per inadempimento, bensì la nullità del medesimo per mancanza di oggetto⁸⁸.

3.2.3. Negozio obbligatorio

Le teorie più accreditate in dottrina e in giurisprudenza sono quelle che qualificano il negozio ad oggetto futuro quale vendita obbligatoria⁸⁹ o contratto ad effetti reali differiti.

Al fine di poter comprendere se tra le due teorie vi siano differenze (o invece rappresentino due diverse denominazioni di una stessa ricostruzione) è necessario procedere ad una breve analisi di entrambe.

La vendita è obbligatoria ogniqualvolta il trasferimento del diritto non si verifica nel momento in cui si perfeziona il contratto *ex art. 1376 c.c.*, ma è differito ad un momento successivo⁹⁰.

⁸⁷ V. GAZZARA G., *op. cit.*, p. 170 e GAZZONI F., *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 942.

⁸⁸ Cfr. Cass., 30 giugno 2011, n. 14461, in *Contratti*, 2012, 4, p. 270 nota di SANGERMANO e Cass., 10 marzo 1997, n. 2126, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, 1, p.38, con nota di CISTULLI F.

⁸⁹ Si citano *ex multis*: RUBINO D., *op. cit.*, p. 309; MIRABELLI G., *Dei singoli contratti, cit.*, p. 23; LUMINOSO A., *La vendita, op. cit.*, p. 201; *Id*, *Vendita*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 620; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta, cit.*, pag. 82 (secondo il quale la categoria della vendita obbligatoria non può includere anche i contratti sospensivamente condizionati perché in questi ultimi è precluso sia l'effetto reale che quello obbligatorio); GAZZARA G., *op. cit.*, p. 47.

Altri esempi di vendita obbligatoria sono: la vendita di cosa futura, la vendita di cosa altrui, la vendita con riserva di proprietà, la vendita di cose di genere e la vendita alternativa. Non, invece, quella con riserva di proprietà e quella a termine iniziale perché in entrambe non nasce l'obbligazione *ex art. 1476 n. 2, c.c.* in capo al venditore (nella prima l'acquisto dipende dal pagamento del prezzo e nella seconda dal verificarsi dell'evento dedotto come termine iniziale), cfr. LUMINOSO A., *La vendita, cit.*, p. 317. In caso di vendita di cosa altrui occorre fare una differenza. Infatti il venditore può acquistare lui stesso il bene dal terzo e allora *nulla questio*, dato che il trasferimento nel patrimonio del compratore è automatico non appena il primo ne diventa proprietario. Quando però il venditore induce il terzo a trasferire il bene direttamente al compratore è necessario stipulare un nuovo negozio (tra il terzo e quest'ultimo) che può essere considerato un pagamento traslativo. *Contra* RUBINO D., *op. cit.*, p. 181, il quale giustifica la sua posizione alla luce dell'art. 1472 cc. La formulazione di tale norma esclude che si tratti di una vendita obbligatoria: se così fosse, infatti, non ci sarebbe stato bisogno della stessa, applicandosi in via generale l'art. 1463 c.c.. Inoltre non si fa alcuna distinzione tra mancata venuta ad esistenza imputabile e non. Anche la sua collocazione è un indice importante: se il legislatore avesse voluto intenderla come vendita obbligatoria l'avrebbe collocata nel §1.

In giurisprudenza si veda Cass., 28 novembre 1987, n. 8863, in *Mass. Giur. It.*, 1987: *la vendita di cosa futura, pur non comportando il passaggio della proprietà della cosa al compratore simultaneamente e per effetto della semplice manifestazione del consenso, non costituisce un negozio a formazione progressiva, di carattere e con effetti meramente preliminari (aventi per contenuto quello di porre in essere un successivo negozio), ma configura un'ipotesi di vendita obbligatoria di per sé sufficiente a produrre l'effetto traslativo della proprietà al momento in cui la cosa verrà ad esistenza.*

⁹⁰ Cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p.309.

L'ammissibilità di una tale figura negoziale è confermata dallo stesso legislatore all'art. 1476 n. 2, c.c. in cui è previsto che possa sorgere in capo al venditore l'obbligazione di far acquistare la proprietà del diritto o della cosa al compratore, laddove ciò non sia un effetto immediato del contratto.

Il primo e principale problema ermeneutico che pone la norma summenzionata è l'enucleazione dell'esatto significato della locuzione "far acquistare la proprietà".

Esistono infatti diverse e plurime modalità con le quali è possibile trasferire i diritti e - a seconda di quella prescelta - muta la natura e il significato della nozione di vendita obbligatoria⁹¹.

c.1) Secondo i modelli giuridici che optano per il cd. principio di separazione - che prevede la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* - dalla vendita obbligatoria (il *titulus*) discende l'obbligo di dare traslativo, ossia di far acquistare la proprietà attraverso un ulteriore negozio (il *modus*), produttivo dell'effetto reale programmato e voluto dalle parti⁹². Pertanto una isolata e ormai superata dottrina ha sostenuto che dalla vendita obbligatoria, non diversamente da quanto accade nei paesi di stampo germanico, nasce l'obbligo di compiere un atto dispositivo che determina l'alienazione del bene⁹³. Alla scissione cronologica tra negozio ed effetto reale corrisponde altresì una scissione strutturale: i due atti rimangono funzionalmente collegati, ma è il secondo che trasmette il diritto⁹⁴.

c.2) L'orientamento più diffuso - facendo leva, invece, sul principio del consenso traslativo - ritiene che la struttura del contratto di vendita, quale contratto consensuale ad effetti reali⁹⁵, non lasci spazio alla possibilità di dare vita ad una obbligazione di dare di cui sopra. Secondo autorevole dottrina nel nostro ordinamento può ammettersi che sorga tutt'al più l'obbligo di procurare il trasferimento (di

⁹¹ L'obbligazione di dare può avere, infatti, diversi contenuti. Generalmente si indica l'obbligazione di far acquistare al creditore la proprietà di una cosa che può consistere sia nel compimento di un atto traslativo che in altro comportamento purché sufficiente a produrre il risultato dovuto, cfr. CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 2. Comportamento che può anche tradursi in un negozio, ma non traslativo, se si ritiene che l'individuazione abbia carattere negoziale, BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 86.

⁹² Nel diritto romano il contratto di vendita aveva effetti meramente obbligatori, ma l'obbligazione del venditore prescindeva dal trasferimento della proprietà (si limitava solo alla consegna). Nell'ordinamento germanico, invece, la vendita obbliga ad un negozio traslativo astratto. Tale modello è stato adottato per garantire una più sicura e veloce circolazione dei beni, a costo però della minore tutela del titolare del diritto, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 83.

⁹³ Cfr. GORLA G., *La compravendita e la permuta*, *cit.*, p. 5 ss.

⁹⁴ Si tratta di uno schema diverso da quello preliminare-definitivo. Secondo FRANZONI in caso di inadempimento del preliminare il rimedio previsto è l'ottenimento di una sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* (si prescinde dalla consegna). Mentre la mancata esecuzione della prestazione di dare traslativo è suscettibile di esecuzione forzata *ex art. 2930 c.c.*, in *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè editore, 1999, p. 367,

⁹⁵ L'aggettivo reale non sta ad indicare che ciò che viene trasferito deve essere sempre e comunque un diritto su un bene (si possono cedere anche crediti). Ma si riferisce al rapporto di causalità dell'effetto traslativo: significa "effetto diretto del puro e semplice consenso". Il consenso, in altre parole, opera direttamente sul diritto (trasferendolo o costituendolo) senza bisogno di altri fatti successivi, così come il diritto reale attribuisce un potere diretto sulla cosa al titolare, il cui esercizio non necessita della collaborazione di altri soggetti, cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 299. Sul fatto che non si possa parlare di obbligo di trasferire in senso tecnico anche PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 57; GAZZARA G., *op. cit.*, p. 140; GRECO P./COTTINO G., *op. cit.*, p. 7.

fare quanto necessario⁹⁶), ma non quello di fare acquistare la proprietà della cosa in senso tecnico (evitando così una pericolosa importazione di alcuni istituti). La vendita è e rimane un negozio traslativo⁹⁷.

In linea teorica c'è, quindi, una profonda differenza tra vendita obbligatoria *strictu sensu* e vendita ad effetti reali differiti. La prima è caratterizzata dalla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, con conseguente non automaticità dell'acquisto nel momento in cui il bene viene ad esistenza. La vendita ad effetti reali differiti, invece, rappresenta l'unica fonte dell'effetto traslativo (è allo stesso tempo *titulus e modus*)⁹⁸.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, non è stato accolto il principio di separazione, pertanto dalle ipotesi di vendita obbligatoria disciplinate all'interno del codice non discende un obbligo di dare in senso tecnico, così come in caso di vendita ad effetti reali differiti⁹⁹ (o anche di negozio ad effetti tipici parzialmente sospesi¹⁰⁰).

Tale ultima denominazione, in realtà, alla luce di quanto detto sopra, non è altro che un modo per qualificare meglio (e allo stesso tempo descrivere) la vendita obbligatoria.

Attraverso la semplice manifestazione di volontà, pertanto, le parti possono trasferire o costituire automaticamente un diritto, senza che sia necessario un ulteriore e successivo atto traslativo e a prescindere dal compimento di atti esecutivi (consegna o pagamento del prezzo)¹⁰¹.

⁹⁶ In caso di vendita obbligatoria l'obbligo può consistere: nella scelta (nella vendita alternativa), nel non impedire la nascita della cosa (nella vendita di cosa futura); nel procurare l'acquisto (in quella di beni altrui). Può essere, quindi, adempiuto con una serie diversa di atti di adempimento (specificazione, scelta, acquisto, pagamento integrale del prezzo), GAZZARA G., *op. cit.*, p. 130.

⁹⁷ Cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 58.

⁹⁸ Come si deduce immediatamente dalla denominazione, in questo caso l'efficacia del trasferimento - normalmente immediata - viene rinviata ad un momento successivo. L'effetto traslativo differito è da ricondursi comunque al negozio di vendita.

⁹⁹ Cfr. CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, cit., p. 98 e BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 240.

¹⁰⁰ "Il rapporto giuridico reale, al quale tende la compravendita di cosa futura, non si costituisce per la non attualità dell'oggetto del trasferimento; e poiché il trasferimento è uno degli effetti del negozio, il negozio dicesi ad effetti sospesi", cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 169.

¹⁰¹ L'adozione del principio del consenso traslativo - sviluppato dalla dottrina francese con l'emanazione del Code Napoléon - consente il superamento del modello romanistico caratterizzato dalla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*. La sua origine viene fatta risalire ad una prassi notarile volta a spiritualizzare la *traditio* (già conosciuta nel diritto romano e realizzabile attraverso la *constitutio possessorio*). I notai cominciarono - dietro la spinta di esigenze di mercato - ad inserire nei contratti di vendita la clausola di *constitutio possessorio*, la quale rendeva superflua la *traditio* (dato che il venditore diveniva detentore e il compratore possessore del bene). La diffusione di questa prassi fu così capillare che ben presto le conseguenze della stessa divennero elementi naturali del contratto. Nell'ordinamento francese il legislatore, in adesione a tale principio, non permise la configurazione di una obbligazione di dare traslativo (è nota la previsione della promessa di vendita che vale quale vendita). Il legislatore del 1865, condizionato dall'importanza che la dottrina d'oltralpe diede al principio del consenso traslativo, non inserì all'interno del codice la possibilità di assumere un vincolo preliminare.

In giurisprudenza, recentemente, lo si è qualificato come contratto perfetto fin dall'inizio e completo in tutti i suoi elementi (seppur con contenuto ed effetti obbligatori, essendo il venditore di cosa futura tenuto all'attività strumentale positiva necessaria per realizzare l'attribuzione traslativa) che non ha bisogno della tradizione della cosa, cfr. Cass., Sez. Unite, 12 maggio 2008, n. 11656, in *Corriere Giur.*, 2008, 10, 1380 nota di CLARICH, FIDONE. Nel momento in cui il bene viene ad esistenza, si ha un automatico trasferimento del diritto in capo al compratore e nasce l'obbligazione di consegna

Summenzionato assunto risulta estremamente importante per diversi fini. Innanzitutto quello relativo al requisito di forma del contratto. Infatti nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di immobili futuri la forma scritta è necessaria solo per il primo e unico contratto ad effetti obbligatori e non anche per quello eventuale di individuazione del bene¹⁰².

La ricostruzione *de quo* è sicuramente quella che più tutela la parte interessata alla venuta ad esistenza del bene. Infatti *medio tempore* nascono dei veri e propri vincoli di natura obbligatoria.

La fonte normativa cui fare riferimento - se si tratta di una vendita - è innanzitutto l'obbligo *ex art.* 1476 n.2 c.c..

Ma come si coniuga la struttura della vendita obbligatoria con l'art. 1376 c.c.? In realtà il principio del *solo consensu* non impone che l'effetto traslativo debba essere immediato, nel senso che debba essere anche contestuale alla manifestazione del consenso. I due piani - rappresentati dall'aspetto temporale e dal meccanismo di produzione dell'effetto traslativo - non vanno confusi: l'effetto reale è subordinato al verificarsi di eventi ulteriori che però non integrano il compimento di un atto traslativo. In questi casi l'effetto summenzionato si produce automaticamente e ha la sua fonte nel consenso originariamente manifestato¹⁰³.

3.3. Autonomia delle parti ed effetto reale

Preso atto dell'accezione che l'orientamento dominante in dottrina dà alla nozione di vendita obbligatoria e del corrispondente contenuto dell'obbligo che nasce in capo al debitore, è d'uopo chiedersi se sia comunque possibile per le parti disporre dell'effetto reale: se cioè l'autonomia negoziale possa regolare o meno l'effetto traslativo.

L'unico strumento legislativamente previsto a tal fine è lo schema contratto preliminare-contratto definitivo o il patto di opzione.

Ma c'è spazio per negozi atipici? Molto spesso infatti ci sono casi in cui l'immediata trasferibilità non realizza l'interesse delle parti. Attenta dottrina rileva, infatti, che vi sono delle ipotesi in cui

a carico del venditore e l'obbligo del pagamento del prezzo a carico del compratore, cfr. Cass., 12 giugno 2015, n. 12274 in *Fisco*, 2015, 29, 2871 nota di BORGOGGIO.

¹⁰² Cfr. Cass., 16 maggio 2016, n. 9994, in *Giur. It.*, 2016, 12, p. 2591 nota di RISPOLI (in cui viene confermato che il negozio è già completo in tutti i suoi elementi al momento della sua conclusione e tuttavia è parzialmente inefficace perché manca un requisito o una causa della efficacia). In materia di mediazione ad esempio la giurisprudenza ha affermato che dato che il negozio su beni futuri è un contratto consensuale, che si perfeziona con il solo consenso per la deduzione delle provvigioni è al momento della conclusione che si deve fare riferimento, cfr. Cass., 12 giugno 2015, n. 12274, in *Fisco*, 2015, 29, p. 2871.

¹⁰³ Cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 84 e CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 92: "anche la vendita obbligatoria, in altri termini, ha natura di contratto consensuale e non di contratto reale, perché gli atti o i fatti ulteriori non appartengono alla fase formativa del contratto, ma alla sua fase esecutiva e sono privi di diretta efficacia causale sul risultato traslativo, risultato che deve riportarsi esclusivamente alla forza intrinseca del contratto di compravendita".

Altra dottrina, invece, ritiene che la locuzione "effetto immediato" *ex art.* 1476, n.2 c.c. abbia un significato "uguale e contrario" rispetto a quello *ex art.* 1376 c.c.. Infatti, occorre comunque un fatto o un atto successivo, prima del verificarsi del quale vi è una fase meramente obbligatoria.

l'immediato trasferimento del diritto risulta essere un effetto "inidoneo, per non dire controindicato" rispetto agli interessi perseguiti¹⁰⁴.

È d'uopo premettere che l'atipicità può riguardare due aspetti fondamentali: il momento perfezionativo della fattispecie o – semplicemente - il momento della produzione degli effetti reali.

a) La prima ipotesi riguarda il problema del riconoscimento all'autonomia negoziale del potere dare rilevanza - ai fini del perfezionamento della fattispecie - a ulteriori elementi. In questo modo l'effetto reale (nonché la conclusione del negozio) sarebbe posticipato ad un momento successivo, ad esempio la *traditio*. Se così fosse accanto alle ipotesi di contratti consensuali, le parti potrebbero stipulare fattispecie contrattuali a contenuto economico corrispondente in cui la consegna venga collocata non nella fase esecutiva del rapporto, ma in quella formativa del contratto (i cd corrispondenti contratti reali atipici)¹⁰⁵.

La Cassazione ha assunto da tempo un atteggiamento di chiusura nei confronti di tale eventualità. I privati hanno il potere di determinare, entro i limiti posti dalla legge, il contenuto del contratto, ma non possono, invece, intervenire sulla disciplina dei suoi requisiti di validità e di efficacia. La predeterminazione delle condizioni cui è subordinata la rilevanza nell'ordinamento giuridico del regolamento degli interessi delle parti è sottratta al loro potere dispositivo. La regolamentazione degli aspetti strutturali è riservata al legislatore rispetto agli stessi contratti atipici. Non possono, dunque, essere create versioni consensuali atipiche che abbiano effetti identici a quelli ricollegati dalla legge al contratto tipico¹⁰⁶.

La *datio rei* viene ritenuta necessaria dal legislatore perché in alcuni casi serve a supportare una causa debole, per rendere vincolante una promessa in relazione a un rapporto che altrimenti sarebbe di pura cortesia (come nel caso del comodato). Altre volte, invece, è l'unico strumento idoneo per dare pubblicità ad un determinato rapporto (come nel caso del pegno). Inoltre in un ordinamento fondato

¹⁰⁴ Ad esempio nel campo delle vendite immobiliari vi è il problema dell'interferenza della disciplina urbanistica. Si parla, infatti, di rischio urbanistico (del rischio di una sopravvenuta modificazione dello strumento che altera completamente i termini dell'accordo). Il differimento previsto dall'art. 1472 talvolta non è da solo sufficiente per permettere il controllo delle variabili collegati all'operazione. Pertanto spesso le parti sono interessate a spostare avanti nel tempo il momento del passaggio della proprietà al momento in cui tali eventualità possano considerarsi superate, cfr. CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impr.*, 1998, I, p. 572 ss.

¹⁰⁵ Per approfondimenti si rimanda al capitolo terzo.

¹⁰⁶ Cfr. Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2159 ss., con nota di MAIMERI F., *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*; Cass., 26 gennaio 1996, n. 611, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, II, 457 nota di TASSINARI: "Mentre è possibile, nelle ipotesi di previsione legale di un contratto reale, che le parti elaborino in luogo di esso un corrispondente contratto consensuale atipico, è invece da escludere che, essendo dalla legge previsto, per un certo assetto negoziale, il meccanismo regolatore della consensualità, vera e propria "via maestra" nella produzione degli effetti giuridici, le parti possano ad esso derogare, creando un modello reale atipico".

In dottrina, sul punto riflessioni di CARPINO B., *La rescissione del contratto, Artt. 1447-1452*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2000, pp. 54-55. Secondo alcuni autori non ci sarebbero ostacoli all'ammissibilità dell'ipotesi inversa, ossia della creazione di un contratto consensuale parallelo a quello reale, con la precisazione però che il primo non potrà essere un semplice duplicato del secondo che rappresenta la figura tipica, cfr. FAVA P., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1067. Si pensi ad esempio al contratto consensuale di mutuo di scopo, la cui consensualità, affermata dalla nota Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro. it.*, 1982, I, p. 1687, con nota di NIVARRA, è ormai pacifica.

sul principio del consenso traslativo, la consegna imposta quale elemento essenziale per il perfezionamento del contratto costituirebbe una forma di limitazione dell'autonomia privata.

La dottrina è, invece, divisa. Secondo alcuni autori in un sistema come il nostro, in cui basta il mero consenso per creare il vincolo contrattuale, sarebbe una contraddizione ammettere la trasformazione di un contratto consensuale in uno reale. L'autonomia privata è libera di inserire elementi di realtà in un contratto, mantenendo però inalterato lo schema *ex art.* 1321 c.c.¹⁰⁷: ad esempio prevedendo il differimento degli effetti reali alla consegna o al pagamento del prezzo¹⁰⁸. Esiste comunque un orientamento possibilista in tal senso, le cui argomentazioni sono riportate all'interno del capitolo terzo.

b) Passando alla seconda ipotesi di atipicità, appare astrattamente possibile - in linea generale - modulare la produzione degli effetti reali.

Non si rinviene nel codice nessun ostacolo al riconoscimento in capo alle parti della possibilità di dare vita forme di vendita obbligatorie in cui l'effetto traslativo (e non il perfezionamento) è subordinato al compimento di un atto giuridico non negoziale¹⁰⁹.

La dottrina è comunque divisa in ordine alla possibilità di consentire all'autonomia privata di dare vita a contratti atipici aventi ad oggetto una obbligazione di dare traslativo¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. FRANZONI M., *op. cit.*, p. 326.

¹⁰⁸ In giurisprudenza si veda Cass., 8 agosto 1990, n. 8051, in *Mass. Giur. It.*, 1990: “*per quanto la condizione costituisca di regola un elemento accidentale del negozio giuridico, come tale distinto dagli elementi essenziali astrattamente previsti per ciascun contratto tipico dalle rispettive norme, tuttavia, in forza del principio generale della autonomia contrattuale previsto dall’art. 1322 c. c. - dal quale deriva il potere delle parti di determinare liberamente, entro i limiti imposti dalla legge, il contenuto del contratto anche in ordine alla rilevanza attribuita all’uno piuttosto che all’altro degli elementi costitutivi della fattispecie astrattamente disciplinata - i contraenti possono prevedere validamente come evento condizionante (in senso sospensivo o risolutivo dell’efficacia) il concreto adempimento (o inadempimento) di una delle obbligazioni principali del contratto*”; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1432, in *Mass. Giur. It.*, 1983 precisa che “*nessuna incompatibilità di principio può ritenersi sussistente fra condizione ed esecuzione di una prestazione essenziale, quale è il pagamento del prezzo rispetto al contratto di compravendita, talché è bene ammissibile la deducibilità di quest’ultima come evento condizionante e non è qualificabile come condizione meramente potestativa bensì come condizione potestativa semplice*”.

¹⁰⁹ Ad esempio la data della stipulazione del rogito (considerato una riproduzione meramente formale del contratto originario nella quale le dichiarazioni delle parti assumono valore storico - rappresentativo e non manifestazione di una nuova volontà di trasferire), cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3741, in *Giust. civ. mass.*, 1994, p.533: l’affermazione che le parti concordarono di differire l’effetto traslativo alla data di stipula del rogito notarile non è in contrasto con la natura di vendita ad effetti obbligatori perché l’effetto traslativo è stato collegato alla data del rogito e non alla stipula dello stesso, con la conseguenza che una volta decorso il tempo stabilito, l’effetto in questione si è automaticamente realizzato (ma anche laddove l’effetto fosse stato differito alla stipula del rogito con detto atto le parti non avrebbero espresso la volontà di trasferire l’immobile, ma la volontà di riprodurre il negozio anteriormente stipulato espressione, esso sì, della volontà di trasferire).

¹¹⁰ Sull’ostilità della dottrina si veda CHIANALE A., *op. cit.*, p. 35. BIANCA rileva che la sequenza *titulus – modus* non trova riscontro nella nostra legislazione in materia di vendita. Anzi il legislatore si è premurato di eliminare le formule ambigue del vecchio codice (“contratto per cui uno si obbliga a dare una cosa”, *ex art.* 1447), in *La vendita e la permuta, cit.*, p. 84.

Favorevoli al riconoscimento invece: SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro.it*, 1966, I, p. 1394; CHIANALE A., *op. cit.*, p. 48 ss. Vedi anche GAZZONI F., *Babbo natale e l’obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1417 ss, il quale rileva come spesso la Cassazione abbia utilizzato schemi tradizionali (di solito il contratto preliminare) pur di non ammettere che in concreto si trattava di un pagamento traslativo (es. padre che assolve il suo dovere di mantenimento donando un pezzo di terreno a una figlia). Un tale atteggiamento è “*frutto di numerosi dogmi e pregiudizi ottocenteschi*

Quest'ultima è un'obbligazione sostanzialmente diversa da quella di dare *ex art. 1476, n.1, c.c.* (di consegna del bene), che è meramente esecutiva di un effetto reale già realizzatosi. Differisce, altresì, da quella *ex art. 1476 n.2 c.c.* (far acquistare la proprietà della cosa o il diritto se l'acquisto non è effetto immediato del contratto¹¹¹) perché il fine dell'attività ivi prevista non è quello di far acquistare la proprietà (con un ulteriore negozio), ma di porre la cosa in condizioni di essere acquistata dal compratore (ad esempio attraverso l'individuazione o la selezione)¹¹².

Non sono mancate tiepide aperture, anche in passato, in cui si è distinto tra la vendita necessariamente obbligatoria e la vendita volontariamente obbligatoria¹¹³.

Il negozio di dare traslativo attraverso il quale si trasferisce la proprietà in adempimento di un obbligo preesistente (*solvendi causa*) viene comunemente definito pagamento traslativo e non è estraneo al nostro ordinamento.

Gli ostacoli che sono stati frapposti in ordine alla sua ammissibilità sono sostanzialmente due: l'art. 1376 (il principio consensualistico) e l'art. 1325, n. 2 cc che vieta gli spostamenti traslativi astratti.

L'art. 1376, tuttavia, non codifica un dogma assoluto¹¹⁴. Sono rinvenibili all'interno del codice, infatti, numerose eccezioni allo stesso: i negozi di costituzione dei diritti reali di garanzia, le ipotesi di vendita obbligatoria, la donazione di modico valore.

che la S.C. non riesce a superare". La giurisprudenza, infatti, dovrebbe "avere il coraggio di affermare a chiare lettere che nel nostro ordinamento ben può trovare autonomo spazio l'obbligo di dare, al quale segue il pagamento traslativo". L'obbligo di dare può essere assunto a titolo gratuito (ed allora lo schema sarà quello *ex art. 1333 c.c.*). Se prevede una controprestazione, invece, si sarà davanti a un contratto che potrà essere qualificato anche come atipico e il trasferimento della proprietà avverrà con un pagamento traslativo.

¹¹¹ Rileva attenta dottrina che – proprio per evitare di creare dubbi – si è usata la locuzione "far acquistare" e non "trasmettere", cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 310.

¹¹² In quest'ultimo caso la parte sarebbe obbligata ad un *facere* negoziale che consiste nella manifestazione di un consenso con funzione traslativa. Un esempio, con le dovute precisazioni, è rappresentato dal contratto preliminare. Il contratto definitivo, infatti, secondo parte della dottrina, ha una causa sua interna e una esterna (*solvendi*). Tuttavia differisce dal *modus acquirendi* puro perché il negozio definitivo è esso stesso "titolato", contraddistinto cioè da una funzione sua propria che è idonea a giustificare di per sé il trasferimento. Il fenomeno della scissione tra *titulus* e *modus* non è, comunque, estraneo al nostro ordinamento. L'obbligo di dare è previsto dallo stesso legislatore all'interno del codice in diverse ipotesi e può avere fonte legale (*ex art. 746 c.c.* in materia di collazione di beni immobili), oppure derivare da una sentenza (*ex art. 2058 c.c.c.*, quando il danneggiante viene condannato a trasferire un bene dello stesso genere e qualità della cosa distrutta), da testamento (*ex art. 651 c.c.*), da contratto (ad esempio quello di mandato senza rappresentanza con obbligo di ritrasferimento, *ex art. 1706, comma 2, c.c.* o quello di società per quanto concerne i conferimenti *ex art. 2253 e 2254 c.c.*) o anche da regole morali o sociali laddove si ammetta che si possa adempiere l'obbligazione naturale attraverso un negozio traslativo.

¹¹³ Cfr. GAZZARA G., *op. cit.*, p. 128. Nella vendita necessariamente obbligatoria rientrano tutte le ipotesi in cui l'effetto reale non si può produrre immediatamente per la natura stessa del rapporto (come in caso di vendita di beni futuri). Mentre nella seconda categoria si inquadrano tutte le ipotesi in cui la natura del rapporto, oggettivamente considerata, avrebbe reso possibile l'immediato trasferimento del bene se le parti non avessero modificato il contenuto precettivo del negozio.

¹¹⁴ Suddetta norma codifica un principio già affermato e desumibile dall'art. 1321 c.c. (il contratto nasce con l'accordo) e che non rappresenta né quello più antico né quello più sicuro per la regolamentazione del traffico giuridico, visto che non dirime i conflitti tra più soggetti derivanti dalla contemporanea esistenza di più titoli attributivi. Neanche la consegna della cosa nei contratti reali può considerarsi un principio di ordine pubblico, visto che attenta dottrina ha elaborato la distinzione tra contratti in cui la realtà è una *essentialia negotii* (quelli gratuiti) e quelli in cui è una *naturalia negotii* (quelli onerosi), cfr: FRANZONI M., *op. cit.*, p. 314 ss.; CAMARDI C., *op. cit.*, p. 599 (nel rispetto del principio causalistico e senza oltraggio a quello del consenso traslativo, le parti possono programmare un trasferimento di proprietà nell'ambito di una sequenza procedimentale che separi consenso e trasferimento); SACCO R., *Il contratto*, Milano, UTET, 2016, p.

Più complesso è invece il percorso dottrinale volto a superare il secondo scoglio: la necessaria causalità di tutti gli spostamenti di ricchezza.

L'ordinamento si preoccupa che ogni forma di manifestazione di autonomia negoziale abbia una causa: un soggetto non può depauperarsi senza che questo impoverimento corrisponda ad una logica di mercato, di scambio, salvo diversa disposizione legislativa¹¹⁵. Ed è per questi motivi che gli unici modi attraverso i quali un soggetto poteva disporre e spogliarsi dei propri beni erano la vendita – nelle forme espressamente previste dalla legge – e la donazione.

Il principale problema, quindi, rispetto al riconoscimento dell'obbligazione di dare in senso tecnico (e quindi alla scissione tra *titulus* e *modus* da parte dei privati al di fuori delle specifiche previsioni legislative) era data dall'impossibilità di rinvenire uno strumento giuridico diverso dalla vendita per realizzare l'effetto traslativo. Non era ammesso il negozio gratuito atipico.

Con il superamento della teoria della causa in astratto e la valorizzazione di quegli interessi che le parti hanno oggettivamente dedotto nel contratto, si è riusciti a dotare di giustificazione causale anche tali negozi. La nozione di gratuità, infatti, va distinta da quella di liberalità. Il negozio gratuito è sorretto da un interesse patrimoniale che può giustificare lo spostamento.

Pertanto non vi è più nessuna difficoltà - dal punto di vista causale - ad ammettere la previsione di un'obbligazione di dare traslativo, la quale può essere adempiuta attraverso un negozio gratuito atipico *solvendi causa* con giustificazione esterna¹¹⁶.

Tuttavia tale fenomeno viene dalla dottrina ritenuto estraneo alla vendita prevista nel nostro ordinamento, proprio perché la stessa è concepita come un negozio che è e rimane già di per sé traslativo¹¹⁷.

Anche a voler ammettere la possibilità di creare una versione atipica della vendita in linea con il modello romanistico, è bene comunque rilevare che la scissione in questi due negozi ha ulteriori importanti ripercussioni.

Innanzitutto ci si chiede come si atteggi in questi casi il requisito della *expressio causae*. L'atto di trasferimento ha una causa esterna e la dottrina è orientata nel senso di ritenere fondamentale la menzione della giustificazione causale in caso di beni immobili¹¹⁸.

929 (il consensualismo appare più come una tendenza, che come un dogma). L'art. 1376 è una norma dispositiva e interpretativa della volontà delle parti. Si pensi, altresì, al fatto che in alcune regioni italiane vige il sistema tavolare.

¹¹⁵ Laddove non c'è lo scambio si ha una causa donativa o il gioco d'azzardo ed entrambi i fenomeni sono espressamente previsti e disciplinati dal legislatore ed ammessi solo entro certi limiti.

¹¹⁶ Se invece ci si sofferma solo sulla causa in astratto, non essendoci alcun corrispettivo, manca qualsiasi forma di razionalità economica.

¹¹⁷ Cfr. LUMINOSO A., *La vendita*, cit., p. 312.

¹¹⁸ Il fatto che la causa sia esterna esclude che in questi casi si abbia astrattezza del negozio. Il principio di causalità rileva in maniera differente a seconda che il negozio abbia effetti reali od obbligatori. Nel secondo caso la causa si presume esistente anche se non dichiarata, salvo prova contraria (*ex art. 1988 c.c.*). Se il negozio è, invece, traslativo è richiesto il massimo rigore (forma scritta e *expressio causae*), cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit, p. 831.

Inoltre sorgono problemi nel caso in cui la causa esterna manchi (perché ad esempio il *titulus* è invalido). La tesi prevalente, in quest'ultimo caso, ritiene che il pagamento traslativo sia nullo per mancanza di causa. Altra dottrina, influenzata dagli ordinamenti in cui la scissione tra *titulus* e *modus* è la regola, ritiene invece che il pagamento non sia nullo ma semplicemente indebito¹¹⁹

4. Regime

A seconda della tesi cui si aderisce in merito alla ricostruzione del fenomeno della contrattazione su oggetto futuro¹²⁰ mutano sensibilmente diversi aspetti quali:

- a) il momento perfezionativo del negozio;
- b) gli obblighi in capo alle parti;
- c) la sorte del contratto qualora il bene non venga ad esistenza;
- d) la natura giuridica della responsabilità;
- e) la trascrivibilità.

Sulla base delle considerazioni svolte nel precedente paragrafo è possibile tracciare una breve sintesi in relazione a ciascuna di esse.

4.1. Effetti inter partes

4.1.1. Negozio incompleto

a) Come desumibile dalla qualificazione stessa che viene data al negozio, prima della venuta ad esistenza del bene non può dirsi perfezionata la fattispecie tipica su oggetto futuro per la mancanza di uno degli elementi essenziali *ex art. 1325 c.c.*: l'oggetto.

b) *Medio tempore* non si producono gli effetti definitivi del contratto (ad esempio quelli reali se si tratta di una vendita), che sorgono solo allorquando quest'ultimo è completo di tutti i suoi elementi costitutivi. Tuttavia esistono degli effetti definiti "preliminari": il vincolo di irrevocabilità e una obbligazione relativa alla venuta ad esistenza del bene. Su entrambe le parti grava l'obbligo di non

¹¹⁹ In tal modo la mancanza di causa esterna non è opponibile *erga omnes* e in ogni tempo, salvo pubblicità sanante, usucapione o possesso vale titolo, ma è esperibile esclusivamente l'azione personale di ripetizione dell'indebito, cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 834. Bisogna però precisare che la nullità della prestazione isolata senza causa esterna (dato che non vi possono essere negozi senza giustificazione causale) vale quando quest'ultima non ha essa stessa una sua giustificazione. Se il negozio accanto alla causa esterna ne ha anche una sua interna propria (si pensi ad esempio al contratto definitivo) l'eventuale invalidità del *titulus* (il contratto preliminare) rileva sotto il profilo dei vizi della volontà (come errore di diritto in quanto la parte riteneva di essere tenuta a stipularlo).

¹²⁰ Escludendo quelle oramai superate appartenenti alla prima macrocategoria.

impedire la futura nascita del diritto e talvolta - ma solo nei confronti del venditore e se pattuito¹²¹ - anche quello a contenuto positivo di agire per favorirne la nascita se il suo contributo è necessario a tal fine.

c) Nel caso in cui il bene non venga ad esistenza non si ha nullità *strictu sensu*, così come prevista dall'art. 1472 c.c., perché non si è ancora perfezionato. Il contratto rimane definitivamente incompleto.

Inoltre essendo l'obbligazione di far nascere la cosa semplicemente di natura preliminare (e non definitiva), non si crea alcun sinallagma con quella di pagamento del prezzo. Di conseguenza non può esserci spazio per la domanda di risoluzione né per inadempimento, né per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Se invece il bene viene ad esistenza, si producono gli effetti definitivi a partire da quel momento, senza la necessità di ulteriori atti¹²².

d) La mancata venuta ad esistenza del bene comporta che il negozio rimanga definitivamente incompleto. Qualora quest'ultima non sia imputabile a nessuna delle due parti ci sono responsabilità. Tutt'al più, se una parte ha già pagato il prezzo, avrà diritto alla restituzione.

Nei casi in cui, invece, si riscontri la colpa (ad esempio il compratore non abbia fatto quanto doveva per far nascere il bene), l'altra potrà ottenere il risarcimento del danno, limitato però al solo interesse negativo. L'articolo di riferimento è il 1338 c.c. e si risponde non per la conclusione di un contratto nullo già al momento della sua stipulazione, ma per averne impedito il completamento.

4.1.2. Negozio condizionato

a) Il negozio avente ad oggetto beni futuri è un contratto perfetto già al momento dell'incontro delle manifestazioni di volontà delle parti, ancor prima della venuta ad esistenza del bene.

b) La conseguenza dell'adesione a questa teoria è che - durante la pendenza della condizione - grava sulla parte che ha alienato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede per mantenere integre le ragioni dell'altra parte¹²³.

¹²¹ La necessità della pattuizione, che può essere espressa o tacita, rappresenta una ulteriore differenza rispetto alla vendita obbligatoria, cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 183.

¹²² Se si tratta di vendita: si trasferisce la proprietà; sorge l'obbligo di consegna e di pagare il prezzo nonché la garanzia per i vizi.

¹²³ Non si verificano gli effetti riferiti alla situazione finale finché dura la pendenza della condizione, salvo alcune eccezioni derivanti dall'applicazione dei principi ricavabili dalle disposizioni dettate dall'art. 1358 c.c.. Dalla lettura delle norme è possibile individuare il contenuto delle aspettative delle parti del contratto condizionato, ossia delle situazioni soggettive che nascono dal contratto condizionato. Sorgono diritti ed obblighi preliminari che possono dar luogo a

La condizione sospende la produzione degli effetti del contratto, siano essi reali o obbligatori. Questa fase di “pendenza” è regolata da una particolare disciplina (*ex art. 1356 e ss c.c.*)¹²⁴.

Letteralmente, l’odierno art. 1358 c.c., sembrerebbe far sorgere un obbligo non in capo ad entrambe le parti, ma solo nei confronti di colui che risulta essere il titolare del diritto, al fine di tutelare l’aspettativa giuridicamente rilevante dell’altro soggetto ad ottenere quanto dovuto. Tuttavia l’immanenza del principio di buona fede che permea l’intera disciplina contrattuale porta a ritenere che un generale obbligo di correttezza incomba anche sull’altra parte. È vero, infatti, che il periodo di pendenza della condizione precede quello di esecuzione, ma non può essere nettamente distinto dal secondo¹²⁵. Si tratta di una fase strumentale durante la quale non possono essere posti in essere comportamenti tali da compromettere e pregiudicare l’esecuzione del contratto.

Il contenuto dell’obbligo di correttezza si sostanzia nel dovere di preservare l’oggetto del diritto su cui ricade l’aspettativa dell’altra parte e quello di non ostacolare l’avveramento della condizione. Le parti possono specificarlo con previsioni puntuali all’interno del regolamento contrattuale.

Qualora nulla sia stato stabilito, quest’ultimo potrà essere ricostruito tenendo conto delle specifiche circostanze di fatto. In linea di principio la parte deve preservare integre le ragioni dell’altra e cooperare lealmente al fine di massimizzare i vantaggi e ridurre gli oneri e i rischi in capo a quest’ultima¹²⁶. Ne consegue che i comportamenti doverosi possono avere anche contenuto positivo.

risoluzione per inadempimento alla specifica obbligazione - prevista dal citato art. 1358 c.c. - di ciascun contraente di comportarsi in pendenza della condizione "secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell’altra parte", cioè di osservare i doveri di lealtà e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. in modo da non influire sul verificarsi dell’evento condizionante pendente, cfr. Cass. 18 marzo 2002, n. 3942, in *Contratti*, 2003, 5, p. 443 nota di TRENTINI.

¹²⁴ Durante il detto periodo di pendenza le parti si trovano in una posizione di aspettativa che è fonte di effetti preliminari. In particolare *“in pendenza della condizione sospensiva, il contratto a prestazioni corrispettive produce i suoi normali effetti e vincola i contraenti al puntuale ed esatto adempimento delle obbligazioni rispettivamente assunte: la condizione, infatti, rende incerto il negozio, ma è già fermo ed irrevocabile il vincolo negoziale. Nessun effetto riferito alla situazione finale può però verificarsi finché dura la pendenza salvo alcune eccezioni derivanti dall’applicazione dei principi ricavabili dalle disposizioni dettate dall’art. 1358 c.c.: da dette disposizioni è possibile individuare il contenuto delle aspettative delle parti del contratto condizionato, ossia delle situazioni soggettive che nascono dal contratto condizionato. Tale contratto fa sorgere diritti ed obblighi preliminari che possono dar luogo a risoluzione per inadempimento alla specifica obbligazione - prevista dal citato art. 1358 c.c. - di ciascun contraente di comportarsi in pendenza della condizione "secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell’altra parte", cioè di osservare i doveri di lealtà e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., in modo da non influire sul verificarsi dell’evento condizionante pendente”*, cfr. Cass., 19 giugno 2014, n. 14006, in *Contratti*, 2015, 3, 270 nota di VECCHIO.

¹²⁵ La dottrina sostiene che l’art. 1358 c.c. sia una norma che pone un obbligo specifico all’interno di un ambito che comunque è già ritenuto coperto dal più generale obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto *ex art. 1375 c.c.* Anche se gli effetti del contratto sono sospesi, infatti, sembra appropriato parlare di *“fase di esecuzione del contratto”* perché fra le parti esiste pur sempre un regolamento contrattuale, cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p. 592.

¹²⁶ Cfr. sempre ROPPO V., *op. cit.*, p. 593. Ciò vale anche in caso di condizioni miste, ossia di quelle dipendenti in tutto o in parte dal comportamento o dalla volontà di uno dei contraenti. Le Sezioni Unite hanno, infatti, ribadito che il principio di buona fede costituisce criterio di valutazione e limite anche del comportamento discrezionale del contraente dalla cui volontà dipende (in parte) l’avveramento della condizione. Tale comportamento *“non può essere considerato privo di ogni carattere di doverosità, sia perché - se così fosse - si risolverebbe in una forma di mero arbitrio, contrario al dettato dell’art. 1355, sia perché aderendo a tale indirizzo si verrebbe ad introdurre nel precetto dell’art. 1358, una restrizione che questo non prevede, limitandolo all’elemento casuale della condizione mista, cioè ad un elemento sul quale la condotta della parte ha ridotte possibilità di incidenza, mentre la posizione giuridica dell’altro contraente resterebbe in concreto priva di ogni tutela. Invece è proprio l’elemento potestativo quello in relazione al quale il dovere di comportarsi*

Si deve dare atto di alcune tesi inclini a sostenere che in caso di contratto sospensivamente condizionato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede previsto dall'art. 1358 c.c., pur essendo una specificazione di quello gravante in generale sulle parti del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c., presenti delle differenze rispetto a quest'ultimo¹²⁷.

Il merito della teoria del negozio condizionato è - oltre a quello di aver ricostruito il fenomeno della contrattazione su oggetto futuro come fattispecie regolata da un negozio unico che si perfeziona al momento dell'incontro della volontà delle parti - quello di offrire alla parte numerosi strumenti di tutela.

Questi ultimi, in caso di inadempimento, sono diversi. Oltre a quelli generali previsti in caso di inosservanza dell'obbligo di buona fede (la risoluzione¹²⁸ e il risarcimento)¹²⁹, vi sono quelli specifici per neutralizzare i comportamenti imputabili all'altra parte. Infatti, qualora il diritto oggetto del negozio sia pregiudicato da atti materiali, è possibile compiere atti conservativi. Se, invece, sono posti in essere atti giuridici (di natura, ad esempio, dispositiva), soccorre in favore del soggetto leso la retroattività reale della condizione.

Infine, qualora vi sia un comportamento scorretto volto ad interferire con il naturale processo di avveramento, la parte può utilizzare il rimedio della *fictione iuris ex art. 1359 c.c.*

c) Se la condizione non si avvera il contratto non è nullo, ma inefficace e definitivamente improduttivo di effetti¹³⁰.

secondo buona fede ha più ragion d'essere, perché è con riguardo a quell'elemento che la discrezionalità contrattualmente attribuita alla parte deve essere esercitata nel quadro del principio cardine di correttezza", cfr. Cass., Sez. Unite, 19 settembre 2005, n. 18450, in Corriere Giur., 2006, 2, 212 nota di MOTTOLA.

¹²⁷ L'art. 1358 c.c. delimita il contenuto generale dell'obbligo di buona fede in quanto il comportamento richiesto è limitato al dovere di conservare integre le ragioni dell'altra parte. Quest'ultima, dunque, non può essere costretta a tenere un comportamento positivo, perché in caso di negozio condizionato entrambe le parti si assumono il rischio in ordine all'avveramento dell'evento dedotto. La parte che ha la disponibilità del bene può essere, comunque, chiamata ad attivarsi per preservare quest'ultimo, nei limiti però dell'apprezzabile sacrificio. Di conseguenza il parametro da utilizzare in caso di inadempimento non può essere quello della diligenza del buon padre di famiglia *ex art. 1176 c.c.*, cfr. BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 526.

¹²⁸ La risoluzione può essere chiesta anche con riferimento alla violazione di obblighi a contenuto generico, come quello di buona fede e correttezza (propri della fase condizionale). L'inadempimento non comprende esclusivamente la non esatta esecuzione (totale o parziale) della prestazione, ma anche la mancanza del comportamento necessario alla realizzazione del contratto, cfr. PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri*, cit., p. 223.

¹²⁹ Secondo Cass. 18 marzo 2002, n. 3942, *cit.*: il contratto pur inefficace per il mancato avveramento della condizione può essere risolto in danno della parte colpevole di aver violato il dovere di comportarsi in buona fede. È di conseguenza ammissibile la risoluzione - di un contratto divenuto inefficace per il mancato avveramento della condizione - per inadempimento dell'obbligo di comportarsi, in pendenza della condizione, secondo buona fede nonché di astenersi da quanto possa pregiudicare gli interessi dell'altro contraente e di compiere quanto sia del caso necessario affinché l'evento condizionante si verifichi (in tali senso *ex multis*: sent. 22 marzo 2001 n. 4110; sent. 2 giugno 1992 n. 6676; sent. 10 marzo 1992 n. 2875).

¹³⁰ Si ricade in questa ipotesi solo laddove sia certo che l'evento dedotto in condizione non potrà mai verificarsi.

Non può considerarsi invalido poichè nel nostro ordinamento la nullità è un vizio dell'atto e quindi presuppone un confronto con il quadro normativo vigente al momento della conclusione del negozio¹³¹. Si discute in dottrina in ordine all'ammissibilità della figura della nullità sopravvenuta.

Ne sono state individuate due tipologie: quella *ex art. 1472 c.c.* (definita anche nullità sospesa¹³²) e quella che si ha allorché sopraggiunga una nuova valutazione legislativa che va ad incidere su negozi ad effetti differiti o sospesi o di durata.

In entrambi i casi la soluzione preferibile è quella che nega la possibilità di dichiarare *tamquam non esset* un contratto *ab origine* valido per la sopravvenienza di un evento successivo¹³³. Le cd ipotesi di nullità sopravvenuta incidono, infatti, non tanto sull'atto, ma sul rapporto (sugli effetti). Di conseguenza non hanno la natura di vera e propria nullità¹³⁴.

Inoltre se la condizione non si è verificata e la parte non ha violato l'obbligo *ex art. 1358 c.c.* di comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte non può domandarsi la risoluzione del contratto. Secondo la giurisprudenza, infatti, si può parlare di inadempimento contrattuale solo quando il contratto è efficace (il mancato avveramento della condizione impedisce la verifica circa l'inadempimento)¹³⁵.

Tuttavia va segnalato che in un caso in cui la Cassazione si è schierata in favore della ricostruzione della vendita di cosa futura quale negozio sottoposto a *condicio iuris*, i giudici hanno tratto delle

¹³¹ Salvo che sopravvenga una norma cd retroattiva, ossia quella che si riferisce a fatti, atti o eventi verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore per riconnettervi effetti o conseguenze giuridiche (possibilità eccezionale, ma non esclusa in ambito civile). Tuttavia questo caso investe la problematica non tanto della nullità sopravvenuta, quanto dell'efficacia della legge nel tempo, cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p.704.

¹³² Si parla di nullità sospesa o pendente con riferimento a quei contratti che possono risultare nulli dopo la conclusione a seconda che si verifichi o meno un determinato evento successivo (è per questo che la nullità è detta sospesa), come ad esempio la vendita di beni futuri o anche il contratto il cui oggetto deve essere determinato dal mero arbitrio del terzo e né lui né le parti provvedano (art. 1349, comma 2). Tuttavia l'autore dà atto della tendenza della dottrina di collocare queste fattispecie sul diverso terreno dell'efficacia o del contratto a formazione progressiva, cfr. sempre ROPPO V., *op. cit.*, p. 703

¹³³ Il dibattito si è acceso soprattutto in relazione a due importanti fattispecie interessate da riforme legislative rilevanti: la fideiussione *omnibus* e l'usura. L'impostazione preferibile è quella che affronta il problema partendo dall'analisi dell'aspetto disciplinato dalla norma. Se quest'ultima concerne l'atto, allora non potrà applicarsi ai negozi già conclusi (salvo ovviamente che sia retroattiva). Se invece ha riguardo al rapporto e questo sia ancora in corso, la nuova legge prevale rispetto al regolamento contrattuale, incidendo però sul piano degli effetti. Secondo autorevole dottrina si potrebbe parlare di nullità sopravvenuta solo se si potesse ritenere che un negozio sia fino a un certo punto valido e poi invalido (e inefficace da allora in poi). Invece nel nostro ordinamento il negozio e la validità sono fenomeni istantanei, cfr. PERLINGIERI P., *op.cit.*, p. 175. *Contra* MIRABELLI G., *Dei singoli contratti, cit.*, p. 26.

¹³⁴ Parte della dottrina ritiene che debbano essere assimilate alle cause di risoluzione del contratto, cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p. 704. Tuttavia si dà atto che la Cassazione nell'ambito di una controversia concernente la sopravvenienza della legge 17 febbraio 1992, n. 154 in materia di fideiussione ha affermato che quest'ultima non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento della sua entrata in vigore, ma determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto, cfr. Cass., 9 febbraio 2007, n. 2871, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 4, p. 317, con commento di CUCCOVILLO M., *Nullità sopravvenuta della fideiussione omnibus, apertura di credito ed efficacia delle rimesse in conto corrente*. In tema di usura invece è stato ritenuto che "quando anche non si volesse aderire alla configurabilità della nullità parziale sopravvenuta come sembra preferibile), tuttavia non si potrebbe comunque continuare a dare effetto alla pattuizione di interessi superiori alla soglia usuraria", cfr. Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2000, II, nota di DOLMETTA

¹³⁵ Cfr. Cass., 19 giugno 2014, n. 14006, in *Contratti*, 2015, 3, 270 nota di VECCHIO.

conseguenze diverse da quelle di cui sopra. In particolare hanno qualificato la mancata venuta ad esistenza del bene come ipotesi di nullità del contratto per mancanza di oggetto, escludendo quindi che si potesse chiedere la risoluzione per inadempimento¹³⁶.

d) La responsabilità in caso di inadempimento è di natura contrattuale e l'eventuale risarcimento del danno avrà come parametro l'interesse positivo all'esecuzione del contratto¹³⁷. Secondo la giurisprudenza, infatti, il contratto sottoposto a condizione sospensiva è perfettamente concluso anche se non ancora efficace ed è fonte di “*obbligazioni preliminari o prodromiche il cui adempimento può dar luogo ad una responsabilità contrattuale*”¹³⁸.

4.1.3. Negozio obbligatorio

a) Anche in questo caso, il negozio è già perfetto a partire dal momento dell'incontro delle manifestazioni di volontà delle parti, ancor prima della venuta ad esistenza del bene. La complessità della fattispecie rileva esclusivamente in relazione ad ambiti “*marginali, estrinseci allo schema tipico negoziale*”¹³⁹.

b) *Medio tempore* nascono dei precisi obblighi in capo alle parti.

Una volta concluso il contratto si instaura un rapporto giuridico contrattuale *preliminare*¹⁴⁰.

Il primo effetto obbligatorio è l'irrevocabilità del consenso ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c..

¹³⁶ Nel caso concreto era stata stipulata una vendita di cosa futura tra una azienda collettiva di produttori agricoli e un titolare di un agrumeto (e all'uopo, era stata versata una caparra confirmatoria da parte dell'azienda dei produttori al venditore dei frutti pendenti nel fondo coltivato da quest'ultimo) cui seguiva una gelata che determinava l'impossibilità della prestazione oggetto della vendita, cfr. Cass., 30 giugno 2011, n. 14461, in *Contratti*, 2012, 4, 270 nota di SANGERMANO. Quest'ultimo critica tale sentenza perché la stessa autorevole dottrina che ha elaborato la teorica della vendita di cosa futura quale negozio sottoposto a *condicio juris* ha escluso che possa parlarsi di nullità in senso tecnico, dovendosi optare per un fenomeno di caducazione o di risoluzione di diritto del negozio. In aggiunta la Cassazione si contraddice perché rileva la mancata prova da parte del venditore in fase di merito della non imputabilità della impossibilità della prestazione. Ma “*delle due l'una: o al venditore non può essere addebitato ex art. 1218 c.c. alcun giudizio di colpevolezza e il contratto viene caducato per "nullità" ex art. 1472 c.c., secondo comma, (cioè, tecnicamente risolto di diritto per incolpevole impossibilità sopravvenuta); ovvero, il venditore è risultato inadempiente e la risoluzione è governata dalle relative regole in materia di scioglimento del contratto per inadempimento*”.

¹³⁷ Se invece fosse stato invalido, le parti avrebbero potuto chiedere il risarcimento della lesione del mero interesse negativo a non essere coinvolti nella stipulazione di un contratto invalido.

¹³⁸ Cfr. Cass. 18 marzo 2002, n. 3942, *cit.*

¹³⁹ Si esprime in tale senso GAZZARA G., *op. cit.*, p. 113.

La Cassazione ha recentemente affermato che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono si tratti di un negozio *ab initio* perfetto, ricorrendo in esso tutti gli elementi essenziali del contratto, ma ad effetti obbligatori (poiché il momento traslativo sussisterà solo allorchè la cosa sia venuta ad esistenza), cfr. Cass., Sez. Unite, 12 maggio 2008, n.11656, in *Riv. not.*, 2009, II, p.1477, con nota di GRAZIANO

¹⁴⁰ Giuridico perché regolato dalla legge; contrattuale perché effetto di un contratto completo; preliminare perché tende a realizzare un rapporto definitivo e finale, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 182. Inoltre la dottrina rileva che quando l'effetto reale si produce immediatamente attraverso il semplice consenso il contratto si realizza senza che si costituisca un rapporto obbligatorio, altrimenti il risultato programmato (il passaggio di proprietà) rileva in termini di obbligazione, cfr. BIANCA C.M., *La vendita e la permuta, cit.*, p. 92.

L'attuale inesistenza della cosa, inoltre, non impedisce la produzione di tutti quegli effetti indipendenti rispetto a quello reale, come ad esempio quello di pagamento del prezzo.

La particolarità del fenomeno, poi, fa nascere degli obblighi in capo alle parti dipendenti dalla preordinazione del negozio alla produzione dell'effetto reale. In linea generale parte della dottrina ritiene che, se nulla è stato stabilito dalle parti, in questa fare possa applicarsi la disciplina prevista in materia di contratto sottoposto a condizione: la parte dovrà comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte nei termini già delineati¹⁴¹.

Se si tratta di una vendita, invece, il codice offre una fonte normativa più specifica cui fare riferimento: l'obbligo *ex art. 1476, n.2, c.c.* ossia quello di "far acquistare".

Il venditore deve fare il possibile per procurare l'acquisto all'altra parte. Inoltre il diritto deve essere trasferito nello stato di consistenza giuridica e materiale in cui si trovava al momento della conclusione del contratto¹⁴².

Ciò significa che il venditore deve astenersi dal compiere qualsiasi atto che possa determinare il non trasferimento¹⁴³, l'estinzione del diritto o una diminuzione del valore dello stesso. Ma non solo: per evitare di frustrare la legittima aspettativa giuridica del compratore può essere costretto a comportamenti positivi (ad es. interrompere l'usucapione di un terzo, compiere atti conservativi).

Gli effetti che si producono prima che il bene venga ad esistenza sono, dunque, sostanzialmente simili a quelli esaminati in caso di pendenza della condizione. In questo caso si giustificano in maggior misura perché non solo vi è un contratto già perfetto, ma altresì già parzialmente efficace.

È stata più volte rimarcata in dottrina la differenza sostanziale che intercorre tra il negozio condizionato e la vendita obbligatoria. Solo nel primo caso sorgono immediatamente effetti obbligatori (come quello *ex art. 1476, n.2, c.c.* o anche quello di pagamento del prezzo), mentre la condizione sospende sia gli effetti reali che quelli obbligatori¹⁴⁴. Potrà quindi trovare spazio la disciplina sull'inadempimento.

Secondo l'art. 1498 c.c. in mancanza di pattuizione e salvi gli usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna. Ciò significa che lo stesso può essere dalle parti anticipato ad una fase precedente alla venuta ad esistenza del bene¹⁴⁵.

¹⁴¹ Sarebbe, infatti, arbitrario ritenere che tale disciplina si applichi alle sole condizioni volontarie, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 183.

¹⁴² Sul punto cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 312 ss.

¹⁴³ Il venditore ha ancora il potere di disposizione, infatti nessun effetto reale si produce prima della venuta ed esistenza del bene. Ci sono esclusivamente vincoli di natura obbligatoria.

¹⁴⁴ In dottrina: CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, vol I, Milano Giuffrè, 1988, p. 97; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 83. La vendita è un contratto sinallagmatico: una parte deve procurare il trasferimento e l'altra ha l'obbligo di pagare il prezzo. *Contra* RUBINO D., *op. cit.*, p. 186.

¹⁴⁵ Si veda: PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 214. L'autore ritiene che l'opinione secondo la quale nella compravendita di cosa futura commutativa l'obbligazione di pagare il prezzo dipende dalla venuta ad esistenza della cosa appare del tutto priva di fondamento, deducendo dalla necessaria sinallagmaticità e reciprocità delle prestazioni la loro necessaria contestualità.

Né in caso di vendita obbligatoria né di negozio condizionato simili comportamenti possono essere ricondotti a un generale obbligo di custodia perché la cosa, non essendosi ancora verificato l'effetto traslativo, appartiene al venditore (e non è configurabile un obbligo di custodia di cosa propria).

La diligenza richiesta è quella del buon padre di famiglia.

Una volta venuto ad esistenza il bene, l'obbligo di conservare immutato lo stato della cosa ricade all'interno del contenuto dell'obbligo di consegna.

c) Laddove venga raggiunta la certezza in ordine alla non venuta ad esistenza del bene e l'impossibilità non sia imputabile, il contratto si risolve in automatico (in dottrina si discute se *ex art. 1463* o *ex art. 1472 c.c.*). Nel caso in cui, invece, si riscontri un inadempimento imputabile, l'altra parte avrà diritto alla tutela risarcitoria dell'interesse contrattuale positivo¹⁴⁶.

d) La responsabilità è di natura contrattuale. Se la parte impedisce la venuta ad esistenza della cosa (tramite comportamenti attivi o omissivi) è responsabile *ex contractu* e si applicano i normali principi in materia di inadempimento (sin dall'inizio è possibile rinvenire il sinallagma contrattuale del contratto di compravendita: procurare il trasferimento e obbligo di pagare il prezzo¹⁴⁷). Il differimento degli effetti non incide in nessun modo sulla natura della responsabilità¹⁴⁸.

4.2. Effetti verso i terzi

La stipulazione del contratto avente ad oggetto beni futuri va ora considerata in ordine alla sua rilevanza nei confronti dei terzi.

Un negozio giuridico può - in via diretta o indiretta - produrre effetti anche in capo a soggetti giuridici estranei rispetto allo stesso. Esistono dei casi in cui il principio di relatività (che rende il contratto inopponibile), talvolta viene "neutralizzato da un contro principio di forza superiore"¹⁴⁹.

L'aspetto che qui ci interessa e rispetto al quale sono necessarie degli approfondimenti è quello relativo all'opponibilità¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cfr. GAZZARA G., *op. cit.*, p. 175. LUMINOSO A., *La vendita, cit.*, p. 206; BIANCA C.M., *op. cit.*, 1972, p. 343.

¹⁴⁷ Sul punto: BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 345.

¹⁴⁸ V. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 186 e LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 202.

¹⁴⁹ Secondo attenta dottrina il principio di relatività degli effetti del contratto *ex art. 1372*, comma 2, c.c. si riferisce agli effetti giuridici e non a quelli empirici. Inoltre non impedisce che l'accordo possa ledere la posizione (anche protetta) di terzi (si pensi ad esempio ad una vendita, che diminuisce la garanzia patrimoniale dei creditori) o conformarla in vario modo (es la cessione del contratto o l'alienazione della nuda proprietà nei confronti dei titolari di diritti reali minori), cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p. 530 ss.

¹⁵⁰ Quest'ultima va tenuta distinta dalla più generale e problematica efficacia del contratto verso i terzi perché è sempre e solo diretta. L'opponibilità riguarda proprio i conflitti che possono nascere tra parti e terzi a seguito della conclusione del contratto.

Il principio che regola le vicende inerenti l'alienazione dei diritti è quello del consenso traslativo. Di conseguenza è da rinvenirsi in tale scelta legislativa la ragione della possibilità di eventuali conflitti tra più aventi causa. Anche in relazione alla vendita di un bene futuro, infatti, è ben possibile che il venditore alieni a più soggetti lo stesso diritto o bene.

Pertanto, esclusa l'applicabilità del principio *prior in tempore, potior in iure* (per gli evidenti intralci al traffico giuridico), il legislatore ha optato per: a) la previsione della garanzia per l'evizione; b) la soluzione dei conflitti tra più acquirenti di uno stesso dente causa dando priorità al criterio di giustizia sostanziale dell'affidamento, collegato a situazioni di apparenza (il possesso) o pubblicità (trascrizione)¹⁵¹.

Ai fini di una più scorrevole trattazione è opportuno separare il regime di circolazione dei beni mobili rispetto a quello dei beni immobili e premettere che il trattamento giuridico tra gli acquisti *a non domino* e quelli effettuati da parte di chi era proprietario ma non lo è più a causa di una doppia alienazione è diverso in caso di beni immobili.

Il problema si complica laddove sia abbia a che fare con un negozio avente ad oggetto un bene futuro. È chiaro che nessuna questione sorge fino a quando il bene non sia venuto ad esistenza.

La dottrina che si è occupata della questione, si è concentrata sulla fase successiva alla stessa.

a) Beni mobili

Con riferimento a questi ultimi i problemi aumentano, poichè non esiste alcuna forma di pubblicità *ex ante*, al momento della stipulazione del negozio.

Il principio del consenso traslativo vale solo tra le parti. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il compratore - che vuole prevalere rispetto agli altri soggetti che vantano titoli di acquisto in relazione allo stesso bene - deve ottenere per primo il possesso.

La questione va affrontata facendo una distinzione tra i negozi in cui è previsto che il momento traslativo coincida con quello della venuta ad esistenza del bene, da quelli in cui le parti optino per un differimento dello stesso.

Nel primo caso, se l'alienante dispone della cosa dopo la venuta ad esistenza (e prima della consegna) troverà applicazione, secondo autorevole dottrina, l'art. 1153 c.c.. I terzi - in presenza di tutti i presupposti - acquisteranno *a non domino*.

In caso di doppia alienazione mobiliare (prima della venuta ad esistenza), invece, si applicherà l'art. 1155: la regola è sostanzialmente quella del *possesso vale titolo* (diventa proprietario chi per primo

¹⁵¹ Cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 289.

consegue il possesso), ma in questo caso la dottrina è divisa in ordine alla natura dell'acquisto (se a titolo originario o derivativo).

Nel secondo caso, invece, l'alienante (nell'intervallo di tempo tra la venuta ad esistenza della cosa e l'effetto traslativo) è ancora il proprietario. Pertanto gli eventuali terzi acquireranno *a domino*¹⁵².

b) Beni immobili

La questione in ordine all'opponibilità dei beni immobili, invece, è legata all'adempimento dell'onere della trascrizione.

La prima questione da risolvere è quella della trascrivibilità del preliminare prima della venuta ad esistenza del bene. Secondo i sostenitori della tesi del negozio incompleto anche il regime della opponibilità risente della incompletezza del negozio. Infatti negano che la trascrizione sia possibile fintanto che il bene non venga ad esistenza. Prima di quel momento, laddove fosse stata effettuata sarebbe da considerarsi non temporaneamente inefficace, ma radicalmente nulla¹⁵³.

Il negozio sotto condizione, invece, può essere validamente trascritto¹⁵⁴. L'esistenza della condizione va menzionata nella nota *ex art. 2659, comma 2, c.c.*¹⁵⁵.

La tesi preferibile risulta essere, comunque, quella del negozio obbligatorio. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono trascrivibile la vendita avente ad oggetto beni immobili futuri perché i contratti ad effetti reali differiti - visto che hanno pur sempre ad oggetto il trasferimento della proprietà - devono ritenersi compresi all'interno dell'ipotesi *ex art. 2643, n.1, c.c.*¹⁵⁶.

¹⁵² Cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 260.

¹⁵³ La tesi della nullità della trascrizione è stata sostenuta da RUBINO D., *op. cit.*, p. 186 e GORLA G., *La compravendita e la permuta, cit.*, p. 248.

Cfr. anche TORRENTE A., *Aspetti particolari della pubblicità nel diritto della navigazione*, in *Scritti in onore di Scialoja A.*, I, p. 316: l'autore rileva che, mentre la trascrizione e l'iscrizione di regola di riferiscono a beni esistenti, la pubblicità relativa alle navi e agli aeromobili può avere ad oggetto una cosa futura (ossia una nave o un aeromobile non ancora venuti ad esistenza). In questi casi si ha un tipico negozio su cosa futura e la pubblicità si adegua a tale tipologia di negozio (fenomeno non sconosciuto in ambito civile, come nel caso dei contratti soggetti a condizione sospensiva). Pertanto nell'ambito del diritto della navigazione si riscontra questa efficacia anticipata della pubblicità.

¹⁵⁴ Il legislatore ha così risolto la *vexata quaestio* sorta nella vigenza del codice abrogato.

¹⁵⁵ In dottrina è discusso su quali siano le conseguenze della non menzione nella nota della condizione. La legge, infatti, nulla prevede in proposito. Secondo alcuni ne discende l'inopponibilità ai terzi (sub acquirenti) degli eventuali acquisti cfr. NATOLI U., FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti. Trascrizione - Prove*, in *Commentario del Codice Civile*, VI, Torino, 1971, 204. Dalla Relazione al Re (n.1090) emerge che sul punto si era aperto un lungo dibattito, all'interno del quale erano emerse le seguenti opinioni: a) la sanzione dell'inopponibilità ai terzi del termine o della condizione era apparsa eccessiva a chi riteneva che i terzi erano in grado di prendere conoscenza di detti elementi accidentali consultando il titolo; b) era eccessiva anche l'opinione di chi considerava nulla la trascrizione vista l'incertezza sul rapporto giuridico, in quanto una tale conseguenza (*ex art. 2665 c.c.*) era da lasciare al libero apprezzamento del caso concreto da parte del giudice. Considerato che la nullità comunque non può essere introdotta in via interpretativa nel silenzio della legge, altra parte della dottrina ha ritenuto che il subacquirente ha il solo diritto a pretendere il risarcimento del danno, cfr. FERRI G.B., D'ORAZI- FLAVONI M., *Della trascrizione immobiliare*, 2 ed., in *Commenario Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1964, p. 317.

¹⁵⁶ Secondo la giurisprudenza la compravendita dell'immobile futuro (e quindi la domanda relativa al suo accertamento) è soggetta a trascrizione, perché, pur non determinando il trasferimento della proprietà del bene al compratore per effetto

La non necessità dell'immediatezza dell'effetto traslativo ai fini della trascrizione si desume, infatti, dall'art. 2659, comma 2, c.c. il quale prevede espressamente che “*se l'acquisto, la rinuncia o la modificazione del diritto sono sottoposti a termine o a condizione, se ne deve far menzione nella nota di trascrizione*”. Nonostante le differenze strutturali con il negozio condizionato, quest'ultimo e la vendita obbligatoria hanno il comune il differimento dell'effetto reale¹⁵⁷.

Ammessa la trascrivibilità del negozio, in caso di doppia alienazione prevale, *ex art.* 2644 c.c. chi per primo avrà trascritto l'acquisto¹⁵⁸. Perché ciò sia possibile si deve sostenere, tuttavia, che l'eventuale secondo acquirente (che però abbia trascritto per primo) acquisti *a domino*, altrimenti si dovrebbe applicare la più rigorosa disciplina dell'usucapione abbreviata.

La dottrina ritiene, pertanto, che la trascrizione curata da quest'ultimo operi come condizione risolutiva legale rispetto al primo acquisto e che risolva retroattivamente gli effetti reali prodotti dal primo atto traslativo non trascritto¹⁵⁹.

La vendita a terzi con un atto trascritto rispetto ad un bene già oggetto di alienazione comporta la violazione dell'obbligo contrattuale nei confronti del precedente acquirente. Quest'ultimo avrà diritto, quindi, al risarcimento del danno *ex art.* 1218 c.c..

Rispetto al terzo successivo acquirente, rimasto estraneo al primo rapporto contrattuale, può configurarsi esclusivamente una responsabilità di tipo extracontrattuale se vi sia stata una dolosa preordinazione in tal senso o comunque la consapevolezza della precedente vendita non trascritta e dunque una compartecipazione all'inadempimento dell'alienante.

In nessun caso, comunque, la trascrizione di una vendita di cosa futura - sia pure legittimamente operata prima che questa sia venuta ad esistenza - può incidere sul momento di acquisto della proprietà (e far sì ad esempio che retroagisca alla data di essa, in contrasto col preciso disposto dell'art. 1472 c.c.).

del solo consenso delle parti, non costituisce un negozio a formazione progressiva, ma configura un'ipotesi di vendita obbligatoria, idonea a produrre l'effetto traslativo della proprietà al momento in cui l'immobile venga a esistenza e rientra, quindi, nell'ampia dizione dell'art. 2643, n.1 c.c., cioè tra i contratti che trasferiscono la proprietà degli immobili, cfr. Cass., 7 luglio 1986, n. 4497, in Nuova Giur. Civ., 1987, I, 366 nota di GUARNERI.

¹⁵⁷ Così come per i negozi condizionati, dunque la trascrizione avverrà in due tempi: la trascrizione del contratto di vendita con la nota e la successiva cancellazione della menzione per l'avveramento del fatto ulteriore risultante dalla dichiarazione (anche unilaterale) del compratore. Al massimo si potranno avere problemi in ordine alla compilazione della nota (anche se l'individuazione del bene futuro non è mai impossibile), ma comunque la non esattezza o incompletezza di questa non danno luogo all'invalidità della trascrizione, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 264. Con riferimento alla trascrizione di un negozio di vendita di un immobile futuro la Cassazione ha affermato che ai fini della validità della trascrizione, è sufficiente a norma dell'art. 2655 c.c., che le indicazioni riportate nella nota consentano di individuare con certezza, secondo l'apprezzamento riservato al giudice del merito, gli elementi essenziali del titolo, e, in particolare, i soggetti e l'oggetto cui essa si riferisce (nella specie: in base al su-riportato principio, la suprema corte ha ritenuto che l'indicazione nella nota di trascrizione dei quattro confini dell'appartamento oggetto della compravendita fosse sufficiente al fine della identificazione di esso), cfr. Cass., 7 luglio 1986, n. 4497, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

¹⁵⁸ Tale soluzione è stata prospettata in dottrina da GAZZARA G., *op. cit.*, p. 177 e in giurisprudenza da Cass., 10 marzo 1997, n. 2126, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, 1, p.38, con nota di CISTULLI F.

¹⁵⁹ La teoria della condizione risolutiva legale è sostenuta da GAZZONI F., *op. cit.*, p. 309.

5. La disciplina

All'interno del codice sono rinvenibili diverse norme che prevedono figure negoziali aventi ad oggetto beni futuri.

Si può costituire una servitù *ex art.* 1029 c.c. sia per assicurare ad un fondo un vantaggio futuro¹⁶⁰, che a favore di un edificio da costruire o di un suolo da acquistare (ma in questo caso la costituzione non ha effetto se non dal giorno in cui l'edificio è costruito o il fondo è acquistato)¹⁶¹.

L'ipoteca e la fideiussione possono avere ad oggetto beni futuri (artt. 1938¹⁶² e 2823¹⁶³ c.c.).

¹⁶⁰ In questo tipo di servitù esistono tutti gli elementi necessari ai fini costitutivi, vale a dire sia il fondo servente che quello dominante. Solo il vantaggio non è attuale.

¹⁶¹ In questa fattispecie, prevista nel secondo comma dell'art. 1029 c.c., al momento della stipulazione del negozio costitutivo manca uno dei presupposti della servitù: l'edificio da costruire o il fondo da acquistare. Secondo la Cassazione la differenza fra le due fattispecie previste nei commi 1 e 2 dell'art. 1029 c.c., sta in questo: "*nel primo caso (servitù per un vantaggio futuro del fondo dominante) esistono tutti gli elementi necessari per la costituzione della servitù, e cioè sia il fondo servente che quello dominante e la sola particolarità della fattispecie va ravvisata nel fatto che l'utilità per il fondo dominante non è attuale, ma verrà ad essere in futuro; nella seconda ipotesi (servitù a favore o a carico di un edificio da costruire o di un fondo da acquistare) all'atto del negozio costitutivo manca uno dei presupposti della servitù, l'edificio da costruirsi in seguito, a cui favore opererà la servitù. Da tanto consegue che nella prima ipotesi la servitù viene ad esistere immediatamente; nella seconda si ha la costituzione di un rapporto obbligatorio, suscettibile di trasformarsi in un rapporto di natura reale soltanto nel momento in cui l'edificio viene costruito. Per stabilire in quale fattispecie si versi, occorre fare riferimento al criterio dell'attualità o meno dell'"utilitas" in cui si concreta il contenuto della servitù; qualora si controversa sull'identificazione del fondo dominante in servitù convenzionale - se cioè esso sia costituito dal terreno ovvero dall'edificio costruendo - occorre interpretare la comune volontà delle parti, come risultante dal contratto a suo tempo concluso per individuare a vantaggio di quale immobile venne costituito il diritto reale, tenendo presente che l'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 1029 c.c. ha carattere eccezionale e presuppone la sicura individuazione del fondo dominante nell'edificio erigendo*", cfr. Cass., 7 aprile 2000, n. 4346, in *Diritto e Giustizia*, 2000, 16.

Secondo la dottrina, invece, la convenzione di cui si parla dà luogo ad un negozio ad efficacia sospesa (*condicio iuris*) da cui scaturiscono: a) i c.d. effetti preliminari: una situazione preparatoria della futura servitù (il concedente non può pregiudicare il futuro acquisto della servitù e deve astenersi da quei comportamenti che impediscano la nascita della stessa); b) l'efficacia reale del contratto analoga a quella del negozio costitutivo di servitù sotto condizione; c) la possibilità della trascrizione della convenzione; d) l'imprescrittibilità della servitù, così come per i diritti il cui acquisto sia sottoposto a condizione, cfr. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt.* 1027-1099, Bologna-Roma, 1979, p. 314 e ss..

¹⁶² La norma in materia di fideiussione è stata modificata dall'art. 10, L. 17.2.1992, n. 154. In questa prima parte è sufficiente precisare che per obbligazione futura si intende ogni obbligazione, attualmente non sorta, che verrà ad esistere. Sono incluse non soltanto le obbligazioni dipendenti da un rapporto in formazione, ma anche quelle in cui il processo di formazione dell'obbligazione si avrà soltanto in futuro (un'*obligatio sperata*, ma anche una *spes obligationis*). L'obbligazione condizionale può essere oggetto di fideiussione sia se la condizione è sospensiva che risolutiva, cfr. FRAGALI M., *Fideiussione*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 358.

¹⁶³ Tale disposizione prevede che non possa essere iscritta validamente ipoteca su beni futuri, fino a quando il bene non sia venuto ad esistere (al contrario del codice del 1865 che prevedeva un netto divieto in tal senso all'art. 1977). Tale norma si giustifica in ragione della vigenza del principio di specialità dell'ipoteca di cui all'art. 2809, comma 1, c.c.. L'accezione di bene futuro è la stessa riportata nel secondo paragrafo. Anche con riferimento a tale forma di garanzia reale si sono contrapposti due orientamenti in ordine alla natura giuridica e agli effetti medio tempore prodotti dal negozio stipulato: la tesi del negozio in corso di formazione e quella del negozio completo (e della validità dell'iscrizione prima della venuta ad esistenza dell'oggetto dell'ipoteca, con conseguente limitazione del disposto dell'articolo in esame ad ipotesi del tutto particolari, cfr. PERLINGIERI P., *Interpretazione abrogante dell'art. 2823?*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1968, II, p. 21). Come conseguenza della stipulazione del negozio sorge immediatamente l'obbligazione in capo al concedente di attivarsi affinché la condizione si realizzi (cfr. RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 314) o quantomeno l'obbligo di non frustrare l'aspettativa del creditore, cfr. FRAGALI M., *Ipoteca* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 785. Esistono comunque dei casi, in cui, secondo la dottrina, è possibile l'iscrizione dell'ipoteca prima della venuta ad esistenza del bene. In particolare: l'art. 2811 c.c. - che ricomprende nella garanzia ipotecaria i miglioramenti, le accessioni della cosa ipotecata, i quali non sarebbe altro che un'estensione di ipoteca a cose future -

Tuttavia dalla lettura di suddette norme si ricavano esclusivamente dati che riguardano la fase genetica dell'accordo: i citati negozi sono considerati completi di tutti gli elementi essenziali *ex lege* sin dal momento della loro stipulazione. Di conseguenza sono idonei a produrre tutti gli effetti non incompatibili con l'inesistenza della cosa¹⁶⁴. Dagli articoli 771 c.c. e 458 c.c. emergono, invece, due ipotesi di impossibilità giuridica del bene futuro, non estendibili in via analogica.

Con riferimento al rapporto, invece, il legislatore, non ha dettato una disciplina generale. Pertanto si è aperto un lungo dibattito dottrinale volto a ricercare gli istituti compatibili e applicabili nel caso in cui le parti non abbiano deciso di prevedere una disciplina provvisoria caratterizzata da obbligazioni di carattere conservativo e cautelare.

a) rimedi in caso in cui il bene non venga ad esistenza

Il paradigma normativo dal quale generalmente si è partiti per la ricostruzione del fenomeno, come più volte rilevato, è il contratto di vendita. L'unica norma che descrive le conseguenze in caso di mancata venuta ad esistenza del bene è l'art. 1472, comma 2, c.c. il quale - con una formula ambigua - prevede la nullità del negozio.

La dottrina si è interrogata a lungo sulla portata della previsione di tale invalidità.

Secondo alcuni autori deve essere intesa come "*espressione traslata di una diversa vicenda*" ed in particolare va assimilata alla situazione del non avveramento della condizione¹⁶⁵.

L'espressione "è nullo" è allora da interpretarsi come "*diviene inutile*"¹⁶⁶. Solo da un punto di vista empirico - e non giuridico - potrebbe equipararsi la nullità all'inefficacia. Ma la sterilità di una fattispecie non causa la sua invalidità¹⁶⁷. La nozione di nullità *ex art. 1472 c.c.*, infatti, peccherebbe sia per difetto - dato che non prevede l'ipotesi di mancata venuta ad esistenza per inadempimento imputabile - che per eccesso - perché pone nel nulla gli effetti che *medio tempore* si sono prodotti tra le parti in relazione ad un negozio con effetti solo parzialmente sospesi.

e gli artt. 566 e 1025 c. nav. - che prevedono la possibilità di iscrivere ipoteca su navi o aeromobili fin dal momento dell'annotazione in apposito registro dell'inizio della loro costruzione. In caso di edificio da costruire alcuni autori ritengono che l'iscrizione dell'ipoteca sia possibile non appena questo abbia un minimo di consistenza tale da consentire la descrizione con sufficiente precisione ai fini dell'iscrizione (che si estenderà poi automaticamente), cfr. RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 1956, p.110

¹⁶⁴ Sono incompatibili gli effetti reali o la consegna della cosa. Nulla esclude che possano comunque atteggiarsi in modo diverso (o se ne potranno verificare addirittura nuovi e sempre di natura obbligatorie) al fine di realizzare il peculiare assetto di interessi voluto dalle parti, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321 - 1352, cit.*, 1970, p. 373.

¹⁶⁵ Deve darsi atto però che si fonda però su una diversa ragione. In questo caso viene a mancare definitivamente un elemento indispensabile per la produzione degli effetti tipici del contratto e di conseguenza viene meno la stessa ragione per la permanenza degli effetti già verificatisi, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op cit.*, p. 375.

¹⁶⁶ In tal senso anche BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico, cit.*, p. 242 e GAZZARA G., *op. cit.*, p. 178. Secondo quest'ultimo autore la non nullità si ricaverebbe dallo stesso secondo comma dell'art 1472 c.c. che prevede la validità del contratto se concepito come aleatorio anche se il bene non venga ad esistenza.

¹⁶⁷ Si veda PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 173 ss.

Non può configurarsi, inoltre, la nullità perché non è ammissibile che un contratto inizialmente valido e poi dichiarato nullo per una invalidità c.d. sopravvenuta. Per questi motivi si parla allora più in generale di inefficacia¹⁶⁸.

Escluso il vizio genetico, rimane dunque da chiedersi quali siano i rimedi esperibili dalle parti in caso di mancata venuta ad esistenza del bene.

Secondo un primo orientamento - se quest'ultima circostanza risulta irrealizzabile - il contratto si risolve per sopravvenuta impossibilità della prestazione. Il giudice dovrà, pertanto, verificare se sia derivante da causa imputabile all'altra parte (art 1218 c.c.) o meno.

Nella seconda ipotesi lo scioglimento del contratto opera di diritto. Per questo motivo parte della dottrina sottolinea che in questi casi non si abbia una vera e propria risoluzione. Tuttavia la si qualifica in tal modo perché la disciplina e gli effetti che ne conseguono sono i medesimi avuto riguardo il venire meno del sinallagma¹⁶⁹.

In giurisprudenza si è precisato che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore paralizza qualsiasi domanda di adempimento e determina (se definitiva) la risoluzione del contratto, ai sensi degli art. 1463 e 1256, comma 1, c.c., con la conseguente applicazione delle norme generali sulla risoluzione (ed in particolare di quella sulla retroattività).

La domanda di risoluzione per inadempimento - che tende ad una pronuncia costitutiva e si fonda sul comportamento doloso o colpevole di una parte - ha presupposti e natura diversi dalla domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che invece mira ad una pronuncia di accertamento in conseguenza di fatti estranei alla sfera di imputabilità dei contraenti. per tali motivi si ritiene violato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ove - avendo le parti domandato la risoluzione del contratto per contrapposti inadempimenti - il giudice dichiara la risoluzione del contratto *ex art 1463 c.c.* per sopravvenuta impossibilità della prestazione contrattuale¹⁷⁰.

Secondo autorevole dottrina in caso di certezza in merito alla non venuta ed esistenza del bene opera la risoluzione di diritto, ma non *ex art. 1463 c.c.*, bensì direttamente *ex art. 1472 c.c.*. La prima differisce, infatti, dalla seconda perché può avere luogo anche in caso di impossibilità parziale e impossibilità totale solo provvisoria qualora la parte non abbia più un apprezzabile interesse all'adempimento¹⁷¹.

¹⁶⁸ Secondo la dottrina è la legge stessa a richiedere la venuta ad esistenza del bene, cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *Diritto civile. 1.2: Fatti e atti giuridici, cit.*, p. 692; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta, cit.*, p.343.

¹⁶⁹ Sul punto GAZZONI F., *op. cit.*, p. 1034.

¹⁷⁰ Cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

¹⁷¹ L'impossibilità sopravvenuta può essere anzitutto parziale. Tuttavia anche laddove fosse totale non sarebbe comunque assimilabile alla risoluzione di diritto per la non venuta ad esistenza del bene, perché l'impossibilità può essere non definitiva, ma temporanea e non equivalere, quindi, all'inesistenza della cosa, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 229.

La risoluzione di diritto, però, può aversi solo quando il decorso fattuale è certo e a qualsiasi domanda di risoluzione conseguirà una sentenza di natura meramente dichiarativa¹⁷².

In caso contrario (ossia incertezza sulla imputabilità della mancata venuta ad esistenza della *res*, totale o parziale), soccorrono in favore della parte tutti i normali rimedi di impugnazione, giudiziali e stragiudiziali. Il contratto è ancora in piedi e c'è l'interesse allo scioglimento del vincolo sinallagmatico.

In particolare, laddove la mancata venuta ad esistenza del bene dipenda da un fatto imputabile, l'altro contraente potrà chiedere la risoluzione *ex art.* 1453 cc¹⁷³ e il risarcimento del danno (corrispondente all'interesse positivo).

Inoltre, trattandosi di un contratto perfetto, sono utilizzabili tutti gli altri strumenti contro l'inadempimento compatibili con la sua natura e funzione.

In caso di mancata o inesatta esecuzione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte, la parte può esperire sia i rimedi di natura conservativa, che caducatoria.

I primi sono diretti a ottenere la conservazione del vincolo e volti a superare la sopravvenienza che vizia il meccanismo casuale.

Il rimedio per eccellenza inquadrabile in questa categoria è l'azione di esatto adempimento. Quest'ultima spetta al creditore che sia interessato all'esecuzione coattiva della prestazione dovuta mediante relativa condanna¹⁷⁴.

Suddetto rimedio in forma specifica è in astratto compatibile con il negozio su oggetto futuro. Infatti da quest'ultimo nasce l'obbligo di non frustrare la legittima aspettativa giuridica dell'altra parte che può avere anche contenuto positivo (interrompere l'usucapione di un terzo, compiere atti conservativi o produrre/costruire direttamente il bene).

Va tenuto conto innanzitutto della natura giuridica dell'obbligazione nel caso concreto. Ad esempio: se si tratta di prestazioni di fare infungibile (un quadro di un famoso pittore) o di non fare (astenersi dal compiere qualsiasi atto che possa determinare il trasferimento, l'estinzione del diritto o una diminuzione del valore dello stesso), insieme alla condanna dovrà essere chiesta l'applicazione delle

¹⁷² Sempre PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 219.

¹⁷³ Tale azione è esperibile sia quando il venditore non si adoperi tempestivamente ed adeguatamente per la venuta ad esistenza, sia quando - ad esempio - il compratore non versi gli acconti di prezzo dovuti, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 376.

¹⁷⁴ L'inadempimento del debitore assume rilevanza, per l'ordinamento positivo, indipendentemente dalla sua potenziale carica dannosa. Quest'ultimo, quindi, inteso come atto lesivo dell'interesse creditorio, rileva di per sé stesso, anche quando non cagioni al creditore un danno, ossia una perdita patrimoniale o una lesione di un interesse non patrimoniale (e rileva nei termini della impossibilità sopravvenuta), cfr. BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA A./BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1967, p. 153.

misure coercitive *ex art. 614bis c.p.c.* (ossia il pagamento di una determinata somma di denaro per ogni successiva violazione o ritardo nell'adempimento della prestazione principale).

Inoltre il sistema dei rimedi può variare a seconda della fattispecie contrattuale di riferimento (si pensi a quella peculiare del contratto di vendita). Pertanto la compatibilità in astratto dell'azione di esatto adempimento va verificata in concreto in relazione al singolo negozio.

Lo stesso discorso vale per l'azione di risarcimento in forma specifica. Quest'ultima diverge da quella di esatto adempimento sia sul piano contenutistico che su quello dei presupposti. Il risarcimento in forma specifica è volto ad eliminare il danno causato dall'inadempimento del debitore. La domanda mira a costringere quest'ultimo ad eseguire una prestazione sostitutiva e diversa rispetto a quella originariamente dovuta e idonea a rimuovere materialmente il danno cagionato. Proprio per questo motivo (prestazione diversa da quella dovuta) è discussa la sua applicabilità in ambito contrattuale al di là delle ipotesi tipiche e richiede il doppio vaglio *ex art. 2058* (non deve essere impossibile o eccessivamente onerosa).

b) gli altri rimedi

Nella fase che precede la certezza circa la mancata venuta ad esistenza del bene, è possibile che le parti necessitino di ulteriori tutele, ad esempio nel caso in cui la prestazione di una delle due parti divenga eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili.

L'impegno delle parti in ordine ad un oggetto futuro, infatti, può dilatarsi anche per lungo tempo. Di conseguenza le condizioni originarie della pattuizione possono mutare sensibilmente o venire meno. In qualsiasi operazione contrattuale è insito un profilo di incertezza in ordine al valore economico delle prestazioni originarie. Ciò vale sia per i contratti di natura commutativa, che per quelli aleatori (destinati ad una esecuzione continuata, periodica o differita). È opportuno, infatti, tenere distinta l'alea in senso economico (legata alla sopravvenienza di eventi futuri non prevedibili e non imputabili che possono alterare il valore economico della prestazione) da quella in senso tecnico-giuridico (che concerne esclusivamente i contratti di natura aleatoria).

La dottrina e la giurisprudenza ritengono generalmente ammissibile l'esperimento del rimedio della risoluzione *ex art. 1467 c.c.*¹⁷⁵ per porre rimedio a sopravvenuti squilibri patrimoniali eccessivi e

¹⁷⁵ Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 376 e PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 230. La risoluzione *ex art. 1467 c.c.* è ammessa per il contratto ad esecuzione continuata/periodica o differita. Il negozio ad oggetto futuro rientra nella seconda ipotesi. Secondo PERLINGIERI, inoltre, l'eccessiva onerosità *ex parte venditoris* non potrà più essere chiesta dopo il trasferimento della proprietà. Per attivare il rimedio occorre sempre e comunque che la prestazione della parte che l'invoca sia non esaurita al tempo della sopravvenienza. Quanto alla controprestazione bisogna distinguere: nel caso di onerosità diretta (la prestazione diventa più costosa o preziosa), la controprestazione può anche essere esaurita al tempo della sopravvenienza (ciò che importa è il mancato esaurimento della prestazione direttamente colpita dall'onerosità); invece nel caso di onerosità indiretta (si svilisce la controprestazione), anche la controprestazione dev'essere, in quel momento, ancora *in itinere*, cfr. anche ROPPO V., *Il contratto, cit.*, p. 949.

imprevisti in caso di negozio avente ad oggetto un bene futuro. La natura dello stesso è infatti commutativa e non aleatoria¹⁷⁶. Va verificata sempre e comunque la straordinarietà della causa che ha comportato l'alterazione del rapporto o dei suoi effetti.

Non sembrano esserci ostacoli neanche per l'ammissibilità dell'azione per la rescissione del contratto¹⁷⁷. Autorevole dottrina ha riportato l'esempio di un contratto di compravendita di un bosco al taglio del quale manchino dieci anni e ricorrano tutti i presupposti dell'art. 1448 c.c. (squilibrio della prestazione valutabile al tempo del contratto, stato di bisogno e approfittamento per trarne un vantaggio, perduranza della lesione al tempo della domanda). Se si negasse l'esperibilità dell'azione di cui trattasi la parte lesa dovrebbe attendere dieci anni e subire l'evidente aggravio dell'onere probatorio¹⁷⁸.

6. I divieti

Il legislatore vieta la contrattazione su oggetto non ancora venuto ad esistenza in quelle specifiche ipotesi in cui la volontà delle parti non può proiettarsi verso il futuro. Ad esempio: la donazione di cosa futura *ex art. 771 c.c.* e il divieto di patti successori relativi ad una eredità futura *ex art. 458 c.c.*. Con riferimento alla prima ipotesi, la teoria che individua la *ratio* dell'ostilità legislativa

In giurisprudenza: il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, che è escluso nell'ipotesi di compravendita avente effetto traslativo immediato, ancorché sia stato pattuito il differimento della consegna della cosa venduta, è invece "*applicabile allorché la vendita abbia, anziché effetti reali immediati, solo efficacia obbligatoria, con effetto traslativo differito ad un momento successivo alla conclusione del contratto, dipendendo il trasferimento del diritto, oltre che dal consenso, dal verificarsi di un fatto ulteriore, quale, per la vendita di cose indicate solo nel genere, la specificazione o, per la vendita di cosa altrui, l'acquisto della proprietà da parte del venditore*" (cfr. Cass. Civ., 23 maggio 1988, n. 3575, in *Mass. Giur. It.*, 1988), sempre che fra il momento della conclusione e quello dell'esecuzione si siano verificati avvenimenti straordinari o imprevedibili tali da rendere l'adempimento della prestazione, in tutto o in parte, ancora dovuta, eccessivamente oneroso per uno dei contraenti, cfr. Cass. civ. Sez. II, 18-02-1999, n. 1371, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

¹⁷⁶ V. Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050, in *Imm. e propr.*, 2013, 5, p. 327: al fine di qualificare il contratto come aleatorio, è necessario verificare se, al momento della conclusione del contratto, vi sia - per volontà delle parti o per legge - una situazione di obiettiva incertezza circa i vantaggi o lo svantaggio economico che potrà derivare dal regolamento negoziale. Oppure anche quando, per la struttura del contratto posto in essere, è a carico di una delle parti il rischio di un evento causale che potrà incidere sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione. L'alea opera sin dall'inizio come elemento essenziale del sinallagma.

¹⁷⁷ Durante la vigenza del codice del 1865 si era negata l'ammissibilità dell'esperimento dell'azione di rescissione di un contratto di compravendita di beni futuri per due motivi. Innanzitutto perché prima della venuta ad esistenza del bene non vi è alcun contratto di compravendita (teorie dualiste). Inoltre era impossibile stabilire a priori la sproporzione tra il valore della cosa e il prezzo, visto che la prima è accertabile solo nel momento in cui nasce. Tuttavia entrambe le obiezioni sono state facilmente superate. Non è più sostenibile la tesi che scinde il negozio in due distinti contratti: sin dall'inizio vi è una compravendita di beni futuri. Il valore della cosa, infine, generalmente è valutabile sin dal momento della conclusione del contratto. Se non lo è non è possibile neppure stabilire il corrispettivo, pertanto non è configurabile una lesione o un depauperamento, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 240. Favorevole alla sua ammissibilità anche SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 376.

¹⁷⁸ Cfr. sempre PERLINGIERI P., *op. cit.*, p.243.

all'ammissibilità della stessa nell'intento di porre un freno agli atti di prodigalità del donante la *ratio* di suddetta norma è ad oggi quella dominante sia in dottrina che in giurisprudenza¹⁷⁹.

Occorre dare atto che si sono susseguite diverse tesi. Storicamente, sotto la vigenza del codice del 1865, veniva spiegata attraverso il ricorso ad un principio francese “*donner et reteneir ne vaut*”¹⁸⁰. La donazione di beni futuri non era considerata spoglio attuale e irrevocabile (dato che dipendeva sempre dal donante il procurarsi l'acquisto di questi ultimi) e quindi si poneva in contrasto con suddetta inderogabile regola¹⁸¹.

Altri autori, invece, hanno operato una differenziazione tra donazione di singoli beni futuri o donazione di un complesso di questi ultimi. In particolare, la donazione di una indeterminata universalità o un complesso di beni futuri sarebbe nulla perché contrastante con il divieto dei patti successori *ex art. 458 c.c.* (e quindi assimilabile alla attribuzione *mortis causa*). Il singolo bene futuro, invece, potrebbe essere donato, ma solo con effetti obbligatori: con produzione del conseguente effetto reale nel momento in cui viene ad esistenza la cosa in caso di bene futuro (e automaticamente, non appena il donante abbia acquistato la proprietà in caso di beni altrui)¹⁸². In tal modo, tuttavia la donazione dispositiva di beni altrui si tramuterebbe sempre in obbligatoria, sicché non solo il divieto *ex art. 771 c.c.* non avrebbe più ragion d'essere, ma si eclisserebbe totalmente il ruolo della volontà del donante.

In realtà vi è un collegamento tra il divieto di patti successori e il divieto di donazione di beni futuri *ex art. 771 c.c.*. La seconda parte del primo comma dell'art. 458 c.c., infatti, vieta i patti di tipo dispositivo e rinunciativo: in entrambi i casi l'oggetto del negozio non è rappresentato da un proprio diritto (come nel patto istitutivo), bensì da un diritto soggettivamente futuro (che il soggetto non ha, ma potrebbe ricevere dalla successione non ancora aperta). Quindi ci si è chiesti che tipo di rapporto intercorra tra le due norme.

Il divieto di patti successori ha un ambito di applicazione più vasto in quanto vieta non soltanto i patti dispositivi e rinunciativi stipulati con spirito di liberalità (che sarebbero comunque vietati *ex art. 771 c.c.*), ma altresì quelli in cui si ravvisi una causa onerosa (o anche gratuita). La *ratio* del divieto in

¹⁷⁹ Si citano a titolo di esempio opere e pronunce indicate nelle note precedenti: cfr. TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. in CARNEVALI U.-MORA A. (a cura di), in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P.), Giuffrè, Milano, 2006, p. 407.

In giurisprudenza, invece, Cass. 5 maggio 2009, n. 10356. Secondo la giurisprudenza l'esigenza, che ne è alla base, è quella di porre un freno agli atti di prodigalità e di limitare l'impoverimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante.

¹⁸⁰ Si collega, in altre parole, il divieto all'irrevocabilità del consenso. Tuttavia la possibilità di non adempiere è un rischio che nasce anche in caso di donazione obbligatoria. Pertanto non può ritenersi un elemento decisivo. In realtà le parti, nel momento in cui stipulano la donazione, anche nel caso in cui la si consideri un contratto a consenso c.d. anticipato, sono già vincolate e hanno il dovere di non impedire la futura nascita del diritto.

¹⁸¹ In dottrina: TORRENTE A., *op. cit.*, 491; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1530; BONILINI G. (a cura di), *Delle donazioni*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. del cod. civ.*, UTET, Torino, 2014, p. 110; TRINGALI F., *Le donazioni*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 230.

¹⁸² Cfr. BIONDI B., *Le donazioni*, in VASSALLI F. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1961, p. 339 e ss.

questo caso è diversa e più ampia: evitare la speculazione sulla morte altrui. Interesse ritenuto non solo non meritevole di tutela dal nostro ordinamento, ma addirittura non tollerato per ragioni di ordine morale.

Nel nostro ordinamento il divieto dei patti successori è strettamente collegato alla regola secondo la quale la delazione può avere come fonti solo la legge e il testamento (unico negozio *mortis causa* ammesso) ex art. 457 c.c.¹⁸³.

La dottrina ha rilevato che la ratio del divieto sarebbe diversa per ciascuno dei tre tipi di patti successori indicati nell'art. 458 c.c.¹⁸⁴.

Rispetto ai patti successori di tipo istitutivo (con cui un soggetto trasferisce la titolarità di tutti o di una parte dei beni che lascerà alla propria morte ad un altro soggetto o si impegna a disporre per testamento in un certo modo) si ritiene che il fondamento della nullità sia rinvenibile nella tutela della libertà di testare, la quale verrebbe pregiudicata dall'atto con cui si dispone dei propri beni irrevocabilmente, con effetto a partire dal momento della morte.

Il divieto dei patti dispositivi (ossia quei patti con i quali taluno dispone dei diritti che gli possano derivare da una futura eredità) invece si ricollega a quello ex art. 771 c.c.. Sono entrambi negozi *inter vivos* (successori sta ad indicare che hanno ad oggetto diritti *mortis causa*) che non minacciano la libertà di disporre del testatore. Quest'ultimo, infatti, non partecipa al negozio. La nullità in questo caso è comminata sia a tutela dei “*giovani prodighi inesperti che, malconsigliati da persone di pochi scrupoli, sarebbero portati a dilapidare in anticipo le sostanze che avrebbero dovuto ereditare dai loro parenti*” e sia per impedire convenzioni immorali come il *votum corvinum* o il *votum captandae mortis* (perché un simile patto porterebbe alla nascita dell'intimo desiderio del decesso del soggetto della cui successione si tratta).

Attraverso i patti rinunciativi, invece, si rinuncia ai diritti che possano comunque derivare da una successione non ancora apertasi. Sono quindi qualificabile come una sottospecie dei patti dispositivi, poiché anche la rinuncia è qualificabile come atto di disposizione rispetto ad una eredità futura (il beneficiario in questo caso deve comunque essere un soggetto chiamato all'eredità)¹⁸⁵.

¹⁸³ V. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 8ª ed., Torino, 2016, p. 22.

¹⁸⁴ Sul punto CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 26 e IEVA M., *Art. 458*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, UTET, 2009, p. 28.

¹⁸⁵ In relazione ai patti rinunciativi si veda FERRI L., *Successioni in generale*, 3ª ed., in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 456-511*, Bologna-Roma, 1980, p. 83 ss.

Capitolo II:

CONTRATTI AD EFFETTI REALI E OGGETTO FUTURO

Sommario: 1. Premessa - 2. La vendita avente ad oggetto beni futuri - 2.1. Differenza con figure affini - 2.1.1. Vendita ad oggetto futuro e contratto preliminare - 2.1.2. Vendita e appalto - 2.2. Disciplina - 2.2.1. Le obbligazioni che sorgono in capo alle parti - 2.2.2. Passaggio del rischio - 2.2.3. Rimedi - 2.3. Trascrizione - 2.4. Singole figure di vendita - 2.4.1. Vendita di beni da costruire - 2.4.1.1. Trascrizione - 2.4.1.2. Il d.lgs. 20 giugno 2005, n.122 - 2.4.2. Vendita di azioni di società futura - 2.4.3. Vendita di frutti e alberi - 3. La permuta - 3.1. Differenza con figure affini - 3.2. Disciplina - 3.2.1. L'applicabilità del d.lgs. 122/2005 - 3.3. Rimedi - 3.4. Permuta di cosa presente con cosa futura a favore di terzi e art. 771 cc.

1. Premessa

Il principio che ammette in termini generali la deducibilità di oggetti futuri all'interno del regolamento contrattuale va coordinato con la specifica struttura e la funzione dei singoli negozi, sia tipici che atipici.

È dunque necessaria una verifica più approfondita in relazione alla compatibilità della previsione di un bene futuro rispetto alla giustificazione causale, agli elementi essenziali e alla modalità di perfezionamento di questi ultimi.

In questo capitolo si affronteranno le problematiche in ordine alle principali figure di contratti di alienazione diretti a realizzare uno scambio di beni.

Si avrà riguardo esclusivamente ai contratti commutativi e non aleatori. Di conseguenza, esulano dall'analisi che segue tutti quei negozi in relazione ai quali è incerto non solo il *quantum* della prestazione, ma anche l'*an* della stessa. Queste ultimi, infatti, presentano degli aspetti del tutto peculiari, estranei al discorso sino ad ora intrapreso.

La vendita ad oggetto futuro, nonostante il bene non esiste ancora in natura, non può considerarsi per ciò solo una *emptio spei*¹⁸⁶. Il contratto è aleatorio qualora, già al momento della sua conclusione, l'alea sia, per legge o per volontà delle parti, elemento essenziale del sinallagma. Una così importante conseguenza giuridica non può derivare dall'apposizione di una mera condizione sospensiva o dalla deduzione di un oggetto futuro, il quale incide sull'efficacia e non sulla natura del negozio¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Per una più approfondita analisi sulla differenza tra *emptio spei* e *emptio rei speratae* si rimanda al § 2.1. del capitolo I.

¹⁸⁷ Cfr Cass. civ., 28 febbraio 2013, n. 5050, in *Imm. e propr.*, 2013, 5, p. 327: "al fine di qualificare il contratto come aleatorio, è necessario verificare se, al momento della conclusione del contratto, vi sia - per volontà delle parti o per

Precisato ciò, uno degli aspetti preliminari più importanti da esaminare è sicuramente il momento del passaggio della proprietà del bene.

In linea generale si può affermare che se si tratta di cose specifiche (o anche generiche, ma individuate al momento della conclusione del contratto) la proprietà passa nel momento in cui la cosa viene ad esistenza, senza la necessità di ulteriori atti o comportamenti. L'acquisto da parte dell'acquirente non è a titolo originario: la proprietà del bene viene acquistata dall'alienante (spesso *a non domino*, ma anche a titolo derivativo) e poi si trasferisce in virtù del consenso manifestato. Questo passaggio non è contraddistinto da alcun intervallo cronologico, ma va comunque tenuta presente la distinzione logica tra i due momenti¹⁸⁸.

In realtà tale ultima ricostruzione non è del tutto pacifica in dottrina¹⁸⁹. In tempi recenti – alla luce delle conseguenze che un simile meccanismo ha nell'ambito delle procedure concorsuali – sono state prospettate soluzioni differenti, le quali propendono per la nascita del diritto direttamente in capo al compratore¹⁹⁰.

Se si tratta, invece, di cosa generica è opportuno operare una distinzione. Se al momento della conclusione del contratto non esiste ancora nessun esemplare *in rerum natura* può qualificarsi come vendita di cosa futura (il che può capitare solo in relazione al *genus limitatum*). Nel momento in cui, invece, vi siano già uno o più beni, la vendita diventa di genere. In questo caso nella fase successiva alla stipulazione ha senso parlare di alienazione di cosa futura esclusivamente se la specificazione avviene prima della venuta ad esistenza del bene (e solo a partire da quel momento in poi)¹⁹¹.

L'effetto traslativo opera *ex nunc*: l'eventuale clausola di retrodatazione della proprietà al momento di conclusione del contratto è da considerarsi nulla¹⁹².

legge - una situazione di obiettiva incertezza circa i vantaggi o lo svantaggio economico che potrà derivare dal regolamento negoziale ovvero che, per la struttura del contratto posto in essere dalle parti, è a carico di una delle parti il rischio di un evento casuale che potrà incidere sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione: in sostanza l'alea opera sin dall'inizio come elemento essenziale del sinallagma".

¹⁸⁸ RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ.*, a cura di Cicu – Messineo, vol. XXIII, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 187; Luminoso A., *La compravendita*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 69; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, vol. VII, Torino, UTET, 1972, p. 376.

¹⁸⁹ In dottrina si veda PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri*, Napoli, Jovene, 1962, p. 198.

¹⁹⁰ Si rimanda per approfondimenti al § 2.3.1 del capitolo V.

¹⁹¹ Sempre PERLINGIERI P., in *op cit.* p. 19 fa l'esempio della vendita di 100 quintali di mele dal meleto X (che ne conta 1000 quintali). Se è possibile l'individuazione delle mele ancora sugli alberi, cioè ancor prima della loro separazione, si avrà una vendita di cosa generica fino alla specificazione e vendita di cosa futura da quel momento in poi.

¹⁹² Sul punto: CALVO R., *La vendita*, Vol. III/1, Torino, Zanichelli, 2016, p. 103.

2. La vendita avente ad oggetto beni futuri

Il contratto di vendita è sicuramente il negozio consensuale ad effetti reali più diffuso e riveste un ruolo fondamentale nell'ambito della teoria dei contratti¹⁹³.

La verifica in merito alla compatibilità tra lo stesso e l'oggetto futuro è già risolta *ex ante* dal legislatore all'art. 1472 c.c., il quale disciplina espressamente la vendita di un bene attualmente inesistente come autonomo centro di diritti di godimento¹⁹⁴.

La peculiarità di questo negozio risiede nel fatto che, al momento della conclusione dello stesso, risulta privo del termine di riferimento dell'assetto di interessi (il bene ancora non esiste *in rerum natura* o come autonoma individualità giuridica). Ciò determina evidentemente una soluzione di continuità tra il momento perfezionativo del negozio e la corrispondente situazione effettuale. Tuttavia questo non altera in nessun modo le caratteristiche tipiche della vendita: l'immediatezza degli effetti non è un carattere connaturato alla stessa, il quale rimane comunque un contratto ad effetti reali¹⁹⁵.

Secondo autorevole dottrina la vendita di cosa futura sarebbe caratterizzata da due aspetti: uno obiettivo e uno soggettivo¹⁹⁶.

Sotto il primo punto di vista occorre che - al momento della conclusione del contratto - la cosa (o il diritto) non esista nel patrimonio di nessun soggetto, né nella sua materialità né nella sua individualità giuridica¹⁹⁷.

Inoltre deve esserci un particolare atteggiamento della volontà delle parti: queste ultime devono essere consapevoli che l'operazione negoziale si riferisce ad un bene che ancora non esiste in natura¹⁹⁸.

Se l'altra parte ignora la non esistenza del bene si verifica una situazione analoga alla ignoranza dell'altruità del bene *ex art.* 1479 c.c.. Pertanto la parte che non ne era a conoscenza potrà chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno¹⁹⁹.

La vendita di cosa futura va tenuta distinta rispetto alla vendita di cosa perita o immaginaria. Per spiegarne le ragioni è necessaria una breve ricostruzione del quadro generale.

Il momento in cui matura la certezza in ordine all'impossibilità della venuta ad esistenza può maturare sia prima che dopo la stipulazione del negozio.

¹⁹³ È il più importante fra tutti gli schemi contrattuali (tipici e atipici) per la rilevanza della sua funzione economica e per la ricchezza e la varietà di atteggiamenti, di sottospecie, di clausole, di sottotipi che presenta, cfr. LUMINOSO A., *La vendita*, in CICU A. – MESSINEO F – MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, p. 65:.

¹⁹⁴ Si veda BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 330.

¹⁹⁵ Cfr. GAZZARA G., *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 46 e LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁶ Per approfondimenti: RUBINO D., *op. cit.*, p. 158.

¹⁹⁷ Sulla esatta definizione di oggetto futuro si rimanda al primo capitolo § 2..

¹⁹⁸ Come si vedrà, l'aspetto soggettivo è ciò che distingue la vendita di cosa futura rispetto alla vendita di cosa inesistente.

¹⁹⁹ V. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 199.

In fase di conclusione del contratto la venuta ad esistenza del bene deve essere un accadimento possibile. In caso contrario il negozio è nullo per impossibilità dell'oggetto *ex art. 1346 c.c.*²⁰⁰. La parte che ha colpevolmente taciuto il fatto che la cosa fosse già perita risponderà a titolo di responsabilità precontrattuale. Lo stesso discorso vale per la vendita di cosa immaginaria.

Qualora, invece, la vendita abbia ad oggetto una cosa parzialmente perita e l'acquirente non avrebbe concluso il contratto se lo avesse saputo, potrà essere chiesta la riduzione del prezzo o addirittura la risoluzione del contratto. Laddove non vi sia colpa, invece, si applicheranno le disposizioni in materia di impossibilità parziale *ex art. 1464 c.c.*

La nascita o l'acquisto dell'autonomia giuridica può, invece, risultare possibile nel momento in cui vi è l'incontro delle manifestazioni di volontà tra le parti e poi divenire sicuramente impraticabile o irrealizzabile in un momento successivo per diverse ragioni. In questo caso il rimedio esperibile non può essere quello della nullità per impossibilità dell'oggetto, bensì quello della risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.* (o direttamente *ex art. 1472 c.c.*²⁰¹) laddove non sia imputabile al debitore.

Il momento di acquisto della proprietà in caso di vendita è espressamente previsto all'art. 1472: *ex nunc* non appena la cosa viene ad esistenza.

Il legislatore specifica, inoltre, che se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, l'effetto reale si produce quando questi ultimi sono tagliati e separati.

Per le altre tipologie di beni non è previsto nulla. In dottrina si ritiene che per i beni *cd. d'opera* l'effetto traslativo si abbia nel momento in cui la stessa viene ultimata, altrimenti si addosserebbero al compratore i rischi di perimento che ancora sono sotto il controllo dell'alienante²⁰².

Le parti possono, tuttavia, disporre dell'effetto reale, posticipandolo o anticipandolo rispetto al momento di ultimazione dell'opera²⁰³ o prevedere un "acquisto progressivo" a mano a mano che il bene viene costruito²⁰⁴.

²⁰⁰ Sulla nullità per impossibilità dell'oggetto cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 199 e RUBINO D., *op. cit.*, p. 220, il quale precisa che l'ipotesi del perimento della cosa prima della conclusione del contratto possa verificarsi per la vendita di cose di specie o appartenenti a un *genus limitatum*.

²⁰¹ Secondo autorevole dottrina, in caso di certezza in merito alla non venuta ed esistenza del bene, opererebbe la risoluzione di diritto, ma non *ex art. 1463 c.c.*, bensì direttamente *ex art. 1472 c.c.* La prima differirebbe, infatti, dalla seconda perché può avere luogo anche in caso di impossibilità parziale e impossibilità totale solo provvisoria qualora la parte non abbia più un apprezzabile interesse all'adempimento, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 229.

²⁰² Cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 340 (secondo il quale l'acquisto del compratore è subordinato, oltre alla venuta ad esistenza del bene, anche a tutti quei requisiti che sono necessari affinché operi l'effetto traslativo, come la legittimazione del venditore) e LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 202.

²⁰³ In giurisprudenza: Cass. 7 settembre 1978, n. 4047, in *Riv. not.*, 1979, I, p. 224 e Cass., 28 luglio 1972, n. 2594 in *Foro it.*, 1973, I, p. 764: nel contratto di vendita di cosa futura l'acquisto della proprietà di verifica nel momento in cui la cosa viene ad esistenza, salvo che le parti, con espressa pattuizione, abbiano differito ad un momento successivo il passaggio della proprietà.

²⁰⁴ Di questo avviso: LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 209 e CALVO R., *op. cit.*, p. 101.

2.1. Differenza con figure affini

2.1.1. Vendita ad oggetto futuro e contratto preliminare

Le parti articolano frequentemente in più momenti la vicenda traslativa.

Lo strumento più utilizzato a tal fine è sicuramente il contratto preliminare. Attraverso quest'ultimo negozio – soprattutto allorché siano previsti i c.d. effetti anticipati (pagamento del prezzo e consegna) – le parti hanno la possibilità di controllare e gestire tutte le sopravvenienze che possono verificarsi prima della fase finale di trasferimento del bene. Infatti, i contraenti hanno la facoltà di subordinare l'effetto reale non solo alla venuta ad esistenza del bene, ma anche ad un controllo sulla corretta esecuzione delle prestazioni dedotte e rilevanti per le parti.

Nella prassi, summenzionato negozio viene spesso tecnicamente definito “preliminare di vendita di cosa futura”. In realtà il preliminare può qualificarsi tale solo laddove anche il definitivo abbia ad oggetto un bene futuro.

La differenza rispetto alla vendita di bene futuro è di tipo strutturale. Nella sequenza preliminare-definitivo vi sono due differenti negozi (uno ad effetti obbligatori e l'altro ad effetti reali) e la proprietà passa con la stipulazione del secondo, senza che ciò significhi una riproposizione della scissione tra *titulus e modus acquirendi* (il contratto definitivo ha non solo una causa *solvendi*, ma una sua propria autonomia causale). Nella vendita di bene futuro, invece, vi è un solo negozio che funge sia da *titulus* che da *modus acquirendi*²⁰⁵.

2.1.2. Vendita e appalto

La differenza tra vendita di un bene futuro – soprattutto nel caso in cui per l'esistenza del bene occorra l'attività strumentale positiva dell'alienante – e appalto (d'opera) non è agevole. Va chiarito anzitutto che il lavoro sulla materia prima in previsione della realizzazione di un bene futuro non è incompatibile con la struttura e la funzione della vendita *ex art. 1472 c.c.*. Se si opinasse diversamente, infatti, sarebbe qualificabile come tale esclusivamente la vendita di frutti e di alberi futuri.

Sia in dottrina che in giurisprudenza sono stati elaborati diversi criteri. Il primo - di natura quantitativa – suggerisce di focalizzare l'attenzione degli interpreti sul tipo di obbligazione dedotta: qualora sia quantitativamente prevalente (anche soprattutto dal punto di vista economico) l'obbligazione di *facere* il contratto concluso è un appalto. In caso contrario – ove sia preponderante quella di *dare* – si ha a che fare con una vendita di bene futuro²⁰⁶.

²⁰⁵ Infatti nella vendita di cosa futura - così come in quella di beni altrui e di genere - l'alienante non è obbligato a compiere l'atto traslativo perché lo ha già compiuto, cfr. DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, CEDAM, 1962, p. 364.

²⁰⁶ In dottrina è stato qualificato anche come “criterio dell'accessorietà”: è vendita laddove il carattere principale ed essenziale del contratto sia il trasferimento ed invece sia accessoria l'opera dell'uomo (e viceversa in caso di appalto), cfr. CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, vol I, Milano Giuffrè, 1988, p. 107.

Sulla base del criterio soggettivo (che dà rilevanza alla volontà dei contraenti), invece, l'operazione negoziale è qualificabile come vendita solo se le parti hanno inteso concludere tale tipo contrattuale²⁰⁷.

Tuttavia questi parametri possono essere sicuramente degli utili elementi discretivi, ma non gli unici, poiché la distinzione va operata innanzitutto sul piano strutturale e funzionale.

La *ratio* della vendita è da rinvenirsi nello scambio di cosa contro prezzo, mentre l'appalto è volto a realizzare un interesse economico più complesso. L'appaltatore si attiva al fine di creare un nuovo bene (che non rappresenta il solo termine dello scambio). Si può parlare di vendita, quindi, laddove il processo di produzione sia iniziato (o sarebbe iniziato) indipendentemente dall'ordine del venditore (cd. criterio della normale produzione)²⁰⁸. Lo stesso principio vale anche con riferimento alla distinzione con il contratto d'opera.

Anche in giurisprudenza sono stati elaborati diversi criteri. Innanzitutto quello oggettivo/quantitativo che ricalca sostanzialmente quello elaborato dalla dottrina ed è applicato soprattutto in materia tributaria²⁰⁹.

In ambito civile si è data ampia prevalenza all'aspetto soggettivo. Per volontà delle parti la Cassazione intende non l'intenzione soggettiva (il contratto che volevano concludere)²¹⁰, ma il dato dell'intento empirico che hanno dimostrato di voler conseguire: se il trasferimento del bene risulta essere la finalità prevalente del negozio ed il lavoro è solo il mezzo per produrla (è un'attività meramente

²⁰⁷ In realtà se le parti avevano intenzione di concludere un contratto di vendita, ma in realtà il contratto risulta essere obiettivamente un appalto si applicherà quest'ultima disciplina, cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 209 e PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 36.

²⁰⁸ Si ha vendita nel caso in cui la parte sia libera di costruire o meno il bene, cfr. SALIS L., *La compravendita di cosa futura*, Padova, CEDAM, 1935, p. 251 ss; PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 41; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 107; RUBINO D., *op. cit.*, p. 210.

²⁰⁹ È il criterio seguito dal *D.P.R. n. 633 del 1972*, cfr. Cass., 20 aprile 2006, n. 9320 in relazione ad una fattispecie in tema di determinazione dell'aliquota IVA, in *Mass. Giur. It.*, 2006 e in *I Contratti*, 2007, 1, 21 nota di CARNEVALI: ai fini della differenziazione tra i contratti di appalto e di vendita (di cosa futura), costituisce criterio fondamentale quello della prevalenza o meno del lavoro sulla fornitura della materia, mentre il riferimento alla comune intenzione delle parti rappresenta criterio suppletivo.

²¹⁰ Il privato non è padrone delle conseguenze giuridiche dei negozi che compie, le quali si producono *vi legis* e non *vi voluntatis*. La cosiddetta libertà contrattuale dei privati comincia e termina con la creazione dell'elemento di fatto del negozio e cioè con la manifestazione di un determinato intento empirico, cfr. Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n.11656, in *Riv. not.*, 2009, II, p.1477, con nota di GRAZIANO.

Per volontà delle parti si intende, quindi, il modo in cui hanno considerato l'opera, se cioè in sé stessa o in quanto prodotto necessario di un'attività e quindi se la volontà delle parti aveva ad oggetto un dare o un fare, cfr. Cass., 9 novembre 2005, n. 21773, in *Mass. Giur. It.*, 2005; *Contratti*, 2006, 6, 602; *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, 1, 206, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, 2, 294, Cass., 20 ottobre 1997, n. 10256, in *Mass. Giur. It.*, 1997 e Cass., 2 agosto 2002, n. 1160, in *Mass. Giur. It.*, 2002; *Arch. Civ.*, 2003, p. 660; *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2003, p. 99.

strumentale), si ha vendita di cosa futura²¹¹; se, invece, il peso dell'attività realizzatrice della cosa è tale da risultare l'intenzion ultima della parte non può che trattarsi di un appalto²¹².

Qualora la parte chieda delle modifiche all'originario progetto si deve tenere conto del peso dell'obbligazione di *facere* che ne consegue. Il fatto che l'originario regolamento preveda un risultato diverso, non porta automaticamente al mutamento dello schema negoziale. Può trattarsi, infatti, di una vendita in cui la determinazione oggettiva non è lasciata esclusivamente al venditore, ma alle esigenze dell'acquirente, senza che l'obbligazione di *facere* degli adattamenti lo trasformi in un appalto o in un contratto misto. Se, invece, l'attività di modifica assume una incidenza autonoma nel regolamento contrattuale, allora si innesta un contratto di appalto nell'originaria vendita²¹³.

La tematica relativa alla distinzione tra i due contratti assume un rilievo decisivo in ambito amministrativo²¹⁴. Laddove, infatti, la p.a. sia l'alienante, la vendita risulta qualificabile come un contratto attivo, pertanto sarà applicabile una disciplina diversa rispetto a quella degli appalti pubblici (che rappresentano i tipici contratti di natura passiva) di derivazione europea.

²¹¹ Il contratto con cui un imprenditore si obbliga a fornire ad un altro soggetto manufatti che rientrano nella propria normale attività produttiva - apportando ad essi le modifiche di forma, misura e qualità richieste specificamente dalla controparte - costituisce vendita di cosa futura se dette modifiche non snaturano le caratteristiche essenziali del prodotto, ma consistano in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattarlo alle specifiche esigenze dell'acquirente, mentre è da qualificarsi contratto di appalto allorché le modifiche siano tali da dar luogo ad un prodotto diverso, nella sua essenza, da quello realizzato normalmente dal fornitore e richiedente altresì un cambiamento dei mezzi di produzione predisposti per la lavorazione di serie, cfr. Cass., 29 aprile 1993, n. 5074, in *Mass. Giur. It.*, 1993.

²¹² “È da qualificarsi contratto di appalto e non vendita di cosa futura il contratto con cui un imprenditore si obbliga a fornire ad un altro soggetto manufatti che rientrano nella propria normale attività produttiva apportando ad essi modifiche consistenti non in semplici accorgimenti tecnici marginali e secondari diretti ad adattare il prodotto alle specifiche esigenze dell'acquirente, ma tali da dar luogo ad un prodotto diverso, nella sua essenza, da quello realizzato normalmente dal fornitore e richiedente altresì un cambiamento dei mezzi di produzione predisposti per la lavorazione in serie, vale a dire un'attività di progettazione e assemblamento dei pezzi, compiuta dal personale della impresa con attrezzature idonee allo scopo, nell'ambito di un'organizzazione imprenditoriale, con rilevante incidenza del costo del lavoro e assunzione da parte del fornitore medesimo della piena responsabilità del progetto e dell'esecuzione delle opere a lui affidate”, cfr. Cass. 8 settembre 1994, n. 7697, in *Giur. It.*, 1995, I,1, 1244 nota di CAVALIERE; *Mass. Giur. It.*, 1994; *Contratti*, 1995, 1, 48.; *Nuova Giur. Civ.*, 1995, I, 999 nota di MASTROPIETRO.

La differenza non è di poco conto in quanto non trovano applicazione, in caso di vendita di cosa futura, le norme in relazione alla facoltà di recesso unilaterale del committente ex art. 1671, al perimento o deterioramento della cosa ex art. 1673 ed alla revisione del prezzo ex art. 1664 c.c., cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 106.

²¹³ In dottrina: FURGIUELE G., *Vendita di “cosa futura” e aspetti di teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 118.

²¹⁴ Il Consiglio di Stato ha recentemente ribadito che la distinzione tra appalto (artt. 1655 ss. c.c.) e vendita (art. 1470 ss. c.c.) (e vendita di cosa futura) si basa su due elementi: da un lato, la volontà dei contraenti e, dall'altro, il rapporto fra il valore della materia (prestazione di dare) ed il valore della prestazione d'opera (prestazione di fare), da considerare non in senso oggettivo (quale valore economico della materia o dell'opera), bensì avuto riguardo alla comune intenzione dei contraenti. Pertanto “si è in presenza di un contratto d'appalto o d'opera se l'oggetto effettivo e prevalente dell'obbligazione assunta dal produttore-venditore è la realizzazione d'un opus unicum od anche d'un opus derivato dalla serie, ma oggetto di sostanziali adattamenti o modifiche a richiesta del destinatario, laddove la fornitura della materia è un semplice elemento concorrente nel complesso della realizzazione dell'opera e di tutte le attività a tal fine intese. Al contrario, si è in presenza d'un contratto di compravendita, se le attività necessarie a produrre il bene costituiscono solo l'ordinario ciclo produttivo del bene, che può anche concludersi con l'assemblaggio delle sue componenti presso il destinatario, ma è la sola consegna del bene stesso, l'effettiva obbligazione del produttore-venditore, insomma, nella compravendita, oggetto dell'obbligazione è un dare, nel contratto d'appalto o d'opera, oggetto dell'obbligazione è un *facere*”, cfr. C.d.S, 7 luglio 2014, n. 3421, *Massima redazionale*, 2014.

Se, invece, l'amministrazione è la parte acquirente, la conclusione di un negozio *ex art. 1472 c.c.* risulta essere sostanzialmente un'attività che si pone in contrapposizione rispetto al sistema ordinario per l'acquisizione di opere di pertinenza pubblica, ossia quello delineato dal codice degli appalti pubblici. Secondo la giurisprudenza, infatti, l'esperibilità della vendita di cosa futura da parte della pubblica amministrazione, pur essendo ammissibile in astratto, in concreto è condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionalissime. È possibile esclusivamente nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da acquisire costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, o un *unicum* non acquisibile in altri modi o a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico²¹⁵.

2.2. Disciplina

2.2.1. *Le obbligazioni che sorgono in capo alle parti*

Una volta concluso il contratto si instaura un rapporto giuridico contrattuale "*preliminare*"²¹⁶. Il contratto è irrevocabile e l'attuale inesistenza della cosa non impedisce la produzione di tutti quegli effetti obbligatori indipendenti rispetto a quello reale.

Sul venditore incombe l'obbligo *ex art. 1476 n.2, c.c.* ossia quello di "*far acquistare*". Ciò significa che lo stesso deve astenersi dal compiere qualsiasi atto che possa determinare il non trasferimento²¹⁷, l'estinzione del diritto o una diminuzione del suo valore²¹⁸. Il contenuto dell'obbligazione di cui trattasi, può essere anche di tipo positivo: ad es. quando la parte alienante è tenuta a interrompere l'usucapione di un terzo o a compiere atti conservativi. Inoltre il diritto deve essere fatto acquistare

²¹⁵ In giurisprudenza si legga *ex multis* Cass., Sez. Unite, 12 maggio 2008, n.11656, in *Riv. not.*, 2009, II, p.1477, con nota di GRAZIANO: ne consegue la necessità che l'amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche e, ove ne verifichi la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, potrà scegliere di acquisire l'immobile secondo il meccanismo della compravendita.

²¹⁶ "Giuridico" perché regolato dalla legge, "contrattuale" perché effetto di un contratto completo e "*preliminare*" perché tende a realizzare un rapporto definitivo e finale, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 182.

Inoltre la dottrina rileva che quando l'effetto reale si produce immediatamente attraverso il semplice consenso il contratto si realizza senza che si costituisca un rapporto obbligatorio, altrimenti il risultato programmato (il passaggio di proprietà) rileva in termini di rapporto obbligatorio, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 92.

²¹⁷ Il venditore ha ancora il potere di disposizione. Nessun effetto reale si produce prima della venuta ed esistenza del bene. Ci sono esclusivamente vincoli di natura obbligatoria.

²¹⁸ Gli effetti che si producono prima che il bene venga ad esistenza sono, dunque, sostanzialmente simili a quelli esaminati in caso di pendenza della condizione. In questo caso si giustificano in maggior misura perché non solo vi è un contratto già perfetto, ma altresì efficace. È stata più volte rimarcata in dottrina la differenza sostanziale che intercorre tra il negozio condizionato e la vendita obbligatoria. Solo nel primo caso sorgono immediatamente effetti obbligatori (come quello *ex art. 1476, n.2, c.c.* o anche quello di pagamento del prezzo), mentre la condizione sospende sia gli effetti reali che quelli obbligatori, cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 97 e BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 83.

nello stato di consistenza giuridica e materiale in cui si trovava al momento della conclusione del contratto²¹⁹.

Né in caso di vendita obbligatoria né di negozio condizionato simili comportamenti possono essere ricondotti a un generale obbligo di custodia poiché la cosa, non essendosi ancora verificato l'effetto traslativo, appartiene al venditore (e non è configurabile un obbligo di custodia di cosa propria).

La diligenza richiesta è quella del buon padre di famiglia.

Una volta venuto ad esistenza il bene, l'obbligo di conservare immutato lo stato del bene ricade all'interno del contenuto dell'obbligo di consegna.

In base all'art. 1476 c.c. sorge, altresì, l'obbligo di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi. Quest'ultimo è sicuramente uno degli aspetti più problematici, che verranno trattati meglio nel § 2.2.3(c).

Si può anticipare che la natura di suddetta garanzia è di incerta collocazione dogmatica. Alcuni autori la riconducono ad una forma di responsabilità contrattuale ordinaria, altri ancora ad una forma speciale (non collegata all'adempimento di una obbligazione, nonostante l'infelice formulazione legislativa²²⁰).

In capo al compratore sorge l'obbligo di pagare il prezzo²²¹. Secondo l'art. 1498 c.c. in mancanza di pattuizione e salvi gli usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna. Le parti possono comunque decidere di anticipare tale adempimento ad un momento precedente alla venuta ad esistenza del bene²²².

Egli è anche creditore rispetto all'obbligazione *ex art.* 1476, n.2, c.c., nonché titolare di una aspettativa di acquisto rispetto all'effetto acquisitivo automatico derivante dalla conclusione del contratto²²³.

2.2.2. Passaggio del rischio

Il rischio viene definito come il pericolo di pregiudizi che il soggetto sopporta in quanto titolare di una posizione giuridica²²⁴.

²¹⁹ In merito a tale obbligo si veda RUBINO D., *op. cit.*, p. 312 ss.

²²⁰ Secondo l'opinione di BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 627, la garanzia è una posizione che consegue all'impegno contrattuale e non una prestazione alla quale il venditore è tenuto.

²²¹ *Contra* RUBINO D., *op. cit.*, p. 186. Gli autori che aderiscono alla tesi del negozio incompleto, per le ragioni già esposte nel primo capitolo, ritengono che l'obbligo di pagare il prezzo sorga esclusivamente dopo che il bene viene ad esistenza (quando il negozio diventa completo). Nonostante ciò non si esclude che una delle parti possa aver pagato un semplice anticipo, questo va restituito.

²²² L'opinione secondo la quale nella compravendita di cosa futura commutativa l'obbligazione di pagare il prezzo dipenda dalla venuta ad esistenza della cosa appare del tutto priva di fondamento. Dalla necessaria sinallagmaticità on si può dedurre la reciprocità delle prestazioni la loro necessaria contestualità, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 214.

²²³ V. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 203.

²²⁴ Definizione elaborata da BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 77.

Nei contratti traslativi l'esecuzione del contratto è articolata in due distinti momenti: quello del passaggio della proprietà e quello della consegna del bene. Nel nostro ordinamento vige il principio *res perit domino*, pertanto a partire dal momento in cui si verifica l'effetto traslativo (e a prescindere dall'avvenuta consegna) il rischio del perimento della cosa per una causa non imputabile grava in capo all'acquirente, il quale non sarà liberato dall'obbligo di pagare il prezzo²²⁵.

In caso di vendita avente ad oggetto un bene futuro²²⁶, il rischio nei termini sopra delineati non può configurarsi (almeno fino a quando la cosa non viene ad esistenza)²²⁷. Il primo comma dell'art. 1465 c.c., infatti, si riferisce esclusivamente alla vendita di beni già individuati e specificati al momento della conclusione del contratto²²⁸.

Il problema della sua allocazione si pone allora in maniera peculiare e deve fare i conti con i due momenti principali in cui si articola il contratto: la fase antecedente alla venuta ad esistenza del bene e quella successiva²²⁹.

Si deve tenere, inoltre, concettualmente distinta la responsabilità per la mancata venuta ad esistenza - che nasce ed è a carico del debitore (l'alienante) sin dal momento della conclusione del contratto - da quella *ex art. 1465 c.c.*, la quale può configurarsi logicamente solo allorquando sia stata adempiuta l'obbligazione *ex art. 1476, n.2, c.c.* e si sia realizzato l'effetto reale (un bene non può perire se ancora non esiste)²³⁰.

Secondo autorevole dottrina, l'applicazione dell'idea che sta alla base del principio *res perit domino* nell'ambito della vendita obbligatoria porterebbe alla conclusione che il rischio grava sul venditore. Da una più attenta analisi si ricava, però, che quest'ultimo è anche debitore rispetto ad un'obbligazione fondamentale, quella di far acquistare il bene. Ragionando da questo diverso angolo di visuale si arriva alla stessa conclusione, ma sulla base dell'applicazione dell'art. 1463 c.c. e del principio: *casum sentit debitor*. Le conseguenze economiche del fatto estraneo dal quale dipende l'impossibilità della prestazione ricadono sul debitore che deve eseguire la prestazione, cioè

²²⁵ Il principio è codificato all'interno dell'art. 1465 c.c..

²²⁶ Le soluzioni di seguito prospettate partono tutte dal presupposto che la natura della vendita di bene futuro sia quella di negozio obbligatorio (o ad effetti reali differiti). Laddove, infatti, si aderisse alla tesi del negozio incompleto non si porrebbe un problema di passaggio del rischio, dato che se il bene non viene ad esistenza il contratto è da considerarsi definitivamente incompleto e prima di tale momento non sorge alcuna obbligazione in capo alle parti. Invece, i sostenitori della tesi del negozio soggetto a condizione sospensiva applicano direttamente il comma 4 dell'art. 1465 c.c., cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 200.

²²⁷ Si veda DELFINI F., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 119.

²²⁸ Cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 454, il quale ricostruisce le origini e le varie soluzioni in ordine al passaggio del rischio in caso di vendita obbligatoria. Nel diritto romano fu accolto il principio *res perit emptori*, il rischio quindi era sopportato dal compratore dal momento della conclusione del contratto a prescindere dal passaggio della proprietà con la consegna. Nel diritto tedesco, invece, si è dato importanza al momento del trasferimento della proprietà, pertanto il rischio passa solo con l'atto traslativo.

²²⁹ Nulla esclude, infatti, che la consapevolezza in ordine al perimento del bene o alla sua impossibile venuta ad esistenza si raggiunga prima del verificarsi dell'evento: ad esempio se la cosa madre subisce un deterioramento o sprofonda il suolo in cui deve essere costruito il fabbricato, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 206.

²³⁰ V. SALIS L., *op. cit.*, p. 221.

l'alienante. Se non riesce ad adempiere per causa a lui non imputabile - perché la cosa è ad esempio perita - il contratto si risolve²³¹.

2.2.3. Rimedi

L'attenzione del legislatore e della dottrina in caso di difetti funzionali della causa che alterino il sinallagma contrattuale del contratto di vendita - come in caso di inadempimento - si è incentrata in larga misura sull'inesatta attuazione dell'effetto traslativo e dunque sugli istituti della garanzia.

In caso di alienazione di un bene futuro, tuttavia, si deve fare i conti con un ulteriore evento che può fare in modo che lo scambio delle prestazioni non possa più attuarsi, ossia la mancata venuta ad esistenza del bene.

Di seguito, verranno analizzati i principali rimedi e le peculiarità che vengono ad assumere laddove applicati ad un negozio avente ad oggetto un bene futuro.

a) Mancata venuta ad esistenza del bene

L'eventualità della mancata venuta ad esistenza del bene in caso di vendita è espressamente contemplata e disciplinata dal legislatore all'interno dell'art. 1472 c.c. (che prevede la nullità del negozio).

Come si è già argomentato nel primo capitolo, suddetta norma va interpretata nel senso che il negozio deve considerarsi inutile²³². Non può ammettersi che un contratto inizialmente valido possa successivamente essere dichiarato nullo per una invalidità cd sopravvenuta. Si parla più in generale di inefficacia²³³.

Nel caso in cui venga accertato in sede giudiziale che il bene non verrà ad esistenza, l'obbligazione ex art. 1476, n. 2, c.c. diventa impossibile e risulta dirimente l'imputabilità o meno di quest'ultima ai fini dell'individuazione delle azioni esperibili.

Nel primo caso troverà spazio la disciplina generale relativa all'inadempimento, ossia l'art. 1453 c.c. e l'eventuale obbligo di risarcimento dell'interesse positivo.

²³¹ Il fatto che nel comma 2 dell'art. 1465 c.c. sia previsto che in caso di vendita a termine (quindi con effetti reali differiti) si applichi comunque il primo comma, non deve automaticamente far pensare che in tutti i casi di vendita obbligatoria valga la regola generale. Anzi dovrebbe ricavarsi il contrario: se il legislatore ha sentito il bisogno di specificarlo significa che si tratta di un caso particolare, cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 456.

²³² In tal senso anche BETTIE. *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1952, p. 242 e GAZZARA G., *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 178. Secondo quest'ultimo autore la non nullità si ricaverebbe dallo stesso secondo comma dell'art 1472 c.c., il quale prevede la validità del contratto se concepito come aleatorio anche qualora il bene non venga ad esistenza.

²³³ Si parla di inefficacia in BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *Diritto civile. 1.2: Fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1986, p. 692.

Nel secondo caso, si avrà la risoluzione automatica del contratto²³⁴. L'articolo di riferimento è il 1463 c.c.. Autorevole dottrina ritiene, invece, applicabile, direttamente ex art. 1472 c.c.²³⁵. La prima differirebbe, infatti, dalla seconda perché può avere luogo anche in caso di impossibilità parziale e provvisoria (totale).

b) Parziale venuta ad esistenza

Si ha inadempimento anche laddove la prestazione eseguita sia diversa da punto di vista quantitativo rispetto a quella prevista nel regolamento contrattuale.

Siffatta circostanza ha delle precise conseguenze giuridiche (sia che lo stesso sia imputabile o meno al debitore).

Qualora il bene venga ad esistenza, ma in misura quantitativamente inferiore rispetto a quella prevista, il compratore potrà scegliere tra la risoluzione (se l'inadempimento è di non scarsa importanza) e la riduzione del prezzo, a prescindere dalla sussistenza o meno della colpa (la quale rileva esclusivamente in caso di richiesta di risarcimento del danno)²³⁶.

Laddove, invece, la diminuzione non sia imputabile trova applicazione l'art. 1464 c.c. sull'impossibilità parziale²³⁷.

²³⁴ Parte della dottrina sottolinea che in questo caso -proprio perché automatica - non si abbia una vera e propria risoluzione. Tuttavia la si qualifica in tal senso perché la disciplina e gli effetti che ne conseguono sono i medesimi avuto riguardo al venire meno del sinallagma, cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 1034.

²³⁵ Più in particolare, la risoluzione ex art. 1472 c.c. differisce da quella per impossibilità sopravvenuta, perché quest'ultima può avere luogo anche in caso di impossibilità parziale e impossibilità totale solo provvisoria se la parte non ha più un apprezzabile interesse all'adempimento. Anche laddove fosse totale non equivarrebbe comunque alla risoluzione di diritto per la non venuta ad esistenza del bene perché l'impossibilità può essere non definitiva, ma temporanea e non equivalente, quindi, all'inesistenza della cosa, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 229.

In giurisprudenza è stato inoltre affermato che la domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, tesa a una pronuncia di accertamento e si fonda su un fatto estraneo alla sfera di imputabilità dei contraenti, ha presupposti e natura diversi dalla domanda di risoluzione per inadempimento, la quale mira, invece, ad una pronuncia costitutiva e si fonda sul comportamento doloso o colpevole di una parte e può essere invocata da entrambe le parti. Infatti si ritiene violato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ove - avendo le parti domandato la risoluzione del contratto per contrapposti inadempimenti - il giudice dichiara la risoluzione del contratto ex art. 1463 c.c. per sopravvenuta impossibilità della prestazione contrattuale, cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

²³⁶ Per approfondimenti si vedano LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 206 e BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 344. Se il prezzo è stato convenuto globalmente spetta al compratore sia la riduzione che il risarcimento; laddove, invece, sia stato convenuto a misura si determina secondo la quantità effettivamente prodotta, ma spetta al compratore il risarcimento del danno per il mancato guadagno.

²³⁷ La norma che regola, dal punto di vista generale, l'inadempimento quantitativamente inesatto è l'art. 1258 cc, il quale prevede che in caso di impossibilità parziale il debitore possa adempiere eseguendo la prestazione per la parte che rimane possibile. Tuttavia tale norma subisce un temperamento nel caso in cui il contratto sia a prestazioni corrispettive. L'art. 1464 c.c., infatti, consente al creditore di poter recedere dal contratto laddove non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento contrattuale.

c) Bene viziato

L'inesattezza dell'adempimento, in questo caso, investe l'aspetto qualitativo. Non si rinviene nel codice una disciplina generale sul punto e sui diritti che nascono in capo al creditore al fine di tutelare al meglio il suo interesse alla prestazione. Si tratta di un problema di una certa rilevanza sia pratica che dogmatica.

La dottrina si è interrogata a lungo in ordine alla sussistenza della facoltà in capo alla parte di poter chiedere un nuovo adempimento o l'eliminazione del vizio (materiale o giuridico).

Il legislatore (pur non avendo previsto delle norme generali) si è occupato dell'adempimento qualitativamente inesatto in relazione a specifiche ipotesi contrattuali, come la compravendita. Dalla lettura delle norme ad essa dedicata emerge che la disciplina codicistica è sbilanciata a favore del venditore²³⁸. La *ratio* di tale scelta si rinviene nell'esigenza di tutelare e preservare la stabilità delle operazioni di scambio.

Tuttavia allorquando ci si allontana dallo schema tipico (alienazione bene specifico con effetti reali immediati) emerge l'inidoneità di tali rimedi speciali in relazione sia alla specifica operazione negoziale che all'interesse del creditore²³⁹.

Di conseguenza è opportuno chiedersi se tale normativa sia applicabile, altresì, alla vendita di cosa futura.

Il presupposto necessario, in questo caso, è che la cosa sia oggettivamente venuta ad esistenza almeno in parte e nonostante ciò emergano già i vizi²⁴⁰.

La pretesa alla eliminazione materiale di questi ultimi (riparazione) o delle inesattezze giuridiche (regolarizzazione) viene tradizionalmente ricondotta sotto l'alveo della più generale azione di esatto adempimento. Quest'ultima, in caso di vendita, si configura in modo del tutto peculiare.

²³⁸ Riflessione approfondita da RENDE F., *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte prima: presupposti e limiti*, in *I contratti*, 2016, 6, p. 592.

²³⁹ Cfr. GIORGIANNI M., voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, Milano, Giuffrè, p. 867.

²⁴⁰ In giurisprudenza, sul punto, cfr. Cass. civ., 14 ottobre 1959, n. 2838, in *Mass. Giur. It.*, 1959: L'alienazione di una massa di cose future (nella specie, tutte le olive pendenti in un fondo, prossime a maturazione) sia che essa avvenga mediante vendita, sia che avvenga mediante permuta, resta sempre efficace, qualunque sia la quantità della massa venuta ad esistenza. A norma dell'art. 1472 c.c. (applicabile anche alla permuta in virtù dell'art. 1555 c.c.) diventa inefficace solo se la massa non nasce affatto, neppure in scarsa quantità. Nei casi in cui il corrispettivo dell'alienazione predetta sia stato determinato a corpo e non a misura - (il che avviene, per la vendita, quando il prezzo sia stato determinato globalmente e, per la permuta, quando l'individuazione della cosa permutata, in cambio della massa di cose future, non sia stata in alcun modo collegata alla determinazione della quantità di questa) se la massa viene comunque ad esistenza, l'acquirente di essa non può chiedere alcuna riduzione del corrispettivo convenuto, né, tanto meno, sostenere l'inefficacia del contratto per il solo fatto che la quantità della massa sia risultata inferiore a quella da lui prevista e prevedibile al tempo della conclusione del contratto medesimo. Ne consegue, inoltre, che la garanzia per i vizi redibitori è dovuta soltanto per la massa dei frutti separati, mentre invece non è dovuta per i frutti periti prima della separazione e, quindi, giuridicamente mai venuta ad esistere come autonomi oggetti di diritto.

Se il bene alienato risulta viziato, si verifica una alterazione del sinallagma contrattuale²⁴¹: è l'effetto traslativo a risultare indubbiamente imperfetto. La particolarità è data dalla circostanza che quest'ultimo scaturisce direttamente dall'accordo in virtù del principio consensualistico e non da un inadempimento *tout court* del debitore, pertanto la sua disciplina non può essere semplicisticamente equiparata a quella generale sull'inadempimento dell'obbligazione.

Il legislatore ha, infatti, predisposto un complesso ed esaustivo apparato rimediale: le azioni edilizie. L'art. 1492 c.c. prevede che il compratore possa domandare a sua scelta la risoluzione del contratto (rimedio di natura caducatoria) ovvero la riduzione del prezzo²⁴². Inoltre vi è l'onere di denunciare l'esistenza dei vizi nei termini di cui all'art. 1495 c.c. (otto giorni dalla scoperta).

Secondo un'autorevole opinione la specialità non dipenderebbe tanto da una particolare natura dei rimedi del compratore, ma fondamentalmente dalla peculiarità del fatto generatore della responsabilità: l'imperfetta inattuazione del risultato traslativo, derivante da fatti che sono riconducibili ad un momento precedente alla conclusione del contratto²⁴³.

Per tali motivi si discute se il compratore possa esercitare altresì il rimedio generale *ex art.* 1453 c.c., ossia l'azione di esatto adempimento per ottenere la condanna del venditore alla riparazione della cosa o alla sua sostituzione. Rimedio che, come quelli edilizi, prescinde dalla colpa del debitore²⁴⁴.

Prima di approfondire la compatibilità dello stesso con la natura futura del bene dedotto nel contratto è necessario ripercorrere brevemente il percorso giurisprudenziale e dottrinale sul punto con riferimento alla vendita ordinaria.

In giurisprudenza è prevalso l'orientamento negativo. Non può essere chiesta l'eliminazione dei vizi (che in questo caso rappresenterebbe una *species* di azione di esatto adempimento) poiché altrimenti l'azione si risolverebbe in una forma di esecuzione in forma specifica di una obbligazione di *facere* che esula dal contenuto del vincolo negoziale.

La Cassazione ha più volte ribadito che l'acquirente non possa avvalersi dell'azione di esatto adempimento (e della correlativa eccezione di inesatto adempimento) in aggiunta all'*actio redibitoria* e a quella *quanti minoris* (neanche laddove sia riscontrata la colpa del venditore). Quanto sopra troverebbe conferma non solo nell'art. 1492 cc., ma altresì nella considerazione che "*consistendo l'obbligazione fondamentale del venditore in un dare, costui, una volta adempiutovi con la consegna*

²⁴¹ È indifferente il dato che esista o meno *in rerum natura* al momento della conclusione del contratto.

²⁴² Quest'ultimo è un rimedio peculiare perché non può considerarsi *strictu sensu* conservativo visto che l'equilibrio originario del contratto muta sensibilmente.

²⁴³ È l'opinione di LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 362.

²⁴⁴ Si tratta di un rimedio espressamente previsto, invero, soltanto a proposito della vendita di cose mobili (art. 1512 c.c.). In termini generali, invece, il fondamento normativo dell'azione di esatto adempimento è stato individuato nell'art. 1453 c.c.. Attraverso l'azione ivi prevista il creditore mira ad ottenere il soddisfacimento del proprio interesse. Tuttavia la norma non parla di esatto adempimento, ma di semplice adempimento, cfr. PLAIA A., *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Contr. e impr.*, I, 1998, p. 123.

della cosa, non può essere costretto ad un *facere* per eliminare gli eventuali vizi esistenti ma può soggiacere soltanto alla risoluzione del contratto o, alternativamente, alla riduzione del prezzo, salvo, ovviamente, che non sia diversamente pattuito”²⁴⁵.

La dottrina più attenta – che ha comunque negato la possibilità di esperire tale azione - si è soffermata in maniera più approfondita sulla natura della garanzia redibitoria e sulle forme di tutela del compratore²⁴⁶.

Alcuni autori si sono discostati dalla formulazione letterale dell’art. 1476 cc e hanno affermato che la garanzia per i vizi non sia oggetto di una specifica obbligazione²⁴⁷. Dalla lettura della norma risulterebbe in capo al venditore “l’obbligazione di garantire” che non può essere ammessa per due motivi. Il primo è che l’oggetto di una obbligazione può essere solo un comportamento del debitore idoneo a procurargli il bene e non l’esistenza o l’inesistenza di determinati aspetti di una realtà già prodottasi (per questo non ha senso parlare di imputabilità e non rileva la colpa)²⁴⁸. Inoltre, anche laddove il venditore sia in grado di sostituire il bene o di eliminare i vizi tali attività non sono comunque previste all’interno della sua obbligazione, che si sostanzia fondamentalmente in un *dare*²⁴⁹.

Secondo un altro orientamento, invece, l’azione redibitoria sarebbe comunque riconducibile nell’ambito della responsabilità contrattuale (quale violazione dell’obbligo di far acquistare la proprietà) e andrebbe operata una distinzione tra situazione di colpa o meno del venditore²⁵⁰. Nel secondo caso il compratore potrebbe esperire esclusivamente i rimedi di tipo edilizio. Laddove sussista la colpa, invece, non vi sarebbero ragioni ostative per l’applicazione della disciplina generale *ex* 1453 c.c.²⁵¹.

²⁴⁵ Cfr. Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *F. it.*, 1995, 1, c. 3263 con nota di MACARIO F.

²⁴⁶ L’ammissibilità dell’azione è stata esclusa fondamentalmente poichè i rimedi previsti in caso di vizi hanno natura speciale (oltre al fatto che non può essere addossata al debitore un’obbligazione di *facere* non prevista dal regolamento contrattuale). Né potrebbe ammettersi sotto forma di risarcimento in forma specifica perché manca il nesso causale (oltre che psicologico) tra il comportamento del venditore e i vizi, cfr. PLAIA A., *op. cit.*, p. 125.

²⁴⁷ Si vedano RUBINO D., *op. cit.*, p. 631 e LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 367.

²⁴⁸ L’“obbligazione di garantire” troverebbe origine nella “*figura balzana, messa in circolazione dal Pothier col nome di "obligation de faire avoir la chose utilment"*”, cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 368.

²⁴⁹ Un simile contenuto non può rinvenirsi nemmeno dall’obbligazione di consegna del bene, poiché l’art. 1477 c.c. prevede espressamente che il venditore debba consegnare il bene nello stato in cui si trovava al momento della vendita.

²⁵⁰ In tal senso sia RUBINO D., *op. cit.*, p. 630 che BIANCA C.M., *op.cit.*, p. 892. In particolare quest’ultimo si occupa dell’ammissibilità della pretesa del compratore ad ottenere la riparazione o la sostituzione del bene. Con riferimento alla prima sottolinea che la preoccupazione che il danneggiante sia costretto a sopportare un sacrificio economico sproporzionato rispetto al valore del bene sia superabile richiamando l’applicazione della norma sul risarcimento del danno in forma specifica (la riparazione esula dal contenuto della prestazione contrattuale assumendo il carattere risarcitorio). La pretesa alla sostituzione della cosa, invece, non trova riscontro in termini generali nel nostro ordinamento: se il venditore ha adempiuto con un prodotto difettoso il compratore, chiedendone la sostituzione, non fa altro che pretendere un secondo adempimento. L’azione di adempimento può ammettersi se e in quanto il venditore non abbia ancora adempiuto e proprio per questo motivo non costituisce un’alternativa rispetto alle azioni contro i vizi (che presuppongono il già avvenuto adempimento).

²⁵¹ Se l’azione di esatto adempimento non fosse esperibile si assisterebbe ad un indebolimento della posizione del compratore (quando invece la garanzia prevista in materia di vendita è prevista al fine di rafforzarla laddove non vi sia la

Isolata e autorevole dottrina, infine, ne ha sostenuto sempre e comunque la piena ammissibilità²⁵². Sembra preferibile la ricostruzione del fenomeno come ipotesi speciale di responsabilità contrattuale derivante (non dall'inesatto adempimento di una obbligazione, bensì) dall'oggettiva inattuazione dell'effetto traslativo (è una violazione del contratto). È stato giustamente affermato che “*il concetto di inadempimento non può essere irrigidito nei termini di una correlazione essenziale con il concetto di inadempimento di una specifica obbligazione contrattuale*”²⁵³.

Quanto detto vale con riferimento alla vendita di una cosa specifica di proprietà del venditore.

Nel caso, invece, di vendita di cosa generica o futura la responsabilità del venditore è collegata all'inadempimento di una specifica obbligazione, quella di far acquistare la cosa *ex art. 1476, n. 2, c.c.* con i caratteri e le qualità pattuiti.

La lesione dell'interesse del compratore è la stessa, ossia l'inattuazione o imperfetta attuazione dell'effetto traslativo²⁵⁴. Tuttavia risulta meno controversa la possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento. Infatti, sorge un'obbligazione di *facere* in capo al venditore ed è stata prospettata in dottrina l'idea che quest'ultimo si sostanzia nel compimento di una serie di atti preordinati non solo al verificarsi dell'effetto reale, ma anche idonei a far sì che il bene trasferito risponda a uno standard qualitativo “minimo”²⁵⁵. Si tratta della stessa soluzione prevista in caso di contratto preliminare²⁵⁶. Anche con riferimento a questo contratto è stato rilevato che dalla promessa di vendere sorge, in realtà, a carico del promittente un'obbligazione ad ampio spettro che include qualunque prestazione,

colpa), cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 825. Secondo l'Autore l'unico ostacolo all'ammissibilità della stessa è rappresentato dalla tradizione storica, visto che il diritto romano non prevedeva tale azione. Non sono dirimenti, infatti, né l'art. 1494 c.c. (dove si precisa che in caso di colpa è dovuto anche il risarcimento del danno) né l'art. 1512, comma 2, c.c. (che, in deroga ai principi generali, accorda le azioni per ottenere la riparazione e la sostituzione anche in caso di mancanza di colpa).

²⁵² Cfr. GIORGIANNI M., *op. cit.*, p. 865: non può dubitarsi dell'esistenza di diritto del creditore ad un (nuovo) esatto adempimento o alla eliminazione, ove possibile, dei difetti della prestazione già effettuata. Ciò è desumibile da alcune norme del codice: l'art. 1480, comma 2, l'art. 1512, comma 2, e l'art. 1668 e l'art. 1192 c.c. (in cui l'impugnazione concessa al debitore in buona fede si accompagna alla pretesa di un nuovo esatto adempimento). Inoltre, l'aspettativa del creditore a tale esatto adempimento deve necessariamente prescindere dalla colpa del debitore (e ciò si desume dalla disciplina dei rimedi tradizionali in caso di vendita – in cui solo il risarcimento è ancorato alla colpa – e dagli artt. 1512 e 1668 c.c.).

²⁵³ V. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 378.

²⁵⁴ Anche se dipende da un fatto successivo alla conclusione del contratto e dal comportamento del venditore, per ragioni di coerenza sistematica la risoluzione del contratto e il pagamento del prezzo dovrebbero mantenere carattere oggettivo, cfr. sempre LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 389.

²⁵⁵ In questo senso GRECO P./COTTINO G., *Della vendita*, in SCIALOJA A./BRANCA G., *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1962, p. 67 e CAMILLERI E., *Garanzia per vizi ed impegno del venditore alla riparazione del bene: note critiche a margine di Cass. Sez. Un. N. 13294/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 479.

²⁵⁶ Anche in caso di vizi del bene oggetto di un contratto preliminare si sono comunque succedute nel tempo diverse teorie. Secondo un primo orientamento l'unico rimedio esperibile sarebbe quello della risoluzione per inadempimento, in quanto l'azione di riduzione del prezzo (o quello di eliminazione dei vizi, per chi lo ritenga ammissibile) costituirebbe un rimedio previsto esclusivamente in materia di compravendita, cfr. Cass. 20 marzo 1999, n. 2613, in *Giust. civ. Mass.* 1999, p. 626. Un'altra corrente di pensiero, peraltro risalente nel tempo, invece, ha sostenuto che il promissario acquirente avrebbe il diritto di domandare l'esatto adempimento dell'obbligazione di consegna della cosa oggetto del preliminare, chiedendo la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi della cosa: nell'obbligazione di stipulare il contratto definitivo, deve ritenersi inclusa tutta l'attività necessaria ad assicurare la realizzazione dell'attribuzione patrimoniale traslativa, cfr. Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, p. 669.

anche di “fare”, necessaria ad assicurare la realizzazione del risultato finale conforme, anche sotto il profilo qualitativo, a quello programmato col preliminare, sicché dovrebbe coerentemente ammettersi anche l’azione di esatto adempimento (nella forma dell’azione di condanna all’eliminazione dei vizi)²⁵⁷.

Il dibattito sul novero dei rimedi in caso di adempimento qualitativamente inesatto è comunque ancora aperto in dottrina²⁵⁸.

d) Ulteriori rimedi

In caso di vendita la dottrina è divisa in ordine all’ammissibilità della garanzia per evizione.

Secondo la tesi restrittiva tale rimedio sarebbe precluso al compratore, sia perché il compratore può esercitare la relativa azione solo se effettivamente sia stato privato (totalmente o parzialmente) del bene e sia perché è possibile che prima della venuta ad esistenza tale pericolo venga evitato²⁵⁹.

Autorevole dottrina, invece, ritiene che alla parte di un negozio di cosa futura, prima della venuta ad esistenza della cosa, non possa essere negato uno strumento di tutela riconosciuto anche nella fase delle trattative²⁶⁰ e al promittente compratore²⁶¹.

²⁵⁷ In dottrina cfr. LUMINOSO A., *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Iudica – Zatti*, 1995, p. 26.

In giurisprudenza si erano formati sostanzialmente due indirizzi in relazione alla possibilità per la controparte di utilizzare tutti i rimedi concessi dalle norme generali in tema di adempimento nel caso in cui il bene risultasse difforme o viziato (la questione è stata affrontata in relazione alla stipulazione di un contratto preliminare, sia puro che ad effetti anticipati). Secondo un primo orientamento era possibile, in caso di preliminare ad effetti anticipati, richiedere alternativamente alla risoluzione del negozio per inadempimento del promittente, la condanna di questo ultimo ad eliminare a proprie spese i vizi della cosa. Ciò soprattutto in considerazione della pluralità delle obbligazioni assunte dal promittente (obbligo di fare connesso allo stato della cosa e consegna anticipata del bene) e della insussistenza di ragioni ostative alla tutela ordinaria mediante l’esercizio dell’azione di esatto adempimento (cfr. Cass. sent. n. 4478/76; n. 3560/77; n. 2268/80). Più precisamente, secondo Cass., 23 aprile 1980, n. 2679 (in *Foro It.*, 1981, I, 177, in *Giur. It.*, 1981, I,1, 914) di fronte all’inesatto adempimento del promittente nell’approntare la cosa oggetto del contratto secondo precise modalità e rifiniture, riconosceva al promissario: a) la possibilità di esercitare non solo l’azione di esatto adempimento con la condanna del promittente alla eliminazione dei vizi e difformità presentati dal bene, ma anche quella di riequilibrio delle prestazioni con riduzione del prezzo; b) la possibilità inoltre di esperire dette azioni coeivamente a quella di esecuzione specifica del preliminare (nello stesso senso decidevano le sentenze n. 6671/81 e 4442/82). l’orientamento contrario, invece, affermava la portata limitata della sentenza costitutiva ex art. 2932 cc, (Cass. n.3412/80; n.3722/81; n. 6730/82). Tale contrasto ha portato ad una pronuncia delle Sezioni unite, (cfr. Cass. civ., Sez. Unite., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giur. It.*, 1987, I,1, p. 173) le quali hanno aderito all’indirizzo di più ampia tutela del promissario che prende le mosse da Cass., 26 novembre 1976, n. 4478, *Massima redazionale*, 2004.

²⁵⁸ Nella parte generale del codice le uniche due norme all’interno delle quali si fa riferimento a tale profilo sono l’art. 1778 (“se l’obbligazione ha ad oggetto cose generiche il debitore deve prestare cosa di qualità non inferiore alla media”) e l’art. 1258, comma 2, (il debitore può prestare anche una cosa deteriorata, salvo l’applicazione dell’art. 1464 in caso di contratti a prestazioni corrispettive), cfr. GIORGIANNI M., voce *Inadempimento (dir. priv.)*, cit., p. 863.

²⁵⁹ Tesi sostenuta da CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 94 e SALIS L., *op. cit.*, p. 191. GAZZARA G., *op. cit.*, p. 174 afferma che nonostante il contratto di vendita sia perfetto e vincolante, oltre all’effetto reale non sorgono neanche gli altri effetti obbligatori che concernono la cosa (l’obbligo di consegna, l’obbligo di garanzia pe i vizi e quello per evizione).

²⁶⁰ Non bisogna confondere i vizi del diritto (la mancanza delle qualità pattuite) con quelli della cosa, accertabili solo quando è nata, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 248.

²⁶¹ Per altro verso il promissario acquirente di un immobile gravato da pesi o vincoli, cui sia stato promesso il pieno, libero e pacifico acquisto del dominio sul bene, ben può avvalersi del disposto dell’art. 1481 c.c., art. 1482 c.c., comma 1, e art. 1489 c.c., comma 2, c.c. applicabili per analogia al preliminare di vendita, cfr. Cass., 14 ottobre 2014, n. 21681, in *Immobili e proprietà*, 2014, 12, p. 734.

2.3. Trascrizione

Come già anticipato nel primo capitolo, la dottrina ritiene che il negozio ad oggetto futuro sia trascrivibile immediatamente, ancor prima che il bene venga ad esistenza. Ciò è desumibile da numerose previsioni legislative quali: l'art. 1524 c.c., il quale prevede la trascrivibilità della vendita con riserva di proprietà (che è un'ipotesi di differimento degli effetti reali); l'art. 2659, comma 2, c.c. sulla trascrivibilità del negozio condizionato o a termine (altra ipotesi di passaggio della proprietà in un momento successivo); l'art. 2659, comma 1, n.4 e l'art. 2826 c.c. in relazione ai negozi aventi ad oggetto gli edifici da costruire (quindi futuri); nonché l'art. 2645 *bis* c.c. sulla trascrizione dei contratti preliminari. In particolare con riferimento a quest'ultimo, se l'adempimento pubblicitario è possibile con riguardo ad un contratto da cui sorge l'obbligo di addivenire ad un successivo negozio traslativo, a maggior ragione – per ragioni di ordine sistematico – deve esserlo un negozio idoneo di per sé a fungere da *titulus e modus acquirendi*.

La questione in relazione alla trascrivibilità è importante per risolvere i conflitti tra titoli che possono sorgere in casi di doppia alienazione. Secondo l'art. 2644 c.c., prevale chi per primo ha trascritto l'acquisto²⁶².

In caso di vendita di beni futuri c'è, inoltre, il rischio di ipotesi di conflitto tra titoli derivanti da vicende dagli aspetti peculiari. In particolare, sono sorte delle questioni in relazione alla vendita dei frutti e dei beni da costruire.

Con riferimento ai primi sono prospettabili due diverse ipotesi.

La prima si verifica quando il proprietario del fondo venda quest'ultimo a un terzo dopo aver concluso un negozio di alienazione dei frutti con un altro soggetto. In base principi generali in materia di proprietà, l'acquirente del fondo diventa automaticamente anche il *dominus* dei frutti futuri²⁶³. Il conflitto risulta, quindi, tra un acquisto mobiliare e uno immobiliare.

Secondo un primo orientamento troverebbe applicazione il criterio dell'art. 2704 c.c., ossia della data della scrittura privata. Entrambe le vendite risultano essere validi titoli di acquisto del diritto (a prescindere dal fatto che la prima sia obbligatoria e, invece, l'altra produca un effetto traslativo

²⁶² Di tale avviso GAZZARA G., *op. cit.*, p. 177. Cass., 10 marzo 1997, n. 2126, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, 1, p.38, con nota di CISTULLI F.

Perché ciò sia possibile si deve sostenere, tuttavia, che l'eventuale secondo acquirente che abbia trascritto per primo acquisti *a domino*, altrimenti si dovrebbe applicare la più rigorosa disciplina dell'usucapione abbreviata. La dottrina ritiene pertanto che la trascrizione curata da quest'ultimo operi come condizione risolutiva legale rispetto al primo acquisto e che pertanto risolva retroattivamente gli effetti reali prodotti dal primo atto traslativo non trascritto, cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 309.

²⁶³ La prima vendita ha carattere meramente obbligatorio, mentre la seconda costituisce il titolo reale di acquisto dei frutti, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 340. Secondo Rubino all'acquirente del fondo sono inopponibili i contratti di mobilitazione di cui trattasi dato che chi ha stipulato il contratto relativo ai frutti non è in grado di acquistare subito la proprietà del bene, cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 201.

immediato del fondo²⁶⁴). Secondo altra dottrina, invece, il conflitto andrebbe risolto a favore dell'acquirente del terreno, in ragione del fatto che si tratta di un acquisto a titolo originario²⁶⁵.

Se il proprietario aliena a più soggetti i frutti del fondo, invece, c'è un conflitto tra due acquisti della stessa natura (mobiliare) e trova applicazione non il principio dell'antiorità dell'atto, ma quello *ex art. 1155 c.c.*: prevale l'acquirente che per primo ha acquistato in buona fede il possesso.

In caso di vendita di un edificio da costruire e successiva alienazione del terreno si veda più avanti il paragrafo ad essi dedicato (§2.4.1.1.).

2.4. Singole figure di vendita

2.4.1. Vendita di beni da costruire

È considerata vendita di cosa futura non solo quella che abbia ad oggetto un bene ancora da costruire, ma anche quella di un bene di cui sia iniziata la realizzazione.

Secondo la giurisprudenza, in linea generale, per individuare la data di venuta ad esistenza di un immobile ai fini e per gli effetti dell'art. 1472 c.c., occorre aver riguardo al momento in cui si perfeziona il relativo processo produttivo nelle sue componenti essenziali e non a quello della realizzazione del solo scheletro in cemento armato²⁶⁶. Si può ritenere irrilevante, invece, la mancanza di alcune rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile per la sua utilizzazione²⁶⁷.

Laddove sia alienato anche il suolo si può avere sia una vendita di cosa futura (ed allora la proprietà passerà nel momento in cui il bene viene ad esistenza nella sua completezza), sia un negozio misto. Quest'ultimo è generalmente caratterizzato da elementi propri della vendita ad effetti reali immediati (il suolo, qualificabile come bene presente) e dell'appalto. In concreto andrà valutato, come già sottolineato, il peso che nel sinallagma contrattuale ha assunto il trasferimento della proprietà attuale (del suolo) e l'attività realizzatrice dell'opera da parte del cedente²⁶⁸.

²⁶⁴ In merito si vedano: LUMINOSO A., *La vendita, cit.*, p. 205 e BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 341. Il momento di acquisto della proprietà dei frutti, inoltre, coincide in entrambe le ipotesi con quello della separazione.

²⁶⁵ Sempre RUBINO D., *op. cit.*, p. 201; CALVO R., *op. cit.*, p. 102.

²⁶⁶ L'esigenza di tutelare il compratore contro il rischio del perimento dell'opera che si trovi ancora nella sfera di controllo dell'alienante induce a ritenere che l'opera debba ritenersi esistente solo al momento del suo completamento (Cass. 18.5.2001 n. 6851; Cass. n. 8118/1991; Cass. n. 3854/1989) e cfr. Cass. Sez. Unite., 12 maggio 2008, n.11656, in *Riv. not.*, 2009, II, p.1477, con nota di GRAZIANO. Se invece il bene da costruire è oggetto di un contratto preliminare, l'art. 2645 bis cc stabilisce (in difformità rispetto agli approdi giurisprudenziali) che ai fini degli effetti della trascrizione si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura.

²⁶⁷ Cfr. Cass. civ., 17 febbraio 1983, n. 1219, in *Mass. Giur. It.*, 1983; Cass., 5 settembre 1989, n. 3854, in *Giur. It.*, 1990, I,1, 596 nota di D'ALIBERTI, in *Mass. Giur. It.*, 1989.

²⁶⁸ Ai fini della qualificazione in termini di contratto di vendita di cosa futura della vendita di immobile da costruire su fondo di proprietà del cedente, il quale si assume la realizzazione dell'opera a proprio rischio e con la propria organizzazione, non costituiscono ostacolo, in favore della diversa qualificazione di contratto misto di vendita (del suolo) ed appalto (dell'opera da costruire), i seguenti elementi del contenuto contrattuale: a) la previsione del pagamento di un acconto sul prezzo finale (contrariamente, invece, alla previsione di acconti in corso d'opera in relazione a stati di avanzamento dei lavori, propri dell'appalto e, come tali, giustificabili in virtù di una parziale esecuzione dell'oggetto del

Non può, invece, assumere rilievo in alcun modo l'immediata trascrizione del contratto (dato che non può mai incidere e far retroagire la data di essa il trasferimento della proprietà del bene, in contrasto col preciso disposto dell'art. 1472 c.c.²⁶⁹).

L'art. 1, lett. d) del d.lgs. 122/2005 individua un criterio diverso ai fini della determinazione del momento in cui si verifica l'effetto reale. Il legislatore lo fa coincidere con il raggiungimento di uno stadio della costruzione che consenta il rilascio del certificato di agibilità. Tale ricostruzione dovrebbe, però, valere solo in relazione alle specifiche finalità per le quali è stata dettata la norma.

2.4.1.1. Trascrizione

Ad oggi la dottrina è concorde nel ritenere che il contratto di vendita di un edificio da costruire sia già trascrivibile al momento della conclusione dello stesso. Depone a favore di questa conclusione il dettato normativo. L'art. 2659, n. 4, c.c. richiama, infatti, l'art. 2826 c.c. il quale prevede che per i fabbricati in corso di costruzione debbano essere indicati i dati di identificazione catastale del terreno su cui insistono.

Sono sorti alcuni problemi in relazione al caso in cui dopo la vendita dell'edificio da costruire, ma prima della venuta ad esistenza del bene, venga alienato il terreno.

Nel caso di un simile conflitto tra più titoli, secondo un primo orientamento chi ha comprato l'edificio (non essendo ancora passata la proprietà) non potrebbe opporre il suo titolo all'acquirente del terreno²⁷⁰. L'orientamento opposto sostiene, invece, che l'acquisto del primo ben potrebbe prevalere sulla base del fatto che con il contratto di vendita del bene da costruire si acquista altresì sotto condizione sospensiva l'area sulla quale sorgerà (che opera retroattivamente)²⁷¹. In tal caso occorre verificare in concreto se le parti abbiano incluso anche la vendita del terreno nell'originario negozio relativo al bene da costruire. In caso positivo, la proprietà del suolo passa immediatamente (si tratta infatti di una *res* esistente in natura), mentre l'edificio da costruire viene acquisito per accessione. Se

contratto, mentre nella vendita di cosa futura l'adempimento dell'alienante si realizza esclusivamente con il completamento del bene); b) la previsione di un termine di ultimazione dei lavori, giacché il contratto di vendita di cosa futura prevede pur sempre come attività accessoria quella della realizzazione dell'opera da parte dell'alienante; c) la previsione dell'obbligo dell'alienante di realizzare l'opera "a perfetta regola d'arte", in quanto anche nella vendita di cosa futura devono essere preventivamente individuate le caratteristiche tecniche dell'opera medesima, cfr. Cass. SS. UU., 12 maggio 2008, n.11656, in *Riv. not.*, 2009, II, p.1477, con nota di GRAZIANO.

²⁶⁹ Si veda Cass., 10 marzo 1997, n. 2126, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, 1, p.38, con nota di CISTULLI F. In nessun caso la trascrizione di una vendita di cosa futura, sia pure legittimamente operata prima che questa sia venuta ad esistenza (v. sent. 10 luglio 1986, n. 4497), può far sì che retroagisca alla data di essa il trasferimento della proprietà del bene in contrasto col preciso disposto dell'art. 1472 c.c..

Né vale il rilievo secondo cui, in tal modo, la pur riconosciuta immediata trascrivibilità della vendita di cosa futura perderebbe di significato, poiché essa, invece, conformemente al disposto dell'art. 2644 c.c., serve a risolvere l'eventuale conflitto con altri acquirenti dello stesso bene che non abbiano trascritto il proprio acquisto o lo abbiano fatto posteriormente.

²⁷⁰ È l'opinione di RUBINO D, *op. cit.*, p. 175 e 190.

²⁷¹ Tesi sostenuta da GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 548, *contra* CIAN G., *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 386

invece è stata trasferita esclusivamente la proprietà superficiaria non si configura alcun conflitto tra titoli²⁷².

Il principio di accessione non può, in realtà, operare in quanto i contraenti considerano come oggetto principale del negozio l'immobile e non il suolo. Pertanto il compratore non acquista quest'ultimo a titolo derivativo e poi l'immobile a titolo originario (pezzo per pezzo) a mano a mano che viene costruito tramite l'accessione, ma tutto insieme (il suolo e l'immobile) non appena verrà ultimato quest'ultimo²⁷³.

Qualora, invece, si stato alienato lo stesso bene immobile futuro da costruire a più acquirenti, prevale colui il quale ha trascritto per primo.

In caso di pignoramento la vendita di cosa futura è inopponibile nei confronti dei creditori del venditore che abbiano pignorato il bene (o la cosa madre) prima della produzione dell'effetto traslativo e del compimento degli oneri pubblicitari²⁷⁴.

2.4.1.2. Il d.lgs. 20 giugno 2005, n.122

Il legislatore, con un importante intervento legislativo, ha previsto una serie di tutele in capo all'acquirente di un immobile da costruire²⁷⁵.

Quest'ultimo, infatti, si trova in una posizione di debolezza contrattuale in ragione del fatto che nonostante il bene non sia ancora venuto ad esistenza, è comunque tenuto al pagamento del prezzo²⁷⁶. Si è cercato, dunque, di introdurre una disciplina protettiva, caratterizzata da un significativo intervento di eterointegrazione del contratto.

La dottrina è concorde nel ritenere che la legge *de quo* si applichi anche ai contratti di vendita di beni futuri. Il decreto legislativo, infatti, ha una portata transtipica²⁷⁷: si applica cioè ai modelli contrattuali tipici o atipici (purché onerosi) il cui risultato economico risulti essere il differimento del effetto reale.

Il criterio scelto dal legislatore è di tipo funzionale²⁷⁸.

²⁷² Si veda LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 205.

²⁷³ Cfr. RUBINO D., *op. cit.*, p. 175 e CALVO R., *op. cit.*, p. 102.

²⁷⁴ Sul pignoramento si veda BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 342.

²⁷⁵ È considerato acquirente ai sensi di legge la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire (ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa).

²⁷⁶ Nel normale contratto di vendita il compratore, a fronte del pagamento del prezzo, beneficia dell'immediato effetto traslativo.

²⁷⁷ Si esprime in questi termini CALANDRINO R., *L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *NLCC*, 1, 2015, p.71.

²⁷⁸ V. PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, IPSOA, 2005, p. 70. Il legislatore ha espressamente previsto che si applichi ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale

Dal punto di vista delle tutele è stato previsto che, nel momento in cui viene stipulato il contratto, il costruttore²⁷⁹ - sia che debba realizzare lui stesso personalmente l'opera che se decida di appaltarla a terzi - è obbligato, a pena di nullità del contratto, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione²⁸⁰. Si tratta di una nullità protettiva che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente ed è derogabile *in melius*²⁸¹. La fideiussione può essere escussa nel momento in cui si verifica la situazione di crisi del costruttore²⁸². L'importo di quest'ultima corrisponde alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che ha riscosso (o deve ancora riscuotere) dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento²⁸³. Ciò che ha avuto di mira il legislatore con tale previsione è stato non tanto quello di garantire l'esatto adempimento (la costruzione e l'ultimazione del bene), ma la restituzione delle somme versate in caso di crisi dell'alienante. Un rimedio, quindi, legato all'estinzione del vincolo contrattuale²⁸⁴.

di godimento di immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo.

La *ratio* che ispira la novella legislativa è quella di tutelare l'acquirente "debole" che non sia ancora diventato proprietario (e solo durante tale fase). Per questo motivo è dubbia l'applicazione della legge del 2005 al contratto che ad esempio trasferisce al costruttore la quota indivisa di un'area fabbricabile e contemporanea precostituzione di un condominio sull'edificio da costruire oppure l'alienazione da parte del costruttore di un immobile "grezzo", con obbligo del primo di ristrutturarlo a sue spese o ancora le vendite miste ad appalto, cfr. LUMINOSO A., *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., (diretto da), *Gli effetti del fallimento*, III, Torino, Giappichelli, 2014, p. 259.

²⁷⁹ L'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire. Parte della dottrina dubita sull'efficacia della scelta del rimedio della nullità, perché i suoi effetti gioverebbero esclusivamente al costruttore, cfr. D'AMICO G., *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *i Contratti*, 1, 2017, p. 94.

²⁸⁰ Art. 2, decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122.

²⁸¹ È una nullità peculiare (e testuale) perché viene ricollegata alla violazione di una regola di comportamento, in deroga al tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, cui la citata sentenza n. 19024/05 si ispira, appare incrinato da molteplici recenti interventi del legislatore, che assegnano rilievo al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del contratto, cfr. Cass. Civ., Sez. Unite., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. It.*, 2008, 2, p. 347 nota di COTTINO; *Contratti*, 2008, 3, p. 221 nota di SANGIOVANNI; *Dir. Fall.*, 2008, 1, 1 nota di SARTORI; *Resp. civ.*, 2008, 6, p. 525 nota di TOSCHI VESPASIANI.

Sulla derogabilità *in melius*, ad esempio attraverso un contratto autonomo di garanzia, si veda CALANDRINO R., *L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *NLCC*, 1, 2015, p. 86.

²⁸² Si ha crisi del costruttore ai sensi del decreto legislativo di cui trattasi in caso di: trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa; presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

²⁸³ Fideiussione che deve essere rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni

²⁸⁴ Cfr. CALANDRINO R., *op. cit.*, p. 84: l'interesse che in tal modo riceve esplicita tutela è quello negativo, ancorché in misura ridotta; la fideiussione, infatti, deve coprire le somme pagate e ogni altro corrispettivo versato, compresi gli interessi, con l'esclusione però di ogni ulteriore spesa sostenuta dall'acquirente per l'acquisto (ad esempio le spese sostenute per il rogito notarile). Chiaramente escluso risulta invece l'interesse positivo, teso al conseguimento dell'immobile promesso.

Come già rilevato, il concetto di costruzione “ultimata” ai sensi dell’art. 1 lett. d) (e cioè tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità) è diverso da quello di costruzione “esistente” ai sensi dell’art. 1472 c.c.. La proprietà in caso di vendita di bene futuro, infatti, passa in un momento antecedente a quello in cui l’immobile diventa agibile ai fini della richiesta del certificato. In questo caso la garanzia fideiussoria cessa nel momento in cui si verifica l’effetto traslativo. Pertanto, secondo alcuni autori, è preferibile le parti stabiliscano - in deroga all’art. 1472 c.c. - che il fabbricato si intende venuto ad esistenza solo nel momento in cui lo stesso versa in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità²⁸⁵.

Il costruttore è obbligato a consegnare all’acquirente, sempre al momento della stipula del contratto, una polizza assicurativa indennitaria decennale con effetto dalla data di ultimazione dei lavori per coprire i danni materiali e diretti all’immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell’art. 1669 c.c. manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione²⁸⁶.

Anche la modalità di pagamento del prezzo è stata sottratta alla libera determinazione delle parti: sono state indicate delle forme in grado di assicurare la tracciabilità dei pagamenti (es. bonifico bancario)²⁸⁷

L’acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto. Il legislatore ha disposto che qualsiasi clausola in tal senso è nulla e deve intendersi come non apposta²⁸⁸.

Sono imposti, inoltre, dei precisi obblighi contenutistici, i cd. requisiti di forma-contenuto, al fine di assicurare la predeterminazione, la completezza e la trasparenza di tali negozi²⁸⁹. Questi ultimi sono

²⁸⁵ Si fa riferimento a PETRELLI G., *op. cit.*, p. 67: Meglio ancora se il contratto viene sottoposto alla condizione sospensiva dell’accertamento – ad opera di un tecnico a tal fine idoneo - dell’agibilità del fabbricato ultimato (da operarsi preferibilmente nella forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata, al fine di consentire la formazione di un titolo che, oltre ad essere munito di data certa, abbia i requisiti necessari ai fini della pubblicità immobiliare e della voltura catastale del fabbricato ultimato a favore dell’acquirente).

²⁸⁶ Art. 4, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

²⁸⁷ Art. 6 lett. f) d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122: bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell’avvenuto pagamento

²⁸⁸ Sanzione inserita espressamente con il d.l. 28 marzo 2014, n. 47.

²⁸⁹ Il contratto deve, infatti, contenere: a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1) e 2826 c.c.; b) la descrizione dell’immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto; c) gli estremi di eventuali atti d’obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l’ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l’elencazione dei vincoli previsti; d) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti; e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione; f) l’indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione dell’importo di eventuali somme a titolo di caparra; le modalità di corresponsione del prezzo devono essere rappresentate da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell’avvenuto pagamento; g) gli estremi della fideiussione di cui all’articolo 2; h) l’eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull’immobile con la specificazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, in particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita; i) gli estremi del permesso

tipici delle discipline protettive predisposte negli ultimi anni dal legislatore (es. in materia consumieristica).

Se poi l'edificio sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé (per il proprio coniuge o per un parente in primo grado), anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, gli è riconosciuto il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile²⁹⁰.

In termini più generali, prima dell'intervento del legislatore in questa specifica ipotesi (o quando si tratti di un immobile da costruire e manchino i presupposti del decreto legislativo), si è discusso in dottrina sulla possibilità di applicazione, nonostante si tratti di una vendita, della garanzia *ex art. 1669 c.c.* prevista in materia di appalto laddove l'edificio alienato costruito dal venditore si rovini del tutto o in parte (o vi sia il pericolo di rovina). Quest'ultima disciplina, infatti, contiene dei termini di prescrizione molto più lunghi (non un anno dalla consegna *ex art. 1495 c.c.*, ma dieci anni dal compimento dell'opera).

La soluzione a un tale quesito dipende anzitutto dalla natura giuridica che viene attribuita alla responsabilità dell'appaltatore.

Qualora la si inquadri sotto l'alveo di quella contrattuale, la soluzione positiva in relazione alla sua applicabilità è stata prospettata in dottrina nel caso in cui il contratto di vendita del futuro immobile sia stato stipulato prima ancora dell'inizio della costruzione²⁹¹. Le norme dettate per un tipo contrattuale possono essere applicate anche ad un contratto di tipo diverso quando in quest'ultimo venga innestata la prestazione caratteristica del primo tipo. L'obiezione che la vendita ha già una sua disciplina viene superata dalla considerazione che ciò è sicuramente vero in relazione alla vendita ad effetti reali immediati. In caso di vendita obbligatoria, invece, si aggiunge anche l'obbligazione di

di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione; l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi. Agli stessi contratti devono essere allegati: a) il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco delle rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti; b) gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali.

²⁹⁰ Art. 9, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122. Da esercitarsi entro dieci giorni dalla comunicazione da parte dell'autorità che procede alla vendita dell'immobile con l'indicazione della definitiva determinazione del prezzo sempre entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa. Qualora l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione, la differenza deve essere restituita al fideiussore. È escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario.

²⁹¹ Così RUBINO D., *op. cit.*, p. 212: se, invece, il bene era già stato costruito la situazione effettuale è simile al contratto di vendita di cosa futura (perché comunque l'edificio era stato costruito per conto altrui), ma giuridicamente assume rilievo il fatto che il costruttore non assume l'obbligazione di costruire il bene.

costruire la cosa²⁹². Quindi una simile garanzia sussisterebbe anche in relazione alla vendita di quegli immobili che non rientrano nel campo di applicazione della legge del 2005²⁹³.

Laddove, invece, si opti per quella extracontrattuale non si riscontra alcun problema in ordine alla sua applicabilità in caso di vendita di bene futuro, in quanto il costruttore risponderà non in quanto contraente, ma come autore del danno²⁹⁴.

2.4.2. Vendita di azioni di società futura

Prima della riforma del 2003, l'art. 2331 c.c., al terzo comma²⁹⁵, prevedeva che la vendita di azioni in un momento antecedente l'iscrizione della società nel registro delle imprese fosse nulla. La *ratio* del divieto era rinvenibile nell'intento di impedire manovre speculative nel mercato²⁹⁶ (o, secondo altri, nella giuridica inesistenza della società anteriormente all'iscrizione).

Dottrina e giurisprudenza erano, comunque, divise in ordine alla qualificazione giuridica dell'operazione negoziale. Secondo la Cassazione, in questi casi non si era davanti ad una vendita di bene futuro, poichè l'oggetto del contratto era rappresentato non da un singolo e specifico bene, bensì da un complesso di situazioni giuridiche attive e passive, compresa la titolarità dei diritti e degli obblighi connessi con la qualità di socio. Era qualificabile, quindi, come cessione del contratto non attuabile prima della iscrizione della società per due motivi: non esiste alcun contratto da cedere, il

²⁹²Secondo la giurisprudenza quando l'attività costruttiva, che il cedente assume a proprio rischio con la propria organizzazione, viene considerata come oggetto della prestazione di fare si verserà in ipotesi di contratto misto (di vendita e di appalto), la cui disciplina giuridica va individuata, in base alla teoria dell'assorbimento, che privilegia la disciplina dell'elemento in concreto prevalente, in quella risultante dalle norme del contratto atipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, elementi ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente, cfr. Cass. Sez.Unite., 12 maggio 2008, n.11656, in *Riv. not.*, 2009, II, p.1477, con nota di GRAZIANO.

²⁹³ Per approfondimenti si veda PETRELLI G., *op. cit.*, p. 66: l'art. 4 del d.lgs. 122/2005 (che prevede l'obbligo di consegna di una polizza assicurativa decennale da parte del costruttore) vista la sua generica formulazione può essere applicato analogicamente anche al contratto di appalto e a quello traslativo ad effetti reali immediati.

²⁹⁴ In dottrina CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 106.

In giurisprudenza secondo l'orientamento prevalente la previsione dell'art. 1669 c.c. rappresenta un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, con carattere di specialità rispetto al 2043, cfr. Cass., Sez.Unite., 3 febbraio 2014, n. 2284, in *CED Cassazione*, 2014. Si tratterebbe, infatti di una norma sancita per finalità di interesse generale (e inderogabile), come quelle della stabilità, sicurezza e funzionalità degli edifici, e della incolumità personale dei cittadini, cfr. Cass., 31 gennaio 2008, n. 2313, in *Massima redazionale*, 2008.

²⁹⁵ Norma mutuata dall'art. 137 del codice del commercio del 1865: ogni vendita o cessione di azioni fatte dai sottoscrittori prima della legale costituzione della società è nulla e di niun effetto e la nullità ha luogo ancorché la vendita sia fatta con la clausola "ora per quando la società sarà costituita" od altra equivalente. Giustificata anch'essa dalla necessità di impedire manovre speculative su titoli di società non ancora legalmente costituita e dalla constatazione che il cessionario non era in nessun modo in grado di verificare la reale situazione patrimoniale della nuova impresa.

²⁹⁶ La dottrina l'aveva qualificata come norma di ordine pubblico economico attraverso la quale il legislatore intendeva evitare che sui mercati mobiliari affluissero titoli di consistenza non verificata, cfr. Cass. del 27 settembre 1999, n. 10669, in *Riv. Notar.*, 1999 nota di SARTORE pag. 236.

negozio ex 1460 c.c. presuppone il consenso del contraente ceduto, ossia della società non ancora nata²⁹⁷.

Secondo la dottrina, invece, si trattava di un'ipotesi tipica di eccezione di vendita di bene futuro²⁹⁸.

Oggi, tuttavia, tale dibattito ha perso la sua centralità in quanto l'art. 2331 c.c. non include più la vendita tra le condotte vietate. Nella Relazione al d.lgs. n. 6/2003 si legge infatti che *“il divieto dell'ultimo comma dell'art. 2331 riguarda soltanto l'emissione delle azioni, non il loro trasferimento. È apparso, infatti, coerente con la natura contrattuale dell'atto costitutivo di società non limitare la possibilità di un trasferimento della posizione di parte del contratto, ma soltanto, per l'esigenza di assicurare la necessaria tutela del pubblico dei risparmiatori, che la sua negoziazione non utilizzi strumenti cartolari, bensì soltanto quello di diritto comune della cessione del contratto”*²⁹⁹.

2.4.3. Vendita di frutti e alberi

La vendita di frutti e alberi è giuridicamente inquadrabile come vendita di bene mobile futuro o anche quale negozio di mobilitazione di cose immobili³⁰⁰, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di forma e circolazione.

Il momento di acquisto della proprietà è espressamente indicato dall'art. 1472 c.c. nella raccolta dei primi e nel taglio dei secondi.

È opportuno fare una precisazione: la separazione e il taglio sono di per sé sufficienti per il passaggio della proprietà se sono stati venduti tutti i frutti o tutti gli alberi di quel fondo. Se, invece, è stata alienata solo una determinata quantità servirà il successivo atto di individuazione del bene.

²⁹⁷ Cfr. Cass., 22 settembre 1999, n. 10263 in *Mass. Giur. It.*, 1999; *Società*, 1999, 12, p.1456 nota di PLATANIA; *Vita Notar.*, 1999, p.1488 e 2000, p.1106; *Dir. e prat. soc.*, 2000, f.7, p. 56 nota di MORESCHINI; *Notariato*, 2000, 6, p. 544 nota di FRANCO.

²⁹⁸ Per tali motivi è stata criticata la sent. della Cass. del 27 settembre 1999, n. 10669 secondo la quale non vi era alcun motivo per il quale la nullità prevista dalla citata norma possa estendersi ad un contratto ad effetto obbligatorio, col quale le parti assumono impegno di trasferire un diritto non ancora esistente (nella sentenza 16 giugno 1990, n. 6080, si era implicitamente riconosciuto l'ammissibilità di un contratto ad efficacia obbligatoria avente ad oggetto un trasferimento di partecipazioni di società non ancora costituita, considerando ricadente sotto l'art. 2331, terzo comma, c.c. soltanto il caso in cui le parti abbiano inteso concludere un trasferimento attuale delle azioni, e non assumere l'impegno ad un futuro trasferimento. La dottrina sosteneva che se l'art. 2331 c.c. rappresentava un'eccezione alla norma generale ex art. 1348 cc allora sostenere l'ammissibilità di un contratto preliminare di vendita di azioni future significa dare la possibilità ai privati di aggirare il divieto di ordine pubblico, svuotandolo di contenuti, cfr. Cass. del 27 settembre 1999, n. 10669, in *Riv. Notar.*, 1999 nota di SARTORE, p. 238.

²⁹⁹ Cfr. p. 67 della Relazione, in cui si sottolinea anche che la soluzione riconduce all'origine storica ed alla fondamentale ratio alla base dell'art. 2331: l'esigenza di impedire che, fin quando la società non è stata definitivamente costituita, si formi un effettivo mercato diffuso, e ciò prima ancora che la situazione della società e la sua regolarità siano stati definitivamente e pubblicamente accertati.

³⁰⁰ In merito si veda MESSINEO F., *Mobilizzazione di cosa immobile e di concetto di cosa futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 71 ss.

Tali atti sono generalmente compiuti dallo stesso venditore, ma gli usi o le parti possono stabilire diversamente. Nel caso in cui quest'ultimo non provveda in tal senso, il compratore potrà chiedere l'esecuzione in forma specifica della raccolta a spese del venditore.

Una volta separati dalla cosa madre gli stessi vanno consegnati al compratore, il quale ne è diventato nel frattempo proprietario³⁰¹.

La vendita di frutti, infine, va tenuta distinta dal negozio di affitto del terreno per i seguenti due motivi. Innanzitutto nell'affitto la detenzione del fondo da parte dell'affittuario è preordinata a una duratura gestione produttiva (a proprio rischio). Mentre nella vendita di frutti futuri la detenzione del bene fruttifero interviene come un fattore accessorio ed eventuale (quando sia pattuito che alla raccolta provvederà lo stesso compratore), ed è limitata al tempo necessario a separare i frutti e a trasportarli fuori del fondo (non estendendosi alla fruizione di ogni possibile utilità). Inoltre, dato che lo scopo della vendita è unicamente quello di trasferire al compratore la proprietà, il rischio in relazione alla mancata venuta ad esistenza dei frutti sorge in capo al venditore. In caso di affitto, invece, la mancata nascita degli stessi grava sull'affittuario (come oggetto di un vero e proprio obbligo)³⁰².

3. La permuta

La permuta di bene presente contro bene futuro è quel contratto consensuale ad effetti reali (immediati o differiti a seconda del bene di riferimento) avente ad oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o altri diritti. Il sinallagma contrattuale, dunque, si realizza tra due prestazioni di dare.

In questo caso si ha un effetto traslativo immediato con riguardo alla cosa presente e la contestuale nascita dell'obbligazione, per il ricevente, di tenere il comportamento necessario affinché la *res futura* sia a sua volta trasferita in proprietà alla controparte, per effetto della sua venuta ad esistenza³⁰³.

³⁰¹ Secondo BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 353 il prelievo degli stessi contro la volontà dell'alienante è qualificabile come spoglio del possessore, ma va debitamente provata in quanto si presume che il venditore tolleri l'ingresso del compratore nel suo fondo al fine di poter prendere possesso dei beni acquistati. RUBINO D., *op. cit.*, p. 199 afferma che di regola, dopo la separazione, i frutti vanno consegnati nel fondo stesso (di conseguenza tutte le spese di trasporto sono a carico del compratore).

³⁰² Cfr. Cass., 15 luglio 1998, n. 6920, in *Dir. e giur. Agr. Amb.*, 1999, p. 226.

In dottrina: GALLO P., *Vendita di cose future, Dei singoli contratti*, in (a cura di) GABRIELLI E., *Commentario del codice civile*, Milano, UTET, 2011, p. 153.

³⁰³ Sul punto Cfr. Cass., 20 ottobre 1997, n. 10256, in *Mass. Giur. It.*, 1997 e Cass., 9 novembre 2005, n. 21773 in *Contratti*, 2006, 6, p. 602

3.2. Differenza con figure affini

Il contratto di permuta è volta allo scambio tra due determinati beni, alla reciproca sostituzione degli stessi nel patrimonio dei contraenti. La vendita, invece, è diretta all'alienazione di un bene dietro il pagamento di un corrispettivo.

Anche in caso di permuta si ripropongono alcune problematiche già affrontate, come la distinzione tra contratti di alienazione e contratti d'opera.

È qualificabile come permuta l'operazione negoziale in cui è l'attribuzione dell'opera (il risultato traslativo) ad essere dedotto in contratto come termine di scambio, mentre l'obbligo di erigere il fabbricato deve collocarsi su di un piano accessorio e strumentale (non come prestazione del risultato di un'opera, ma come trasferimento della proprietà di cose future)³⁰⁴.

Tuttavia autorevole dottrina ritiene che possano trovare applicazione alcune norme relative alla disciplina dell'appalto, dato che comunque l'attività del costruttore rileva, sebbene secondariamente. In particolare la norma sul recesso in caso di morte dell'appaltatore (art. 1674 c.c.) e quella della garanzia degli ausiliari (art. 1676 c.c.)³⁰⁵.

L'esigenza di una esatta individuazione della natura del contratto è particolarmente sentita nella permuta di cosa presente con cosa futura, dato che la proprietà della prima passa immediatamente.

Nella prassi, il risultato economico che le parti intendono ottenere tramite la stipulazione del contratto di permuta è raggiungibile attraverso il collegamento negoziale tra diversi contratti:

- la vendita del terreno collegata ad un contratto preliminare di vendita dell'edificio da costruire;
- la vendita del suolo con riserva di superficie sulle porzioni di area nelle quali andrà ad essere costruita l'unità immobiliare del cedente più il contratto di appalto;
- il trasferimento di una quota indivisa del suolo (con "riserva della proprietà" della rimanente quota dello stesso, proporzionale in millesimi al valore che avranno le costruende unità immobiliari rispetto all'intero edificio da realizzare), più la divisione dell'edificio da costruire (divisione di cosa futura) in modo da attribuire al cedente le concordate unità immobiliari e le relative quote condominiali. Ed ancora l'approvazione del regolamento di condominio più il

³⁰⁴ Più volte la Cassazione (sent. 17 marzo 1967, n. 606; sent., 12 ottobre 1970, n. 1944; sent., 17 maggio 1979, n. 2823; sent., 23 ottobre 1980, n. 5695; sent., 12 giugno 1987, n. 5147; sent., 21 novembre 1997, n. 11643; sent., 22 novembre 2001, n. 14779; sent., 22 dicembre 2005, n. 28479) ha riconosciuto che integra gli estremi della permuta di cosa presente con una cosa futura il contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'area fabbricabile in cambio di parti dell'edificio da costruire sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario, e ciò tutte le volte in cui sia proprio il risultato traslativo, consistente nell'attribuzione di una determinata opera, ad essere assunto come oggetto del contratto e come termine di scambio, mentre l'obbligo di erigere il fabbricato sia destinato a collocarsi su di un piano accessorio e strumentale, configurandosi, appunto, l'obbligo del permutante costruttore non come prestazione del risultato di un'opera, ma come trasferimento della proprietà di cose future, cfr. Cass. civ., 25 ottobre 2013, n. 24172, in *Foro It.*, 2014, 1, 1, p. 94 e Cass., 11 marzo 1993, n. 2952, in *Giur. It.*, 1994, I,1, p. 256.

³⁰⁵ Per approfondimenti cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 1021.

contratto di appalto per un corrispettivo, di norma, equivalente al valore della quota di immobile trasferita.

Nessuna delle tre ipotesi rientra nel campo di analisi del presente lavoro. Non la prima perché è caratterizzata da una vendita con effetti reali immediati e da un contratto preliminare, che come più volte affermato è un'ipotesi di scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*. Neanche le ultime due perché in entrambi i casi la proprietà del bene futuro (l'edificio da costruire) viene acquistata dal cedente a titolo originario tramite l'accessione.

Con riferimento, invece, alla divisione di cosa futura si precisa brevemente che la giurisprudenza ha da tempo ammesso pacificamente la sua ammissibilità nel nostro ordinamento³⁰⁶. La dottrina è ancora divisa in ordine alla qualificazione giuridica della stessa³⁰⁷. Secondo un primo orientamento avrebbe natura meramente dichiarativa³⁰⁸, di conseguenza sarebbe un negozio che esula dall'analisi sui negozi traslativi aventi ad oggetto beni futuri. Autorevole dottrina propende, invece, per quella costitutiva, poiché prima della divisione non può considerarsi esistente la situazione giuridica determinata dalla stessa³⁰⁹.

La divisione del bene futuro è, comunque, diversa dalla permuta per due motivi. Innanzitutto perché la prima ha come scopo non tanto quello generale di acquistare la proprietà di un bene, ma quello di diventarne proprietario esclusivo. Inoltre uno dei possibili risultati dell'operazione divisionale potrebbe essere il non acquisto della proprietà di alcun bene in capo ad una parte (es. la vendita con conguaglio)³¹⁰.

Parte della dottrina ha escluso che, invece, le parti possano utilizzare lo schema della vendita con riserva di proprietà *ex art. 1523 c.c. cc* per poter acquistare un immobile da costruire: l'acquirente

³⁰⁶ La divisione di cosa futura è ammissibile quale contratto definitivo, attributivo di diritti con efficacia reale, i cui effetti si verificano al momento in cui la cosa viene ad esistere, e ciò perché la figura del negozio avente per oggetto cosa futura è recepita nel nostro ordinamento con carattere di generalità, ai sensi dell'art. 1348 c.c., salvo i particolari divieti della legge, cfr. Cass., 10 maggio 1978, n. 2263 in *Mass. Giur. It.*, 1978.

³⁰⁷ Sulla divisione di cosa futura, cfr. CARIOTA FERRARA L., *Divisione di cosa futura? (costruzione su suolo comune e divisione anticipata dello stabile)*, in *Riv. giur. edilizia*, 1958, I, p. 676; TRIOLA R., *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel c.d. condominio precostituito?*, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1449; PENNAROLA C., *Acquisto pro indiviso di un'area per costruzione di edificio condominiale: divisione di cosa futura o concessioni ad aedificandum?*, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, I, p. 461.

³⁰⁸ Natura giuridica sostenuta da GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 527, secondo il quale una vicenda traslativa è ipotizzabile solo se il bene venga diviso in quote non corrispondenti a quelle ideali. Nel senso dell'efficacia meramente dichiarativa della divisione (ereditaria) anche Cass., 12 ottobre 2011, n. 21013, in *CED Cassazione*, 2011.

In dottrina si è affermato che sebbene dalla lettura del codice possa sembrare che esistano due tipologie di negozi di divisione (quella ereditaria e quella disciplinata all'interno del libro III), in realtà il concetto di divisione – inteso come insieme delle operazioni giuridiche che hanno come scopo quello di sciogliere una comunione attraverso l'attribuzione a ciascuno dei valori corrispondenti alla sua quota - è unico (e comprende anche quella giudiziale), cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1287.

³⁰⁹ La legge fa retroagire gli effetti della divisione, ma non perché la stessa abbia efficacia dichiarativa. Si tratta più semplicemente di mera efficacia retroattiva del negozio, che opera anche nei confronti dei terzi, cfr. CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 1315:.

³¹⁰ Sempre CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 1316.

diverrebbe proprietario solo dopo il pagamento dell'ultima rata, collegata al momento di ultimazione dei lavori e tutti i rischi incomberebbero in capo all'altra parte sin da subito (il costruttore). La soluzione negativa sarebbe giustificata dalla considerazione che il compratore acquista immediatamente un diritto di godimento sul bene e pertanto il requisito della consegna dello stesso rappresenterebbe un requisito tipologico essenziale³¹¹. Qualora la stessa avesse come oggetto un bene futuro sarebbe da riqualificare come contratto soggetto alla condizione di adempimento.

3.3. Disciplina

In forza del richiamo contenuto nell'art. 1555 c.c., alla permuta si applicano, in quanto compatibili, le norme stabilite per la vendita³¹². Tra queste rientra sicuramente l'art. 1472 c.c., ossia la statuizione in merito al momento in cui si verifica il passaggio della proprietà. Si ritiene pacificamente che anche la permuta possa essere un negozio ad effetti reali differiti³¹³.

³¹¹ Sul punto PETRELLI G., *op. cit.*, p. 80. In dottrina, in realtà, la natura giuridica del contratto di vendita con riserva di proprietà è molto discussa. Secondo alcuni autori si tratterebbe di un contratto soggetto alla condizione sospensiva di pagamento del prezzo (Cass., 8 aprile 1999, n. 3415 in *Notariato*, 2001, 5, p. 473 nota di ZECCHINO: la compravendita immobiliare sottoposta alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo si inquadra nella figura della compravendita con riserva di proprietà, nella quale il trasferimento di tale diritto si realizza *ex nunc* con il pagamento dell'ultima rata del prezzo. La condizione in esame è una condizione di adempimento). Tuttavia tale tesi è stata criticata perché si scontra non solo con la irretroattività del passaggio della proprietà, ma anche con quella parte della dottrina e della giurisprudenza contrarie all'ammissibilità della condizione di adempimento. Inoltre il compratore non acquista solo una aspettativa giuridica, ma il diritto di godimento del bene. Non si tratta neanche di una condizione risolutiva in quanto manca l'automaticità degli effetti (è il venditore che deve chiedere la risoluzione).

Autorevole dottrina, invece, ha sostenuto che il riservato dominio è un particolare diritto avente un tipico contenuto di garanzia: un diritto reale tipico di garanzia (cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 531). A tale ricostruzione è stato obiettato che in realtà permane in capo al venditore il diritto di proprietà (seppur limitato dal vincolo di destinazione) e il fatto che si tratta di un diritto di garanzia che permette al venditore di soddisfarsi direttamente sulla cosa, cfr. LUMINOSO A., *La vendita, cit.*, p. 696. Non né una vendita obbligatoria perché non sussiste un'obbligazione *ex art.* 1476, n.2, c.c. ma solo quella di pagamento del prezzo.

³¹² In dottrina BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 1025: come ad esempio quelle che non prescindono dal riferimento al prezzo o quelle che si riferiscono al prezzo senza, tuttavia, presupporre essenzialmente un corrispettivo in denaro.

³¹³ La permuta, al pari della vendita, non ha necessariamente effetti reali, ma può avere un'efficacia meramente obbligatoria. Tale seconda ipotesi si verifica quando l'effetto traslativo non è immediato e conseguente al semplice consenso delle parti legittimamente manifestato, ma è differito e fatto dipendere da ulteriori eventi, come l'acquisto della cosa da parte di un permutante appunto o la venuta ad esistenza della cosa medesima. Si configura, pertanto, un contratto di permuta nel caso di uno scambio di una cosa certa e determinata con un'altra, di cui siano specificamente indicate le caratteristiche e il valore, e che il permutante si obbliga a procurarsi o a consegnare all'altro contraente, così individuando e specificando la cosa medesima, e determinando nel contempo il trasferimento a favore della controparte, cfr. Cass., 15 aprile 1991, n. 4000, in *Mass. Giur. It.*, 1991.

L'acquisto del bene futuro si verifica quando il bene viene ad esistenza - o meglio quando sia completato nelle sue componenti essenziali³¹⁴ - senza necessità di altre dichiarazioni di volontà³¹⁵. Secondo una risalente sentenza della Cassazione il permutante dell'area fabbricabile potrebbe – se ha adempiuto le obbligazioni da lui assunte – trasferire l'appartamento dell'edificio da costruire senza il consenso del costruttore, versandosi in questo caso in una ipotesi non di cessione del contratto, ma di cessione di crediti³¹⁶.

3.3.2. *L'applicabilità del d.lgs 122/2005*

Alla permuta di cosa presente con cosa futura si applica il d.lgs 122/2005 laddove il bene futuro sia rappresentato da un immobile da costruire. Depongono in tale senso sia il fatto che la permuta in oggetto è inquadrabile tra i negozi ad effetti reali differiti, sia la circostanza che l'art. 2, comma 1, – con riferimento al *quantum* della fideiussione – parla di somme corrisposte e “*al valore di ogni altro corrispettivo*”. Il valore cui si fa riferimento è sicuramente quello conforme a quello di mercato del bene. Laddove, tuttavia, le parti ne dichiarassero uno diverso e inferiore, la dottrina si è chiesta quale potrebbe essere la sanzione a fronte di una fideiussione per tale importo. La risposta potrebbe ricavarsi dallo stesso art. 2 che prevede la nullità a tutela dell'acquirente. Tuttavia, vista la radicalità degli effetti che ne conseguirebbero, sarebbe opportuna una valutazione del terreno ad opera di un tecnico imparziale, opportunamente asseverata con giuramento (da allegare al contratto)³¹⁷.

³¹⁴ Nella vicenda oggetto della sentenza erano stati completati due appartamenti oggetto di scambio, ma con una metratura in parte diversa da quella prevista (70 mq invece che 60). Ad avviso dei ricorrenti, il venire ad esistenza di un bene diverso da quello promesso portava e non ritenere integrato l'evento acquisitivo *ex* art. 1472 c.c., in quanto il bene era (quantitativamente) difforme. Secondo la Cassazione, ai fini del trasferimento di proprietà, l'evento della venuta ad esistenza del bene va individuato nel perfezionamento del processo edificatorio nelle sue componenti essenziali: non si richiede che sia perfetto in ogni suo aspetto, ma è sufficiente che sia realizzato nelle sue strutture fondamentali, essendo irrilevante che manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio. Di conseguenza - essendo stati realizzati entrambi gli appartamenti nelle loro strutture essenziali e nella loro destinazione funzionale (tanto che era possibile richiedere il certificato di agibilità) - la loro superficie maggiore non incideva sul momento di passaggio di proprietà, ma sulla determinazione del prezzo (il supplemento di prezzo, previsto dall'art. 1538 c.c., in tema di vendita a corpo, è applicabile, a norma dell'art. 1555 c.c., anche al contratto di permuta, dal momento che devono ritenersi compatibili, con quest'ultimo contratto, tutte quelle norme in materia di vendita che, pur facendo riferimento al prezzo, non si riferiscono al suo carattere pecuniario, ma considerano il prezzo come corrispettivo della prestazione e quindi si fondano genericamente sulla funzione di scambio del contratto), cfr. Cass., 25 ottobre 2013, n. 24172, in *Foro It.*, 2014, 1, 1, p. 94.

³¹⁵ Secondo Cass. 30 novembre 2011, n. 25603, in *CED Cassazione*, 2011 e Cass., 20 luglio 1991, n. 8118, in *Foro It.*, 1992, I, p. 783: il contratto con il quale il proprietario di un'area fabbricabile trasferisce questa ad un costruttore in cambio di parti dell'edificio che l'acquirente si impegna a realizzare sull'area medesima, deve qualificarsi come permuta di cosa presente con cosa futura e produce l'effetto del trasferimento immediato della proprietà dell'area e della costituzione dell'obbligazione dell'acquirente di tenere il comportamento necessario affinché la cosa da consegnare venga ad esistenza. Evento che va individuato nel momento in cui si perfeziona il processo produttivo della cosa nelle sue componenti essenziali, essendo irrilevante che manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile per la sua realizzazione, e che è sufficiente da solo a determinare l'acquisto della proprietà al permutante dell'area, senza necessità di altre dichiarazioni di volontà (nella specie, è stato ritenuto che, trattandosi di bene immobile, la costruzione deve intendersi ultimata quando siano state eseguite le opere murarie e non al momento in cui siano state eseguite le opere di rifinitura).

³¹⁶ Si fa riferimento a Cass. 17 marzo 1967, n. 606, in *Mass. Giur. It.*, 1967, p. 224.

³¹⁷ Cfr. PETRELLI G., *op. cit.*, p. 70.

In realtà, la posizione del permutante è ancora più delicata rispetto a quella dell'acquirente in caso di vendita, perché il primo mira a recuperare la proprietà del bene alienato, non tanto il suo valore monetario. La fideiussione, quindi, rappresenta sicuramente una garanzia importante, tuttavia non idonea di per sé a far ottenere al contraente “debole” quanto da lui anelato.

Anche in questo caso si pone il problema della non coincidenza del momento in cui il bene viene ad esistenza e quello della sua ultimazione, per il quale valgono le considerazioni fatte in materia di vendita. Di conseguenza visto che il concetto di costruzione “ultimata” ai sensi dell'art. 1 lett. d) (e cioè tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità) è diverso da quello di costruzione “esistente” ai sensi dell'art. 1472 c.c., significa che la proprietà in caso di permuta di bene futuro passa in un momento antecedente a quello in cui l'immobile diventa agibile ai fini della richiesta del certificato (e cessa anche la garanzia fideiussoria). È dunque preferibile che le parti stabiliscano - in deroga all'art. 1472 c.c. - che il fabbricato si intende venuto ad esistenza solo nel momento in cui lo stesso versa in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità³¹⁸.

3.4. Rimedi:

Nel caso in cui il bene non venga ad esistenza non si riscontra alcun ostacolo di ordine sistematico all'applicabilità alla permuta del rimedio *ex art. 1472 c.c.*, così come interpretato dalla dottrina, ossia nel senso della inutilità del contratto.

Anche in questo caso l'obbligazione *ex art. 1476, n. 2, c.c.* diventa impossibile e risulta dirimente l'imputabilità o meno al debitore ai fini dell'individuazione delle azioni esperibili.

Nel primo caso troverà spazio la disciplina generale relativa all'inadempimento, ossia l'art. 1453 c.c. e l'eventuale obbligo di risarcimento dell'interesse positivo. Nel secondo caso si avrà la risoluzione automatica del contratto.

La peculiarità della permuta risiede nel fatto che il “corrispettivo” è rappresentato da un'alienazione. Pertanto l'altra parte sarà obbligata a ritrasferire il bene il cui acquisto è diventato *sine titulo*. Lo strumento attraverso il quale è possibile ciò è sicuramente il negozio *ex art. 1333 c.c.*.

È ammissibile tuttavia l'alternativa della corresponsione del valore del bene così come in caso di evizione *ex art. 1553 c.c.*? Se si aderisce all'orientamento dottrinale che giustifica la dell'evizione

³¹⁸ Sul punto sempre PETRELLI G., *op. cit.*, p. 67: meglio ancora se il contratto viene sottoposto alla condizione sospensiva dell'accertamento – ad opera di un tecnico a tal fine idoneo - dell'agibilità del fabbricato ultimato (da operarsi preferibilmente nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, al fine di consentire la formazione di un titolo che, oltre ad essere munito di data certa, abbia i requisiti necessari ai fini della pubblicità immobiliare e della voltura catastale del fabbricato ultimato a favore dell'acquirente).

con l'esigenza di tutelare la parte dall'inadempimento dovuto al mancato acquisto del bene³¹⁹, la risposta non può che essere positiva.

Si rimanda a quanto già affermato in caso di vendita con riferimento alla venuta ad esistenza solo in parte del bene e nel caso in cui il bene risulti viziato.

3.5. Permuta di cosa presente con cosa futura a favore di terzi e art. 771 c.c.

Recentemente è stato sottoposto all'esame della dottrina il caso del contratto di permuta di cosa presente con cosa futura a favore di terzi³²⁰.

Si pensi al caso di un proprietario di un terreno edificabile che stipuli un contratto di permuta con un'impresa costruttrice, attraverso il quale il primo trasferisce il suo diritto di proprietà in cambio della promessa del secondo di alienare – una volta che l'edificio sarà ultimato - uno degli appartamenti ad un terzo³²¹.

Laddove l'attribuzione a favore del terzo *ex art. 1411 c.c.* sia mossa da uno spirito di liberalità si ricade nell'ambito delle c.d. donazioni indirette disciplinate all'art. 809 cc³²².

Il legislatore ha previsto che le liberalità, anche se risultanti da atti diversi dallo schema della donazione, sono soggette alle norme relative alla revocazione per causa di ingratitudine (art. 801 c.c.), e sopravvenienza figli (art. 803 c.c.), nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari (art. 533 e ss c.c.). Tra questi non è stato espressamente incluso l'art. 771 c.c.

Autorevole dottrina ritiene tuttavia che, laddove attraverso il negozio si produca comunque una liberalità, allo schema negoziale prescelto si applicano le cd. norme materiali della donazione, ossia un "*quelle dettate per la donazione per espressa disposizione di legge o per la ratio propria delle*

³¹⁹ Si fa riferimento a BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 1033.

³²⁰ Cfr. Studio notarile n. 239-2012/C CNN e REALI A., *Permuta di "cosa presente con cosa futura" a favore di terzi e divieto della donazione di cose future*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 939.

³²¹ Dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono ormai ammesso il contratto traslativo in favore del terzo: "non sussistendo nel contratto a favore di terzo limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione da rendersi al terzo, la quale può consistere in un dare, in un facere o in un non facere presente o futuro ed anche nella costituzione di un diritto reale, purché tale costituzione corrisponda ad un interesse anche non patrimoniale dello stipulante", cfr. Cass. civ. Sez. II, 13-02-1993, n. 1842, in *Mass. Giur. It.*, 1993. Cfr. anche GAZZONI F., *op. cit.*, p. 960. Era stato obiettato in dottrina che dato che il contratto *ex art. 1411 c.c.* non tollera l'imposizione nei confronti del terzo di oneri o obblighi, il trasferimento del diritto di proprietà non sarebbe possibile viste tutte le incombenze cui deve fare fronte il dominus (ad esempio quelle di natura fiscale, o gli obblighi di manutenzione) si veda BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 567

³²² In caso di contratto a favore di terzo (o come in questo caso di permuta a favore di terzo) ci sono due spostamenti patrimoniali ed entrambi devono avere una propria giustificazione causale. C'è il rapporto tra promittente e stipulante (il cd rapporto di provvista) e quello tra stipulante e terzo (rapporto di valuta). Quello che interessa ai nostri fini è quest'ultimo. L'interesse del primo può essere quello di estinguere, magari, una precedente obbligazione, oppure lo spirito di liberalità. In questo caso è qualificabile come donazione indiretta, cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 962; CAPOZZI G., *op. cit.*, p. 1653 ss.; BIONDI B., *Le donazioni*, in VASSALLI F. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1961, p. 899 ss.

disposizioni stesse”³²³. Di conseguenza se la *ratio* dell’art. 771 c.c., come visto nel precedente capitolo, è quella di porre un freno alla prodigalità (o secondo recente dottrina, una tutela della liberalità informata³²⁴) potrebbe essere considerata una norma materiale e quindi la permuta di cosa presente con cosa futura a favore del terzo sarebbe nulla.

Secondo un altro orientamento invece l’art. 771 c.c. sarebbe una norma eccezionale e pertanto non suscettibile di applicazione analogica³²⁵.

In realtà il problema va analizzato sotto un altro punto di vista. Prima di passare al vaglio le riflessioni in ordine alla nullità *ex art.* 771 c.c. bisogna capire se l’attribuzione a favore del terzo abbia in qualche modo inciso sulla natura del contratto di cui trattasi.

La permuta di cosa presente con cosa futura è un negozio con effetti reali sia immediati (passa immediatamente la proprietà del bene presente) che differiti (in relazione al bene futuro). Tuttavia la stipulazione a favore del terzo fa sì che quest’ultimo acquisti immediatamente un diritto contro il promittente, per effetto della sola stipulazione. Egli dunque, secondo una differente ricostruzione, acquisterebbe immediatamente uno *jus ad habendam rem* che non può essere assimilato ad un bene o diritto futuro *ex art.* 771 c.c.³²⁶.

³²³ Si veda TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. in CARNEVALI U.- MORA A. (a cura di), in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 78.

³²⁴ Si fa riferimento a REALI A., *Permuta di “cosa presente con cosa futura” a favore di terzi e divieto della donazione di cose future*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 945 il quale ritiene che il fenomeno della prodigalità abbia assunto una forma diversa ed è più facile da controllare, sia a livello sociale che familiare. Pertanto la norma servirebbe a tutelare i soggetti che, sforniti di parametri di riferimento e di valutazione, non si rendono effettivamente conto del valore dei beni di cui si stanno spogliando.

³²⁵ “La nullità (e la conseguente inidoneità *ex art.* 1159 cod. civ.) di tale donazione *ex art.* 771 cod. civ. potrebbe essere affermata solo ove l’interpretazione (letterale e logica) di tale ultima norma consentisse di considerare come beni futuri i beni non ancora del donante, ma esistenti “in rerum natura” ed appartenenti ad altri, ma non per via di interpretazione analogica, in considerazione della natura eccezionale della norma in questione”, cfr. Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. Notar.*, 2001 nota di GAZZONI; *Corriere Giur.*, 2001, 6, p. 756 nota di MARICONDA; *Giur. It.*, 2001, p. 1595 nota di D’AURIA; *Nuova Giur. Civ.*, 2001, 1, p. 679 nota di RINALDI; *Nuove Leggi Civili*, 2001, p. 943 nota di SANTARSIERE; *Notariato*, 2001, 5, p. 454 nota di LOMONACO; *Giust. Civ.*, 2002, 1, p. 471; *Riv. Notar.*, 2002, 404 nota di VISALLI.

³²⁶ Opinione sostenuta da REALI A., *Permuta di “cosa presente con cosa futura” a favore di terzi e divieto della donazione di cose future*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 954.

CAPITOLO III: REALITA' E FUTURITA'

Sommario: 1. Premessa - 2. Natura giuridica - 3. Contratti reali e oggetto futuro - 3.1. Forme consensuali di contratti reali - 3.1.1. Consegna come *substantialia negotii* - 3.1.2. Consegna come *naturalia negotii* - 3.1.3. Natura giuridica dell'accordo precedente la consegna - 3.2. Pegno e futurità - 3.2.1. Pegno su bene futuro - 3.2.1.1. Natura giuridica - 3.2.1.2. Il ruolo della consegna - 3.2.1.3. Il diritto di prelazione - 3.2.2. Il pegno mobiliare non possessorio ex d.l. 3 maggio 2016, n.59 - 3.2.2.1. Natura giuridica - 3.2.2.2. Modalità di escussione - 3.2.3. Pegno su crediti futuri - 3.3. Forme reali di contratti consensuali.

1. Premessa

I contratti reali sono quei negozi i quali si perfezionano con la consegna della cosa. L'elemento consegna - che normalmente attiene alla fase esecutiva - è richiesta, dunque, *quoad constitutionem*³²⁷. Da questa prima sommaria definizione emergono - sin da subito - i problemi che possono riscontrarsi con riferimento a questa particolare categoria negoziale rispetto non solo alla futurità dell'oggetto, ma anche ad altri principi che governano il diritto dei contratti.

Innanzitutto la non sufficienza del mero accordo appare stridere con il principio del *solus consensu obligat*³²⁸, ricavabile dalla disciplina generale del contratto, in particolare dagli artt. 1325, 1326 e 1376 c.c.. In ragione di ciò parte della dottrina ha qualificato i contratti reali come “*anomalie giuridiche*”³²⁹.

³²⁷ La fase genetica degli stessi è articolata in due momenti fondamentali: l'accordo delle parti e la *traditio*. Si vedano *ex multis* in dottrina: MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in CICU F.-MESSINEO F. (diretto da), *Tratt. dir. civ e comm.*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 394; OSTI G., voce *Contratto*, in *Nov. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 483; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, CEDAM, 1999. P. 273.

Nel contratto reale la consegna non é *solvendi causa*, ma *contrahendi causa*, cfr. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 105 e ciò lo si deduce dalla diversa formula con cui viene introdotto l'atto di consegna nella formulazione letterale dei principali contratti appartenenti a tale categoria (il comodato, il deposito, il mutuo, il riporto, il sequestro convenzionale ecc...). Al contrario del contratto di vendita, la parte non si obbliga a dare o fare qualcosa.

In giurisprudenza: “*ci sono alcuni contratti speciali, per i quali il consenso, pur sempre necessario, non basta, nel senso che il contratto è perfetto soltanto con la consegna della cosa, con la tradizione alla controparte dell'oggetto del contratto (ad esempio: comodato (art. 1803 c.c.), mutuo (art. 1813 c.c.), deposito (1766 c.c.), pegno (2784 c.c.), riporto (1548 c.c.), trasporto (art. 1678 c.c.), etc). Prima della consegna non c'è contratto, ma c'è uno degli elementi della fattispecie complessa (consenso + traditio) di cui è formato il contratto reale. Pertanto la consegna non è effetto obbligatorio del contratto, ma un elemento costitutivo dello stesso*”, cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 21 giugno 2005, n. 13294 in *Mass. Giur. It.*, 2005; *Corriere Giur.*, 2005, 12, p. 1688 nota di TRAVAGLINO; in *CED Cassazione*, 2005; *Contratti*, 2006, 6, p. 565 nota di CAPILLI; *Corriere del Merito*, 2013, 5, p. 509.

³²⁸ Cfr. CENNI D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, CEDAM, 1998, p. 3.

³²⁹ Si esprime in questi termini SACCO R. in *Il contratto*, Milano, UTET, 2016, p.888: “*la disapplicazione della regola dell'autonomia appare uno scandalo*”. La categoria dei contratti reali si spiegava bene nel diritto romano in cui il contratto vincolanti attraverso il mero accordo tra le parti erano tassativamente previsti.

Il fatto che il semplice accordo non sia sufficiente a creare il vincolo giuridico, inoltre, ha delle pesanti ripercussioni in ordine alla possibilità di dedurre (all'intero degli stessi) beni che non sono ancora venuti ad esistenza.

Se la consegna è un elemento che si inserisce nella fase genetica del contratto sembra logicamente impossibile il binomio futurità e realtà³³⁰. Tuttavia tale prima immediata considerazione deve essere oggetto di una più approfondita analisi poiché, in realtà, sia la dottrina che il legislatore hanno assunto un atteggiamento di apertura alla combinazione di questi due elementi all'apparenza inconciliabili.

Nei capitoli precedenti si è analizzato il modo in cui la previsione di un oggetto futuro all'interno del regolamento incida (non tanto sulla struttura, ma) sugli effetti del contratto. Questi ultimi, infatti, subiscono degli adattamenti al fine di realizzare il peculiare assetto di interessi voluto dalle parti: quelli reali sono sospesi e ne sorgono di nuovi di natura obbligatoria.

Ma l'autonomia contrattuale può incidere anche sulla fase perfezionativa per renderla più confacente alle specifiche esigenze del caso? Uno dei banchi di prova più complessi è sicuramente il contratto reale. È ancora aperto e privo di una soluzione univoca il dibattito sulla ammissibilità nel nostro ordinamento di versioni consensuali di fattispecie tipiche reali (o addirittura di versioni reali di contratti consensuali).

Per giustificare l'ammissibilità e fare in modo che tali figure negoziali (come il nuovo pegno non possessorio su beni futuri) non siano considerati dei *monstra* di creazione legislativa di incerta collocazione dogmatica, è necessario sviluppare un ragionamento per gradi, partendo dall'analisi della struttura giuridica dei contratti reali e il ruolo della consegna all'interno degli stessi.

Quest'ultima, infatti, può rivestire diverse funzioni a seconda della fattispecie negoziale di riferimento. In particolare:

- a) consentire l'immediata attuazione di un effetto che - non rientrando tra quelli *ex art. 1376 c.c.* - non può aversi attraverso il solo consenso (es. nel comodato, nel mutuo o nel riporto);
- b) rendere immediatamente operante per il destinatario e sicura per i terzi una situazione creatasi attraverso una prima manifestazione di consenso (es. nel pegno, nella donazione di modico valore, nel contratto estimatorio);
- c) soddisfare l'interesse del *tradens* (nel deposito)³³¹.

³³⁰ Il problema della realtà investe prima di tutto la fase genetica del contratto, la sua formazione. Pertanto va tenuto distinto da quello relativo alle deroghe al principio consensualistico, che invece concerne la produzione degli effetti di un contratto che può considerarsi già concluso.

³³¹ Secondo NATOLI U., *I contratti reali*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 81 ss.: la consegna non provoca necessariamente un'obbligazione di restituzione. Quindi non è corretta l'identificazione dei contratti reali con i contratti restitutori. Ciò vale nel caso di comodato, deposito o sequestro convenzionale. Nel pegno, invece, colui che lo ha costituito non può esigerne la restituzione se non ha rimborsato anche le spese relative al pegno (art. 2794 c.c.). In caso di mutuo non si deve restituire quanto ricevuto, ma in realtà trasferire beni della stessa specie e qualità (art. 1814 c.c.). La restituzione nell'ipotesi di contratto estimatorio, infine, è solo una *facultas solutionis* (la parte si obbliga al pagare il prezzo delle cose consegnate o a restituirle nel termine stabilito, art. 1556).

2. Natura giuridica

Una previa riflessione sulla natura giuridica del contratto reale è fondamentale poiché le soluzioni prospettate saranno la base da cui partire per la costruzione della corrispondente fattispecie ad oggetto futuro.

Va premesso che è discussa in dottrina l'esistenza di un fondamento giuridico della realtà all'interno della parte generale del codice.

Alcuni autori hanno ritenuto che possa rinvenirsi nell' art. 1327 c.c.: anche in caso di esecuzione prima della consegna, infatti, la fattispecie contrattuale si perfeziona solo in conseguenza di un comportamento materiale atto a realizzare l'assetto di interessi dedotto nel negozio³³². Tuttavia la *ratio* della previsione di tale particolare forma di conclusione dell'accordo non è assimilabile a quella che ispira quella dei contratti reali³³³. In questo caso c'è un oblatore che ancora non ha ricevuto notizia dell'accettazione dell'altra parte e comunque inizia l'adempimento, ingerendosi nella sfera giuridica del proponente. Il fine del legislatore è quindi quello di obbligare il primo a portare a termine quanti iniziato e garantire al proponente la possibilità di usufruire di tutte le tutele previste in materia contrattuale. Non è quindi assimilabile alla funzione che riveste l'atto di consegna in caso di contratti reali.

In realtà non può dirsi sempre indispensabile trovare il fondamento di questi ultimi nella prima parte del libro IV. La dottrina ha da tempo evidenziato che la parte generale del codice non ha più quel ruolo di centralità: non esiste più una disciplina unitaria di un modello unico. È in atto un fenomeno centrifugo (si pensi alla forbice che si sta riaprendo tra contratti comuni e quelli tra imprese, quelli con i consumatori e a tutte le nuove figure negoziali). Quelle che prima potevano essere etichettate come eccezioni alla parte generale, oggi sono qualificabili come microsistemi³³⁴.

Secondo altra dottrina la consegna nel pegno servirebbe quale elemento di pubblicità; nel mutuo e nel riporto permette di trasferire immediatamente la proprietà di certi beni fungibili senza bisogno di aspettare l'individuazione, nel deposito tutela il *tradens* facendo sorgere subito gli obblighi di custodia, cfr. ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 131. Inoltre quest'ultimo fa una differenziazione: nel contratto di donazione surroga la forma scritta; in quelli gratuiti integra la causa e in quelli ad effetti reali fonda la produzione dell'effetto reale

³³² Particolarmente accurata è la ricostruzione di CENNI D., *op. cit.*, p. 27.

³³³ Sono state prospettate diverse ricostruzioni in ordine alla struttura dell'art. 1327 c.c.. Secondo una parte della dottrina, la conclusione mediante esecuzione risulta essere un comportamento concludente, pertanto rimane inalterato lo schema proposta e accettazione cfr. sul punto MEMMO D., *Il consenso contrattuale: le nuove tecniche di contrattazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl.*, diretto da GALGANO F., Padova, CEDAM, 2007, p.95. Altra dottrina, invece, parla di comportamento legalmente tipizzato: manca l'accordo (perché non c'è una manifestazione di volontà in tal senso), ma comunque c'è la bilateralità. Infine vi è chi - a dispetto del *nomen iuris* - l'ha qualificata come fattispecie unilaterale, cfr. GAZZONI F., *cit.*, p. 864.

³³⁴ La conseguenza principale di tale ricostruzione è rinvenibile nella circostanza che è possibile l'applicazione analogica delle stesse. Il fatto che il legislatore prescriva in linea generale un determinato principio o regola, non vuol dire che necessariamente le singole ipotesi negoziali non possano discostarsene o rappresentino per forza delle eccezioni, cfr. DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 327 ss.

La natura giuridica va, quindi, ricostruita attraverso il confronto tra le figure tipiche in cui la consegna è *contrahendi causa*, ossia: quella mutuata dalla tradizione romanistica del comodato (art. 1803 c.c.), del mutuo (art. 1813 c.c.), del deposito (art. 1766 e 1783 c.c.) e del pegno (art. 2786 c.c.), nonché quelle emerse dopo della donazione di modico valore (art. 783 c.c.), del riporto (art. 1549 c.c.), del sequestro convenzionale (art. 1798 e 1800 c.c.), del contratto estimatorio (art. 1566 c.c.) e del trasporto ferroviario di cose (art. 38 l. 13 maggio 1940, n. 674)³³⁵.

Sono state elaborate nel tempo diverse teorie in relazione alla struttura degli stessi³³⁶, le quali divergono l'un l'altra a seconda del ruolo che viene assegnato alla consegna all'interno dell'operazione negoziale:

a) Fattispecie a formazione progressiva:

La dottrina si è da lungo tempo interessata in ordine alla classificazione e al ruolo di alcuni elementi rispetto alla formazione del rapporto giuridico, tra i quali la consegna. In particolare, la distinzione

³³⁵ Sulla realtà di alcuni negozi non vi è comunque concordia tra gli autori. In dottrina: MESSINEO F., *op. cit.*, p. 395.

³³⁶ Si deve dare atto che in realtà è stata avanzata l'ipotesi della inesistenza di tale categoria. Autorevole dottrina ha sostenuto che la consegna rilevi nella fase esecutiva del negozio (e sarebbe dimostrato dagli artt. 1812 e 1821 c.c. i quali – nel prevedere la responsabilità per i vizi della cosa – presuppongono l'esistenza di un'obbligazione di consegna di un bene qualitativamente idoneo allo scopo), cfr. DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 350. Altri autori, invece, hanno qualificato la responsabilità per i vizi a carico del comodante e del mutuante come precontrattuale, cfr. anche CENNI D., *op. cit.*, p. 32.

In realtà la Relazione di accompagnamento al codice ha dato atto che nel nostro ordinamento la categoria dei contratti reali esiste ed è giustificata da una consapevole ponderazione degli interessi coinvolti. L'azione di cui agli artt. 1812 e 1821 c.c. deriva sicuramente dalla consegna, ma non presuppone necessariamente che la stessa sia anche oggetto di obbligazione. Può anche derivare da un comportamento coincidente con la stessa conclusione del contratto, così come nel caso delle garanzie per i vizi *ex artt.* 1490 e 1578, cfr. MASTROPAOLO F., *I contratti reali*, in SACCO R. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, UTET, 1999, p. 20.

Vi è stata anche una tendenza dottrinale incline a qualificare la consegna come fatto fonte dell'obbligazione restitutoria allo stesso modo in cui lo è il pagamento di un indebito (quindi è una fonte, ma non contrattuale). Ad esempio a base del mutuo vi sarebbe un pagamento di indebito voluto (così come in caso di comodato o deposito), cfr. BERLIRI L. V., *Appunti sui contratti reali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1932, p. 169. D'altronde la giurisprudenza ammette la compatibilità tra l'indebito e l'attribuzione volontaria: la proponibilità dell'azione di ripetizione d'indebito oggettivo non è esclusa né dall'aver il *solvens* effettuato il pagamento non già nell'erronea consapevolezza dell'esistenza dell'obbligazione, ma, al contrario, nella convinzione di non essere debitore (e quindi senza l'*animus solvendi*) né quando tale convinzione sia stata enunciata in una espressa riserva formulata in sede di pagamento effettuato al solo scopo di evitare l'applicazione di eventuali sanzioni (giacché l'errore scusabile del *solvens* è richiesto dalla legge come condizione della ripetibilità esclusivamente con riguardo all'indebito soggettivo *ex persona debitoris*). Solo in quest'ultima ipotesi ricorre l'esigenza di tutelare l'affidamento dell'*accipiens*, il quale riceve ciò che gli spetta sia pure da persona diversa dal vero debitore. Nel primo caso (cui va assimilato l'indebito soggettivo *ex persona creditoris*) non vi è alcun affidamento da tutelare, in quanto l'*accipiens* non ha alcun diritto di conseguire, né dal *solvens* né da altri, la prestazione ricevuta, cfr. Cass., 11 marzo 1987, n. 2525, in *Mass. Giur. It.*, 1987. Il contratto, in questo caso, svolgerebbe al massimo un ruolo di regolazione, ma subalterno rispetto alla consegna che è la fonte dell'obbligazione restitutoria. Tuttavia tale ricostruzione, tendente a "decontrattualizzare" il contratto reale, è influenzata dal diritto romano: le *Institutiones* di Gaio ricollegavano l'obbligazione del contratto di mutuo alla stessa *datio rerum*, a sua volta ricompresa tra quelle *re contractae* come quella derivante dal pagamento indebito. Gaio stesso, però, distingueva il mutuo (un contratto) dalla *solutio* indebiti, cfr. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 9.

che rileva ai fini della presente indagine, è quella tra elementi necessari per la nascita del negozio e quelli incidenti su di un rapporto già sorto e che ne sospendono alcuni effetti.

Secondo autorevoli autori nei contratti reali la *traditio* sarebbe un elemento che incide sul momento perfezionativo. Pertanto, fino a quando il bene non viene consegnato, il negozio è improduttivo di qualsiasi effetto³³⁷.

Secondo un altro orientamento, invece, il rapporto fondamentale sorgerebbe già a partire dal momento dell'accordo. Si tratta, infatti, di una fattispecie a formazione progressiva da cui nascono alcuni effetti cd "preliminari", tra i quali l'obbligo di consegnare il bene. Con la *traditio*, poi, si produrrebbero tutti gli altri: *in primis* (eventualmente) quello reale, l'estinzione dell'obbligo di consegna e la nascita di quello di restituzione³³⁸.

Nonostante vi sia già un rapporto definitivo, il risarcimento del danno in caso di inadempimento è, tuttavia, limitato al solo interesse negativo³³⁹.

È evidente allora la contraddizione in termini in cui cade questa teoria: se la consegna è un atto giuridico che va ad incidere su un rapporto fondamentale già conclusosi la responsabilità che sorge in caso di inadempimento è quella *ex art.* 1218 cc.

b) Contratto (sospensivamente) condizionato:

Secondo tale ricostruzione il negozio sarebbe perfetto sin dal momento dell'incontro della volontà delle due parti, tuttavia gli effetti rimarrebbero sospesi fino alla consegna del bene³⁴⁰. La *traditio*, in questo caso, non sarebbe né un elemento necessario ai fini del perfezionamento del negozio, né oggetto di obbligazione.

Sono state sollevate, tuttavia, diverse obiezioni. Innanzitutto la consegna difetta del carattere dell'estrinsecità: non si tratta di un evento esterno ed estraneo rispetto agli interessi perseguiti e soddisfatti dal programma negoziale³⁴¹. Inoltre generalmente la consegna è animata dalla spontaneità

³³⁷ Si veda: MESSINEO F., *op. cit.*, p. 394.

³³⁸ Cfr. RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 52.

³³⁹ In dottrina, RUBINO L., *La responsabilità patrimoniale*, Torino, UTET, 1952, p. 228.

³⁴⁰ Cfr. MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, IV, 2, Torino, UTET, 1987, p. 43. Secondo altra dottrina bisogna distinguere. Vi sono alcuni contratti reali la cui struttura può dirsi unitaria (mutuo, deposito, comodato...) e dunque la consegna è uno degli elementi necessari per il perfezionamento della fattispecie. Nel pegno e nel riporto, invece, il contratto sarebbe di per sé sufficiente a giustificare la rilevanza giuridica, tuttavia il legislatore – per esigenze non logiche, ma di ordine pubblico – ha imposto un ulteriore evento (che si pone come *condicio iuris*), cfr. CORRADO R., *I contratti di borsa*, Torino, UTET, 1960, p. 317.

³⁴¹ L'evento dedotto in condizione - a rigor di logica - dovrebbe essere diverso (e spesso incompatibile) con quello interno per il cui soddisfacimento la parte utilizza quel particolare negozio.

di chi la compie, pertanto se si dovesse mantenere inalterato tale carattere, la condizione diventerebbe meramente potestativa e sarebbe nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c.³⁴².

c) Contratto in cui la consegna è qualificabile come concausa di efficacia:

Secondo i sostenitori di quest'ultima ricostruzione l'accordo è sufficiente ai fini della conclusione del contratto e serve a regolare il rapporto giuridico che verrà ad esistenza (alla stregua di un contratto normativo). Gli effetti, invece, si produrranno solo allorquando avverrà la consegna. In questo modo, non si snaturerebbe in alcun modo il carattere della spontaneità della consegna né si creerebbe una legittima aspettativa a che la stessa venga eseguita. In poche parole l'elemento della consegna è estraneo alla fattispecie costitutiva, ma con essa si combina per raggiungere gli effetti³⁴³.

Si è rilevato in chiave critica che tale ultima tesi muove dal presupposto di dover necessariamente adattare la categoria dei contratti reali al principio della sufficienza dell'accordo. Accordo e consegna, infatti, non sono posti sullo stesso piano. Non si tratta di un negozio condizionato, poiché l'evento consegna non è futuro e incerto. Tuttavia c'è una forte somiglianza con tale categoria. Dato però che la consegna rimane un atto spontaneo, il contratto rimane sospeso alla pura volontà di una parte (senza essere soggetto alla nullità *ex art. 1355 c.c.*)³⁴⁴.

È stato osservato, infine, che se la consegna è un atto non negoziale, non si spiega come faccia ad essere considerata la fonte di un rapporto giuridico che invece ha natura negoziale tra le parti³⁴⁵.

d) Accordo e consegna come elementi costitutivi del contratto reale:

La teoria preferibile è quella tradizionale, la quale qualifica la consegna come elemento costitutivo dell'accordo³⁴⁶.

³⁴² Si consulti sul punto: CENNI D., *op. cit.*, p. 42

³⁴³ La differenza rispetto a quelli condizionati sta nel fatto che “*nei contratti reali è lo stesso contenuto, cioè lo stesso regolamento contrattuale, a presupporre una situazione giuridica che, in concreto, può non esistere*”, cfr. DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Torino, Giuffrè, 1989, p. 87.

³⁴⁴ L'aspetto vincolante si riduce alla mera irrevocabilità unilaterale del negozio, cfr. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 39.

³⁴⁵ Cfr. CENNI D., *op. cit.*, p.49: non è sufficiente l'affermazione che è il contratto normativo alla base che conferisce negozialità anche al rapporto che sorge con la consegna. Solo se si considera quest'ultima come elemento costitutivo del contratto si può affermare detta negozialità del rapporto.

³⁴⁶ Si possono citare *ex multis*: SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321 – 1352*, in SCIALOJA A./BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1970, p. 106; FRAGALI M., *Del comodato, Del mutuo*, in SCIALOJA A. -BRANCA G., *Comm. cod. civ.*, Bologna, Zanichelli, 1953, p. 245; MESSINEO F., *op. cit.*, p. 394; NATOLI U., *op. cit.*, p. 15; CORRADO R., *I contratti di borsa*, Torino, UTET, 1960, p. 317; GAZZONI F., *cit.*, p. 666; LUCCHINI GUASTALLA E., *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 88.

È stato chiarito che il fatto che la consegna sia inquadrata come elemento attraverso il quale si perfeziona il contratto e non come obbligazione non esclude la qualificazione dell'operazione negoziale come contratto a prestazioni corrispettive laddove si riscontri una prestazione sinallagmatica rispetto alla prima. Di conseguenza sarà ad essi applicabile la disciplina sulla risoluzione, cfr. DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 49

Una volta chiarito che l'atto di consegna va spostato nella fase genetica e non in quella esecutiva rimane da chiedersi quale sia l'esatto inquadramento dogmatico della *traditio*³⁴⁷: quale sia il rapporto con gli altri elementi costitutivi. Si tratta di un elemento riconducibile a uno di quelli espressamente previsti dall'art. 1325 c.c. o un *quid pluris* che va creare una fattispecie la cui modalità di perfezionamento risulta complessa (requisiti essenziali del contratto + consegna)?

La risposta a tale interrogativo risulta fondamentale ai fini del dibattito in ordine al ruolo dell'autonomia negoziale nella creazione di varianti atipiche e sugli effetti che possono prodursi a seguito del mero accordo prima che intervenga la consegna.

Il primo punto da chiarire è la qualificazione della consegna come elemento esterno o interno all'accordo stesso.

I requisiti "interni" in senso lato sono: l'accordo delle parti, l'oggetto, la causa e la forma (e sicuramente la consegna non può identificarsi con i primi due).

Rispetto alla causa, parte della dottrina ha sostenuto che la *traditio* sia un elemento che possa integrarla e sorreggerla allorquando la stessa sia considerata "debole" (come nei contratti gratuiti³⁴⁸). Tuttavia tale teoria vale solo per una particolare tipologia negoziale e lascia scoperti numerosi contratti (il mutuo, il pegno, il riporto).

Più complesso ed articolato è invece il dibattito in merito all'inclusione della consegna tra le modalità attraverso le quali può manifestarsi la volontà negoziale (e quindi con riferimento alla forma).

La consegna - tanto quanto la forma scritta - sarebbe il veicolo attraverso il quale le parti mostrano all'esterno la volontà di impegnarsi: la speciale forma dei contratti reali³⁴⁹. In questo modo la struttura

³⁴⁷ Il legislatore non ha definito la consegna all'interno del codice, né ne ha indicato le caratteristiche fondamentali. Talvolta ha semplicemente previsto modalità specifiche ed esterne come il modo, il tempo e il luogo, ma che in realtà attengono più che altro all'adempimento. Ciò che la dottrina ha da sempre affermato è che la stessa implichi un comportamento cosciente e volontario del *tradens* idoneo a fargli perdere la disponibilità del bene. Vi sono, tuttavia, tesi discordanti in ordine alla necessità o meno - ai fini della realizzazione della stessa - del comportamento dell'*accipiens*. Secondo alcuni basterebbe il comportamento del *tradens*, secondo altri serve l'effettivo conseguimento del bene, ma si potrebbe prescindere dalla circostanza che tale risultato sia stato raggiunto con o senza la collaborazione del secondo. Altri ancora, invece, ritiene serva l'impossessamento da parte del creditore. Comunque sia, la consegna ha struttura bilaterale e ciò emerge dalla disciplina della mora del creditore (non basta solo l'offerta formale, ma serve anche il deposito). Secondo FORCHIELLI, dato che si ricorre all'offerta formale+deposito in caso di mancata accettazione da parte dell'*accipiens*, significa che per il perfezionamento della consegna serve la cooperazione da parte di entrambe le parti. Anche il comportamento di ricezione dell'*accipiens* deve essere cosciente e volontario (ha una struttura soggettivamente complessa). Quanto affermato vale altresì nel caso in cui la consegna faccia parte degli elementi che concorrono al perfezionamento della fattispecie. Per quanto riguarda, invece, l'elemento oggettivo (il potere di fatto sulla cosa) se la relazione con la cosa ha natura possessoria, rimarrebbero fuori tutti i casi in cui l'*accipiens* ha un diritto meramente personale. Mentre se ha natura detentiva, non sarebbero comprese le ipotesi di *traditio brevi manu* e di *constitutio possessoria*. Pertanto il dato comune ad ogni tipo di consegna è indifferentemente e alternativamente rappresentato dal realizzarsi della detenzione oppure del possesso, diretto o mediato, cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, pp. 41 e ss.

³⁴⁸ La consegna rassicurerebbe le parti in ordine alla serietà dell'impegno preso (come nel caso del comodato), cfr. ROPPO V., *op. cit.*, p. 130.

³⁴⁹ Cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 95 ss: l'autore analizza anzitutto i casi di contratto reale cd "tacito" in cui la *traditio* rappresenta il veicolo esclusivo della volontà contrattuale (come il caso in cui si consegna la bicicletta al depositario). In questi casi ha una duplice funzione: la realizzazione del potere di fatto (diretta e tipica) e la manifestazione implicita della volontà contrattuale (indiretta e occasionale). A tali conclusioni si può arrivare altresì anche qualora venisse stipulato un

del negozio si concilierebbe, altresì, con la regola della consensualità. Tuttavia è stato rilevato come la *ratio* del requisito della forma scritta sia in realtà quello di richiamare l'attenzione dello stipulante sulle conseguenze dell'impegno che si assume. La consegna, invece, come si vedrà a breve, non svolge tale funzione. Pertanto summenzionata equiparazione non può considerarsi dogmaticamente corretta. Sicuramente quest'ultima in qualche modo incide sulla manifestazione esteriore del contratto, ma non può definirsi un requisito di forma così come inteso dal legislatore³⁵⁰. Anche la sanzione è diversa: se manca la forma scritta *ad substantiam* il contratto è nullo, se manca la *traditio* è semplicemente non concluso³⁵¹.

Di conseguenza non rimarrebbe che qualificarla come elemento esterno, come un *quid pluris* staccato ed autonomo rispetto all'accordo delle parti.

In realtà non può considerarsi del tutto convincente neppure tale considerazione. La consegna è, infatti, un atto di volontà a struttura bilaterale³⁵² e del tutto spontaneo. Le parti, senza che esista alcun vincolo in tal senso, dispongono della propria sfera giuridica attraverso quel comportamento, consapevoli degli effetti giuridici che ad esso conseguono. Se non ci fosse la volontà a sorreggere la consegna si tratterebbe di un atto neutro e indebito (il bene andrebbe restituito al *tradens*)³⁵³. Una simile lettura porta alla constatazione che quindi la *traditio* sia in qualche modo impregnata dal consenso delle parti. Non può essere un mero elemento esterno.

È un atto di rinnovazione (se avviene in un momento successivo) del consenso racchiuso nell'accordo. Ha una natura duplice: atto di manifestazione dell'intento negoziale e allo stesso tempo parziale

contratto reale esplicito, ossia allorché oltre la consegna vi sia una espressa manifestazione di volontà. Sembrerebbe a primo impatto che le due situazioni non siano assimilabili. In realtà così non è perché in questo caso la consegna è il comportamento in grado di esprimere la volontà impegnativa (la sua forma essenziale). Essa, infatti, normalmente è un atto incolore. Nell'ipotesi di contratto reale esplicito, invece, l'accordo serve quale elemento integrativo e interpretativo del contenuto negoziale (a meno che non sia già di per sé inequivocabilmente rivestito di un carattere impegnativo). Pertanto ove le manifestazioni di volontà siano funzionalmente e strutturalmente connesse al comportamento consegna devono ritenersi parte integrante della forma del contratto.

³⁵⁰ In dottrina: DI GRAVIO V., *op. cit.*, p. 9. (nota 36) e CENNI D., *op. cit.*, p. 61.

³⁵¹ La consegna non ha la funzione solitamente attribuita alla forma di elemento per la validità del negozio (come un qualcosa che conferisce certezza, univocità, serietà e mezzo per indurre le parti ad una maggiore riflessione circa le conseguenze sociali dell'atto stesso) e non è l'unico indice di serietà e univocità del volere nei contratti reali, ma un semplice elemento caratterizzante il tipo legale, cfr. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 56.

³⁵² Parte della dottrina ritiene che la *traditio* sia un atto bilaterale sia quando la stessa è collocata nella fase genetica del rapporto, sia quando faccia parte di quella esecutiva. In quest'ultimo caso si pensi alla disciplina della *mora credendi*: non basta l'offerta da parte del debitore della propria prestazione, ma serve anche il deposito affinché possa considerarsi liberato. Nella fase genetica, invece, la consegna è il mezzo attraverso il quale viene traslato il godimento della cosa. Serve la collaborazione dell'*accipiens* a tale fine (ed è la sua buona fede che rileva ai fini della valutazione degli stati soggettivi), cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 68.

³⁵³ La consegna sia nei casi in cui è oggetto di obbligazione (perché non è la stessa ad assumere rilevanza diretta e autonoma, ma l'adempimento), sia nel caso in cui serva a perfezionare la fattispecie (è quella unitaria, insieme al consenso, ad essere rilevante) è un fenomeno neutro. Si tratta di un atto che postula la volontà e coscienza del comportamento (non un mero fatto), ma giuridicamente irrilevante se isolatamente considerata (l'ordinamento non le ricollega di per sé alcun effetto), cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 82.

attuazione dello stesso³⁵⁴. Accordo e consegna “*non sono due unità logiche da collocarsi l’una accanto all’altra, ma due facce dello stesso prisma*”³⁵⁵. Quindi più che di “contratto + consegna” si deve parlare di “consenso mediante consegna”.

La naturale conseguenza dell’adesione a tale teoria è che prima della consegna il mero accordo delle parti non produce alcun effetto, neanche quello dell’irretrattabilità³⁵⁶.

Trattandosi di un elemento che fa parte del momento perfezionativo del contratto (della sua struttura) non sono ad essa applicabili, neanche per via analogica, tutte quelle norme del codice che si riferiscono alla stessa in fase di esecuzione del contratto: ad esempio l’art. 1181 (non si può ammettere la sufficienza di una consegna parziale o ripartita, salvo diversa volontà delle parti); né l’art. 1182, comma 2, in relazione al luogo dove debba essere fatta; o ottenere completamento della consegna *ex art. 2930 c.c.*.

3. Contratti reali e oggetto futuro

A questo punto non rimane che esaminare la compatibilità tra realtà e futurità e la struttura che il negozio va ad assumere in tale eventualità.

Se il bene che si vuole dedurre in contratto non è ancora venuto ad esistenza, ma le parti vogliono comunque dare una rilevanza giuridica all’accordo è di tutta evidenza che il negozio non possa che avere natura consensuale (a meno che non si individuino dei comportamenti diversi dalla consegna e idonei a integrare il requisito della realtà).

Le questioni fondamentali alle quali occorre dare una risposta sono sostanzialmente due: possono le parti stipulare una variante consensuale o atipica di un contratto reale oppure un contratto preliminare di un contratto reale?

Il discorso in merito all’ampiezza del margine di autonomia lasciato alle parti non può che partire dal previo inquadramento del rapporto che intercorre tra consensualità e realtà e dalla natura (imperativa o meno) delle norme che prevedono tale alternativo meccanismo di perfezionamento del negozio.

Posto che la regola è che i contratti si perfezionano solo con l’accordo (e ciò si ricava dagli artt. 1326 e 1376 c.c.), la dottrina si è chiesta se il meccanismo di formazione dei contratti reali sia qualificabile come eccezione o sia, invece, semplicemente speciale e alternativo³⁵⁷.

³⁵⁴ La realizzazione in caso di contratti reali è solo parziale. Non può pertanto essere assimilata alla categoria dei negozi di attuazione, attraverso i quali il soggetto realizza interamente la sua volontà senza relazionarsi con gli altri (si appropria della prestazione).

³⁵⁵ Cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 106.

³⁵⁶ Anche laddove sia raggiunto un accordo perfetto, la fase è assimilata a quella delle trattative pertanto si profila eventualmente solo una responsabilità *ex art. 1337 c.c.*, cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 90.

³⁵⁷ Non regola-eccezione, ma generale-speciale. Secondo autorevole dottrina i contratti reali si contrappongono tradizionalmente a quelli consensuali come categoria a sé stante, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 104.

Nel primo caso, infatti, non sarebbe possibile l'applicazione analogica delle le norme che disciplinano gli stessi in caso di lacune e si restringerebbe l'ambito lasciato all'autonomia privata.

Per questo la struttura dei contratti reali è stata qualificata come una sorta di micro-sistema, la cui particolarità è rappresentata dal meccanismo alternativo di formazione del contratto³⁵⁸, così come lo è anche l'art. 1327 c.c.. In questo modo le parti possono scegliere quale utilizzare a seconda degli interessi che intendono regolare.

3.1. Forme consensuali di contratti reali

Quando si parla di forme consensuali di contratti reali e dello spazio lasciato all'autonomia contrattuale è opportuno innanzitutto chiarire la differenza che intercorre tra contratto atipico e la semplice variante consensuale del contratto reale.

Si ha un contratto atipico laddove le parti si avvalgano del potere di autonomia negoziale riconosciuto loro dall'ordinamento per creare una nuova tipologia contrattuale, la quale dovrà però passare il vaglio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. e la cui disciplina può variare rispetto a quella tipica.

La variante consensuale, invece, è una semplice deroga che non altera la funzione, la disciplina e la *ratio* di quella tipica. Ne modifica semplicemente un aspetto, così come previsto dal primo comma dell'art. 1322 c.c. (sempre se derogabile). In questo caso non serve nessun controllo da parte del giudice e la disciplina applicabile sarà quella ordinaria.

Nella prima ipotesi la valutazione in ordine alla meritevolezza va fatta dal giudice caso per caso, mentre la seconda può essere fatta *una tantum*³⁵⁹.

La non previsione della consegna nella fase di conclusione del negozio fa ricadere il contratto all'interno del primo o del secondo comma dell'art. 1322 c.c.³⁶⁰? Occorre tenere presente che la prassi negoziale e la legislazione conoscono sia casi in cui l'atipicità o la variante è caratterizzata dal mero spostamento dell'elemento della consegna dalla fase genetica a quella esecutiva, sia ipotesi in cui la trasformazione in contratto consensuale consegue alla totale eliminazione dell'elemento consegna dal regolamento contrattuale (si pensi alle nuove ipotesi di pegno non possessorio)³⁶¹.

³⁵⁸ Cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 105.

³⁵⁹ Si veda: CENNI D., *op. cit.*, p. 255.

³⁶⁰ L'alternativa non è facile perché “*non ci sono criteri univoci che permettano di stabilire quando le libere determinazioni delle parti restano nell'orbita di un contratto tipico e quando diventano tali da rappresentare un punto di fuga tangenziale che sposta in concreto il contratto tra quelli atipici*”, cfr. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 25.

³⁶¹ Questa seconda ipotesi, secondo i sostenitori del binomio consegna-*sostantialii*, darebbe vita ad un contratto consensuale atipico i cui effetti non potrebbero che essere diversi (e minori) da quelli del corrispondente contratto reale, cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 35. Anche aderendo alla teoria che qualifica la consegna come semplice elemento naturale si può comunque arrivare a immaginare varianti consensuali della consegna (visto che la determinazione del contenuto è lasciata alla libera determinazione delle parti *ex art.* 1322, comma 1, c.c.).

Si pone, quindi, per l'interprete un problema di "plasticità della natura contrattuale". A tal fine autorevole dottrina ha efficacemente distinto tra i *substantia* (la cui modifica riconduce al comma 2 dell'art. 1322 c.c.), i *natura* (1322, comma 1, c.c.) e gli *accidentalia negotii*: il contratto "appare con chiarezza una realtà con una ossatura imprescindibile e immodificabile a pena di annientarsi (la *substantia*), un rivestimento di carne attorno a queste ossa che ne costituisce l'aspetto normale e la regola ma che è suscettibile di modificazioni (la *natura*), un cumulo di circostanze estrinseche che quella realtà incontra nella sua vicenda ma che sono destinate ad incidere solo marginalmente e superficialmente lasciando intatta l'ontologia del contratto (gli *accidentalia*)"³⁶². *Substantia* e *natura* costituiscono realtà endo-strutturali del negozio e la distinzione tra i due "suona più estenuata e rarefatta, che può sembrar tutta cervellica"³⁶³, ma è estremamente importante per capire quando vada effettuato il vaglio di meritevolezza da parte del giudice.

La questione può essere correttamente qualificata, dunque, in questi termini: bisogna ricostruire l'essenza della previsione della realtà all'interno delle fattispecie contrattuali e capire se la stessa sia da qualificarsi come *substantialia*³⁶⁴ o come *naturalia negotii*.

Quando un determinato elemento va a comporre il tipo negoziale, qualsiasi sua deroga corrisponde ad una alterazione sostanziale del tipo che non si può raggiungere se non eventualmente attraverso un contratto atipico³⁶⁵. Se non lo è, invece, il discorso cambia e l'attenzione si sposta al carattere derogatorio o meno delle stesse.

³⁶² Cfr. GROSSI P., *Sulla "natura" del contratto*, in *Quaderni fiorentini*, 1986, 15, p. 604.

³⁶³ Sempre GROSSI P., *op. cit.*, p. 607: "con la tripartizione si è al cuore di una teoria generale del contratto, poiché con essa si tenta una costruzione della struttura intima del contratto, del contratto come sintesi e modello di ogni specifica fattispecie contrattuale: il nucleo più riposto, i *substantialia*; uno strato meno profondo ma sempre ben compenetrato nella struttura, i *naturalia*; una epidermide estrinseca e fuggevole, gli *accidentalia*. Con l'ulteriore orientamento consolidato che, mentre i primi non sono suscettibili di modificazione da parte della volontà dei contraenti a pena della nullità dell'atto o del transito da uno ad altro tipo contrattuale, i secondi possono – a certe condizioni ed entro certi limiti – essere consensualmente modificati".

³⁶⁴ Una parte della dottrina ritiene che nei contratti che si perfezionano con la consegna è logicamente inconcepibile che la *traditio* possa avere ad oggetto un bene che non è ancora venuto ad esistenza, cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *Diritto civile. 1.2: Fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1986,.

³⁶⁵ Per approfondimenti sul punto si veda DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, CEDAM, 1974. Lo stesso rileva - in ordine alla realtà - che sicuramente è criticabile l'idea di chi inquadra la stessa come dato qualificante di modo che le figure parallele consensuali non siano riconducibile alle ipotesi tipizzate. In realtà qualificarli come atipici non esclude l'applicazione della disciplina codicistica, dato che non ci sono norme che disciplinano la fase prima della *traditio* e dopo quest'ultima il contratto diventa reale (dello stesso avviso SACCO R. *Causa e consegna nella conclusione del mutuo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, p. 544). Non si esclude la qualificazione della realtà come elemento essenziale, ma deve essere fatta un'analisi caso per caso in relazione alla funzione che la stessa ha con riferimento al singolo negozio: essa sarebbe tale solo nei contratti reali gratuiti (p.108).

3.1.1. *Consegna come substantialia negotii*

La soluzione più volte sostenuta - sia in dottrina che in giurisprudenza - è stata quella dell'atipicità³⁶⁶. La logica premessa da cui parte l'orientamento *de quo* è quella della consegna come elemento essenziale del tipo contrattuale.

Lo spostamento della consegna dalla fase genetica a quella esecutiva, non modificherebbe i normali effetti del contratto, ma inciderebbe sulla loro sostanziale fisionomia³⁶⁷. L'art. 1322, comma 1, c.c. parla di libertà nella determinazione del "contenuto" del contratto e in questo caso ciò che viene sostanzialmente mutato non è quest'ultimo, bensì il momento perfezionativo³⁶⁸. Si va ad incidere sul ruolo e sulla funzione di un elemento strutturale-tipizzante. Le modalità di perfezionamento del contratto sono sì modificabili dall'autonomia contrattuale, ma nei limiti della sussistenza di un interesse meritevole di tutela³⁶⁹.

³⁶⁶ Dalle norme sul comodato, sul mutuo, sul deposito e sul pegno emerge che la consegna è un elemento essenziale, non naturale e disponibile. Le parti possono al massimo creare figure atipiche consensuali, a contenuto e funzioni corrispondenti e sempre che si perseguano interessi meritevoli di tutela, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 106, MESSINEO F., *op. cit.*, p. 403 e NATOLI U., *op. cit.*, p. 36. *Contra* CENNI D., *op. cit.*, p. 260: la via più semplice da percorrere è sicuramente quella dell'atipicità (che è stata infatti percorsa molte volte), dato che non presuppone alcuna analisi *funditus* della natura giuridica delle disposizioni relative alle modalità di perfezionamento del contratto. L'interprete non può sicuramente restare vincolato al dato letterale che prevede la consegna e ritenere per ciò solo che la versione consensuale debba essere per forza atipica.

³⁶⁷ Si veda: NATOLI U., *op. cit.*, p. 52: si è anche ipotizzato che la consegna sia l'elemento strutturale caratteristico del contratto reale che serve a renderne immediatamente operante la causa e alla quale, quindi, è strettamente connessa. Attraverso tale collegamento con l'elemento causale, secondo l'autore è possibile un sindacato da parte dell'*accipiens* in ordine ai vizi del bene che in qualche modo pregiudichino l'attitudine a realizzare gli interessi oggettivizzati nel regolamento.

³⁶⁸ In dottrina: SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 106; CORRADO R., *op. cit.*, p. 323; COVIELLO N., *Del contratto estimatorio*, in *Riv. it. sc. siur.*, 1893, p. 380; D'AMICO G., *La categoria dei cc.dd contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 350. NATOLI U., *op. cit.*; DIGRAVIO V., *op. cit.*, p. 15 ss. Dalla mancata coincidenza del fatto in concreto verificatosi con il modello normativo discende la non applicabilità della disciplina prevista da quella norma (non è corretto il ragionamento fondato sulla natura dispositiva o meno delle norme definitorie).

³⁶⁹ Nell'ottica del legislatore del codice era intesa come meritevolezza sociale (coerente con la teoria Bettiana della causa). Una tale concezione non era coerente con la Costituzione, la quale non consente di subordinare le forme di manifestazione dell'autonomia privata all'utilità sociale. Secondo una parte della dottrina la meritevolezza di tutela coincide con i limiti dell'ordine pubblico, del buon costume e della liceità (identificandosi con la causa, intesa come funzione economico-sociale), cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 345 ss; GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, 1954, p.199; GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 33; MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 217; SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, p. 571.

Anche in giurisprudenza si è fatta coincidere con quella di liceità della causa, cfr. Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Guida al Diritto*, 2004, 19, p. 54 ("possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ex art. 1322, comma 2, cc, tutti i contratti atipici non contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume"). Si è obiettato che in tal modo si priverebbe l'art. 1322, comma 2, c.c. di qualsiasi contenuto dal momento che i limiti di ordine pubblico, buon costume e liceità sono già posti dall'art. 1343 c.c.. Tuttavia - se così fosse - sarebbe comunque preferibile ad una norma che consentirebbe un controllo dirigistico e moralistico. Oggi esistono diverse e variegate tesi in relazione all'esatto significato della meritevolezza (che quindi, lungi dal coincidere con la liceità della causa, esprimerebbe un contenuto precettivo più ampio). Si deve dare atto che ultimamente la giurisprudenza ha utilizzato il criterio della meritevolezza per valutare il contenuto del contratto (la sua funzione e i suoi effetti) e come valvola di sicurezza per non ammettere contratti. La "meritevolezza" di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina) e deve investire non il contratto in sè, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, p. 603, 2° capoverso). Principio che, se pur anteriore alla

Non tutta la dottrina condivide, comunque, *in toto* questo assunto che riconosce comunque spazio all'autonomia negoziale. Secondo alcuni autori, infatti, la parti possono stipulare contratti atipici solo dei contratti reali onerosi.

La categoria di quelli gratuiti è più complessa ed è stato sostenuto che la corrispettiva forma consensuale sarebbe deficiente (il più delle volte) dal punto di vista causale, quindi la realtà rappresenterebbe l'unica modalità per dotare la fattispecie concreta di rilevanza giuridica³⁷⁰. Parte della dottrina ha precisato che i contratti reali sono in un certo senso liberali: generalmente il comodato, il deposito non sono sorretti da un interesse di tipi patrimoniale. Pertanto la loro causa presenta tutte le debolezze della donazione (e come supporto il legislatore invece che l'atto pubblico ha previsto la consegna). Questa fragilità causale se non accompagnata dalla *traditio* non produce alcun effetto³⁷¹.

Tuttavia deve darsi atto che in dottrina la valorizzazione di quegli interessi che le parti hanno oggettivamente dedotto nel contratto attraverso la teoria della causa in concreto ha permesso di dotare di rilevanza causale autonoma i negozi gratuiti (anche atipici). La nozione di gratuità infatti va distinta da quella di liberalità. Il negozio gratuito è sorretto da un interesse patrimoniale che può giustificare lo spostamento patrimoniale nonché l'intera operazione negoziale. Va valutato caso per caso se l'accordo che precede i contratti reali gratuiti rientri nell'ambito dei meri rapporti di cortesia (anche se è più probabile la variante atipica di quelli onerosi rispetto ad esempio ad un comodato).

Anche la Cassazione si è orientata nel senso di inquadrare la consegna come elemento essenziale (e non naturale). Non vi sarebbe alcun elemento nella disciplina di tale categoria contrattuale dal quale possa trarsi il convincimento che le disposizioni di legge che “*elevano la consegna della cosa [...] al rango di elemento perfezionativo del contratto*” abbia carattere suppletivo e possa essere quindi

promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, secondo comma, e 41, secondo comma. Affinchè, dunque, un patto atipico possa dirsi “immeritevole”, ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sè nullo ai sensi dell'art. 1418. L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero non *omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144). Sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, c.c. i contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: (a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sent. nn. 22950/15, *cit.*; 19559/15); (b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sent. nn. 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95); (c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sent. 14343/09), cfr. Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Quotidiano Giuridico*, 2017; *Contratti*, 2017, 4, 384 nota di CARNEVALI; *Danno e Resp.*, 2017, 4, 441 nota di PALMIERI, BARDONESI, *Corriere Giur.*, 2017, 10, 1191 nota di FACCI.

³⁷⁰ Cfr. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 51 e DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, CEDAM, 1974, p. 109 (la realtà è elemento essenziale nei contratti gratuiti in cui sopperisce la deficienza causale).

³⁷¹ “*Dazione e restituzione non costituiscono i termini di uno scambio (la consegna del depositante non è una prestazione perché non è operata nell'interesse del depositario; la dazione del comodante non trova la sua causa nella restituzione)*”, cfr. SACCO R., *op. cit.*, p. 893.

derogata dalle parti. È stato affermato che i contraenti, in virtù della facoltà loro attribuita dal secondo comma dell'art. 1322 c.c. possono scegliere strutture negoziali diverse da quelle previste dal legislatore e hanno il potere di determinare, entro i limiti posti dalla legge, il contenuto del contratto (anche eventualmente piegando gli schemi negoziali previsti alla realizzazione di finalità ulteriori rispetto a quelle che li caratterizzano). Tuttavia è a loro preclusa la possibilità di intervenire sulla disciplina dei requisiti di validità e di efficacia, in quanto la predeterminazione delle condizioni cui è subordinata la recezione nella sfera del diritto del regolamento da esse dato ai propri interessi è sottratta al loro potere dispositivo. Il fatto che l'art. 1322 c.c. preveda la possibilità di concludere contratti atipici non contrasta con quanto sopra, poiché la distinzione per tipi è fondata sull'elemento funzionale, vale a dire sul "risultato pratico che le parti intendono perseguire" e non concerne gli aspetti strutturali, la cui regolamentazione è riservata al legislatore rispetto agli stessi contratti atipici. Se ne desume che non può ammettersi che le parti, ove intendano concludere un contratto configurato dalla legge come contratto reale, abbiano la possibilità di optare per una sua versione "consensuale", che abbia effetti identici a quelli ricollegati dalla legge al contratto tipico. Ciò sarebbe possibile solo se la consegna della cosa, quale requisito di perfezionamento della fattispecie negoziale, avesse il rilievo di un *naturale* (e non di un essenziale) *negotii*.

Quindi *"anche a voler ammettere, in considerazione del principio stabilito dall'art. 1322, secondo comma, cc, la possibilità di versioni "consensuali" dei contratti "reali" specificamente disciplinati dal legislatore, deve riconoscersi che gli effetti del contratto "consensuale" non possono essere quelli del corrispondente contratto reale; anche perché la mancata consegna del bene al momento della conclusione del contratto fa sì che la realizzazione dell'interesse dell'accipiens non avvenga con il carattere di immediatezza proprio dei contratti reali, essendo subordinata all'adempimento della relativa obbligazione"*³⁷².

In caso contrario non si potrebbe distinguere tra l'accordo atipico e un accordo precedente che invece le parti vogliono che rimanga nell'ambito delle trattative contrattuali (tra contratto reale e consensuale atipico non dovrebbe esserci un rapporto di continenza, ma di incompatibilità³⁷³). Per tali ragioni l'ipotesi prevista dall'art. 1822 c.c. è stata spesso qualificata come preliminare di mutuo³⁷⁴.

³⁷² Cfr. Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Mass. Giur. It.*, 1998; *Banca, borsa e tit. credito*, 1998, II nota di AZZARO; *Giur. Comm.*, 1998, II nota di MANCINI; *Foro It.*, 1998, I; *Corriere Giur.*, 1998 nota di PORRARO; *Giust. Civ.*, 1998, I nota di MAIMERI. Si trattava in questo caso di un pegno ed è stato affermato, in particolare, che il sistema legislativo ammette per i diritti reali di garanzia modificazioni oggettive che non facciano venir meno l'identità del rapporto giuridico e che assicurino la tutela della situazione giuridica preesistente con una serie di disposizioni che, pur nella diversità delle ipotesi regolate, sono unite dal fatto di prendere in considerazione la cosa *"per la sua "componente di valore", in piena aderenza all'interesse del titolare del diritto che non è rivolto al bene nella sua "individualità", ma al suo valore economico"*.

³⁷³ Si veda MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 32.

³⁷⁴ *"La particolarità di tale ipotesi è anche quella che non è esperibile il rimedio ex art. 2932 cc, perché il giudice non può far sì che l'altra parte consegni la somma di denaro, può solo condannare (e non costituire gli effetti di un contratto*

Autorevole dottrina ha, invece, sostenuto che il fatto stesso che la consegna non funga più da elemento costitutivo significa che “*non si avrà la medesima figura*”³⁷⁵.

Nell’ambito, dunque, dell’orientamento che ammette la possibilità di stipulare contratti reali atipici si riscontrano diverse posizioni: da quelle che lasciano ampio margine di manovra alle parti a quelle che pongono dei limiti all’ambito applicativo (escludendo quelli gratuiti) o contenutistici (gli effetti del contratto tipico e quelli del contratto atipico debbano essere diversi)³⁷⁶.

3.1.2. *Consegna come naturalia negotii*

Secondo l’altro orientamento (prevalentemente dottrinale) la realtà non sarebbe un elemento tipizzante, ma un aspetto qualificabile come *naturalia*³⁷⁷. Il contratto non cambia sensibilmente a seconda che la consegna venga fatta prima o dopo: la circostanza puramente cronologica che determinati interessi trovino immediata soddisfazione al momento della conclusione o in fase di esecuzione non altera la tipologia contrattuale³⁷⁸. Il codice stesso predispone delle modalità alternative di perfezionamento del negozio, come ad esempio l’art. 1327 c.c..

D’altronde in altri Paesi i contratti reali sono stati ricondotti sotto lo schema di quelli consensuali³⁷⁹.

non concluso)”, cfr. CARPINO B., *La rescissione del contratto*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 54 e NATOLI U., *op. cit.*, p. 53.

³⁷⁵ “Sono due entità giuridicamente diverse; una di esse consentirà certi maggiori effetti immediati, mentre l’altra ne consentirà più limitati, restandone comunque esclusi quelli che la contestualità della consegna rende possibili nel primo caso (ad. esempio il dovere di custodia del depositario, il trasferimento della proprietà nel mutuo)”, MESSINEO F., *Il contratto in genere, cit.*, p. 402.

³⁷⁶ Cfr. NATOLI U. *op. cit.*, p. 32: le fattispecie atipiche per essere tali non possono essere identiche a quelle tipiche. Non potranno neanche essere soggette alla stessa regolamentazione prevista per quelle tipiche di riferimento (rimane comunque aperta la possibilità di applicare alcune norme in via analogica). Dello stesso avviso DI GRAVIO V., *op. cit.*, p. 20, il quale fa un discorso più generale e affronta il tema dal punto di vista del rapporto tra norma speciale e norma generale. Afferma, infatti, che “*verificatasi la fattispecie generale (cioè la consensuale), sarebbe superflua la speciale, che invece è l’unica che nella fattispecie trova disciplina*” oltre al fatto che comunque a posteriori sarebbe impossibile accertare se la consegna sia stata effettuata come atto di completamento della fattispecie o come sua esecuzione. *Contra* SCOGNAMIGLIO R., *op. cit.*, p. 106: dalle norme sul comodato, sul mutuo, sul deposito e sul pegno emerge che la consegna è un elemento essenziale, non naturale e disponibile. Le parti possono al massimo creare figure atipiche consensuali, a contenuto e funzioni corrispondenti e sempre che corrispondano a interessi meritevoli di tutela

³⁷⁷ V. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 27: in tali ipotesi non verrebbe modificato il contenuto contrattuale (impedendo ad esempio la produzione di alcuni effetti), ma si va a modificare il momento perfezionativo tipico previsto dalla legge.

³⁷⁸ In dottrina: LUMINOSO A., *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Iudica – Zatti*, 1995, p. 692; VITUCCI P., *I profili della conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 180 (l’idea che non solo il contenuto, ma anche l’iter del negozio sia entro certi limiti modificabile dalle parti non appare tra le più familiari e nella lacuna non è difficile ravvisare una conseguenza dell’attaccamento alla teoria della fattispecie); GALGANO F., *op. cit.*, p. 275 opera una distinzione: la realtà fa parte dei *naturalia negotii* solo in caso di contratti reali onerosi; CENNI D., *op. cit.*, p. 253 (se si identifica la causa del contratto con la complessiva gamma di interessi suo tramite perseguiti la collocazione cronologica dell’istante in cui avviene la loro (anche parziale) esecuzione non ne altera la conformazione).

³⁷⁹ Ad esempio il Codice svizzero delle obbligazioni sposta la consegna nell’ambito della fase di esecuzione del negozio: l’art. 305 prevede che il comodato sia “*un contrat par lequel le prêteur s’oblige à céder gratuitement l’usage d’une chose*”, l’art. 312 definisce il mutuo come “*un contrat par lequel le prêteur s’oblige à transférer la propriété d’une somme d’argent ou d’autres choses fongibles*”; ancora il deposito è “*un contrat par lequel le dépositaire s’oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière*” art. 472. Si esprime in termini di obbligo (Verpflichtung) anche il BGB nella definizione del comodato (Leihe): “*Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten*” (§598). Parte della dottrina dubita che si possa agevolmente trarre la

Tuttavia non basta qualificare la consegna come *naturalia negotii* per ammettere che le parti possano per ciò solo stipulare delle versioni consensuali dei contratti reali. Il passo successivo per l'ammissibilità di una variante consensuale è l'analisi della natura giuridica (imperativa o meno) delle norme che si intende derogare. Solo laddove queste ultime siano di carattere imperativo (o comunque non sormontabili) si può ricorrere – se ne sussistono i presupposti – allo strumento dell'atipicità.

Ritenere *a priori* che tutte le norme che prevedono la consegna come elemento perfezionativo del contratto siano imperative significherebbe imporre rigidamente all'autonomia contrattuale la sola scelta dei tipi contrattuali previsti dalla legge³⁸⁰. Lo spostamento della *traditio* sarebbe sanzionato dalla nullità e qualsiasi negozio concluso dalle parti dovrebbe essere qualificato tutt'al più come un contratto in formazione.

Per questo non è possibile dare una risposta unica ed esaustiva al quesito e occorre valutare la *ratio* delle varie tipologie contrattuali per capire di volta in volta la natura degli interessi protetti (se meramente privati o generali o di ordine pubblico ecc.) e il livello di protezione loro riconosciuto all'interno del regolamento³⁸¹.

Esistono dei negozi in relazione ai quali si esclude che la realtà possa essere derogata: la donazione di modico valore (art. 783 c.c.), il riporto (art. 1548 c.c.) e – anche se non unanimemente condivisa – la caparra (art. 1385 c.c.).

Con riferimento alla prima, la ragione risiede nel fatto che la realtà, in questo caso è prevista come alternativa alle esigenze di solennità e di certezza assolute dalla stipulazione di un atto pubblico. Pertanto è chiaro che non sia possibile creare la variante consensuale³⁸².

La realtà del riporto, invece, è giustificata da una questione di ordine pubblico: la repressione della mera speculazione³⁸³.

La funzione della caparra è, invece, notoriamente quella di rafforzare l'impegno contrattuale. È evidente allora che la semplice promessa non può in nessun modo portare allo stesso risultato. Qualora venisse conclusa una sua variante consensuale, probabilmente andrebbe riqualificata come clausola penale.

stessa conclusione con riferimento al mutuo (Darlehen, §607), al deposito (Werwahrung, §688) e al pegno (Pfandrecht an beweglichen Sachen, §1205), cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 10.

³⁸⁰ Cfr. BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, Giuffrè, 19

³⁸¹ Si vedano CENNI D., *op. cit.*, p. 260 e FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 114 (la tesi tradizionale non trova appoggio nel diritto positivo. Non c'è una norma espressa e generale che stabilisca che ad esempio il comodato, il mutuo o il deposito debbano inderogabilmente rivestire la forma della consegna). Quest'ultimo giustifica la previsione di varianti consensuali sulla base del fatto che nel nostro ordinamento vige il principio di libertà delle forme (e la consegna è il veicolo attraverso il quale si esprime la volontà contrattuale).

³⁸² Ne è ammessa la stipulazione attraverso l'atto pubblico, cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 263:

³⁸³ Si nega tutela giuridica a quelle operazioni di riporto essenzialmente fittizie nelle quali non avvenga alcun movimento di titoli, cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 110.

Anche per quanto concerne i contratti reali a titolo gratuito (come il comodato o le versioni gratuite del deposito e del mutuo) la dottrina è incline a negarne la derogabilità (e quindi una variante meramente consensuale)³⁸⁴. Il legislatore in questi casi tende a tutelare il sentimento di amicizia e di cortesia che anima questi contratti. Attraverso la realtà si posticiperebbe il momento di rilevanza giuridica dell'accordo a quello in cui viene effettuata la consegna. Non sono mancate tuttavia opinioni diverse. Secondo altra dottrina, infatti, se le parti hanno chiaramente espresso l'intento di vincolarsi si fuoriesce da campo della mera cortesia³⁸⁵.

Il fatto che il contratto sia la fonte di obbligazioni a carico di una sola parte non basta a renderlo gratuito, va verificato in concreto se lo stesso procuri vantaggi ad entrambi i contraenti³⁸⁶. Si ha onerosità laddove vi è una reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici giuridici derivanti dal contratto, a prescindere dal fatto che il contratto sia o meno a prestazioni corrispettive³⁸⁷.

Quindi la nozione di onerosità è più ampia rispetto a quella di contratto a prestazioni corrispettive.

Se, tuttavia, il negozio è sorretto da un intento egoistico (che non snaturi il contratto stesso³⁸⁸) allora cadono i presupposti che attivano la tutela legislativa e le parti possono creare la variante consensuale.

³⁸⁴ I contratti reali, come si sa, possono essere sia gratuiti che onerosi. Il comodato è essenzialmente gratuito (si tratta di un contratto dal quale deriva una utilità solo per l'*accipiens*, ciò però non vuol dire che il *tradens* non possa trarne una qualche utilità indiretta o mediata: come nel caso in cui si dia in comodato un appartamento a persona di fiducia affinché lo custodisca). Il deposito si presume gratuito. Possono essere gratuiti anche il mutuo (quando ad esempio vengono esclusa la corresponsione degli interessi) e il sequestro convenzionale. Tutto gli altri sono essenzialmente onerosi, cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 108.

³⁸⁵ I rapporti di cortesia non sono in alcun modo passibili di coazione normativa (secondo il comune sentire l'osservanza del patto è affidata all'onore, alla lealtà...). Per verificare se si tratti di un rapporto di cortesia, di un patto tra gentiluomini o un rapporto giuridico vincolante va operata una indagine di natura soggettiva (che non sempre è possibile e dà risultati ambigui) che oggettiva (ad esempio se viene fissato un corrispettivo, una caparra ecc), cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 569.

³⁸⁶ È errata anche l'affermazione che tutti i contratti reali facciano sorgere obbligazioni solo in capo ad una parte: la donazione di modico valore non è fonte di alcuna obbligazione in senso stretto, nel deposito e nel sequestro convenzionale oneroso l'*accipiens* può chiedere un compenso e il riporto prevede un rimborso. Invece nel contratto di comodato non è rinvenibile alcuna obbligazione in capo al comodante di far godere il bene. Si pensi ad esempio ad un contratto di deposito nell'interesse di entrambe le parti o caratterizzato dalla difficoltà o gravità della custodia, cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 125.

³⁸⁷ Onerosità e corrispettività delle prestazioni sono due concetti che non coincidono perfettamente, o meglio: i secondi sono sicuramente onerosi, mentre non tutti i contratti onerosi sono a prestazioni corrispettive. Innanzitutto dovrebbe più propriamente parlarsi di contratti a "prestazioni patrimoniali corrispettive" di modo da poter comprendere anche tutti quei contratti in cui a fronte di una obbligazione c'è l'attribuzione di un vantaggio (come ad esempio l'alienazione di un bene) attraverso un meccanismo che non può essere definito obbligatorio in senso stretto (la proprietà passa, infatti, attraverso il sol consenso *ex art. 1376 c.c.*). In questo modo può considerarsi a prestazioni corrispettive anche il mutuo (su questo specifico punto, cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 130). Ai fini della corrispettività, inoltre, non rileva la contestualità delle prestazioni, ma il collegamento funzionale tra le stesse nel quadro di un unico contesto negoziale. Ma anche allargando tale nozione rimarrebbero fuori quei contratti che non hanno propriamente una funzione di scambio, come quelli plurilaterali, aperti o con comunione di scopo rispetto ai quali non si dubita circa la loro onerosità (chi esegue la prestazione sopporta un sacrificio patrimoniale che trova la sua remunerazione in un vantaggio patrimoniale che deriva sempre dal negozio, ma non dalla controprestazione dell'altro). Tale distinzione ha un importante rilievo pratico in quanto solo i contratti a prestazioni corrispettivi sono passibili ad esempio di risoluzione *ex art. 1453* (o ancora è possibile l'eccezione di esatto adempimento *ex art. 1460*).

³⁸⁸ Si pensi al caso del comodato, in relazione al quale l'eventuale previsione di modesti contributi a carico del beneficiario o la corresponsione di altre somme a vario titolo (risarcimento ad esempio) può portare alla riqualificazione dello stesso come contratto di locazione.

La dottrina non rileva alcun ostacolo all'ammissibilità di varianti consensuali di contratti reali onerosi³⁸⁹. Il legislatore del nuovo codice, ad esempio, ha ammesso pacificamente la forma consensuale del contratto di mutuo (art. 1822 c.c.), ciò sulla base del fatto che lo stesso non è più concepito come naturalmente gratuito e dunque non ha più senso prevederne esclusivamente la forma reale³⁹⁰.

Le stesse considerazioni valgono anche in caso di contratto di deposito³⁹¹.

Gli sforzi della dottrina sulla ricostruzione della variante consensuale in senso lato (che sia atipica o meno) servono per evitare che le parti siano costrette a ricorrere all'ordinario metodo di scissione dell'operazione negoziale in preliminare e definitivo. La differenza risiede nel fatto che il preliminare di un contratto reale obbliga le parti alla futura conclusione di un negozio il quale si perfezionerà con la consegna. Invece la variante consensuale sorge con il mero accordo tra le parti e la consegna sarà un comportamento oggetto di una specifica obbligazione³⁹².

Il vantaggio che le parti possono ottenere con la stipulazione di quest'ultimo negozio è innanzitutto il fatto che se la parte si rifiuta di consegnare il bene si potrà agire per ottenere la consegna coattiva (non si tratta di semplice responsabilità extracontrattuale³⁹³).

Ma se le norme che prevedono la realtà non sono tipizzanti e non sono imperative (salvo alcuni casi) allora perché nel nostro ordinamento trovano ancora spazio i contratti reali?

Nel diritto romano la consegna era necessaria in relazione ad alcuni contratti in virtù del formalismo tipico di quell'ordinamento. Il nudo patto non vincolava le parti. Pertanto va ricercata una nuova *ratio* che giustifichi la loro permanenza ancora oggi.

Secondo parte della dottrina può affermarsi che il legislatore abbia sentito il bisogno di prevedere la realtà in quanto con riferimento ad alcune operazioni negoziali non è sufficiente il mero accordo

³⁸⁹ Nei contratti onerosi la reciprocità dei vincoli e delle attribuzioni esclude o rende difficoltoso pensare che ci si trovi davanti ad un mero rapporto di cortesia o alla disciplina dell'indebitato, cfr. MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 14.

³⁹⁰ Non si comprenderebbe altrimenti perché la legge abbia previsto una forma inderogabile per il mutuo e non per l'atto di alienazione per eccellenza quando abbia ad oggetto beni mobili, cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 126.

³⁹¹ In realtà parte della dottrina ritiene che anche il deposito gratuito possa avere una sua variante consensuale. Dato che non è fondato il pregiudizio sulla inammissibilità logica di un obbligo di restituire la cosa prima di averla ricevuta (es. la locazione), non ci sono ostacoli ad ammettere un obbligo di custodire prima di aver ricevuto la cosa in custodia, cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 122. Si pensi ad esempio ad un contratto di deposito nell'interesse di entrambe le parti o caratterizzato dalla difficoltà o gravità della custodia, cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 114.

³⁹² Si veda OSTI G., voce *Contratto*, *cit.*, p. 484: "è così profonda la differenza tra un contratto consensuale definitivo con differimento della consegna e un contratto preliminare avente per oggetto al conclusione di un futuro contratto reale che stupisce vedere come spesso le due nozioni vengano confuse: la prima, infatti, postula un accordo obbligatorio intervenuto tra le parti cui deve seguire solamente un atto materiale di esecuzione, tale da poter essere eseguito da qualsiasi incaricato il quale anche ignori la ragione giuridica (il titolo) della consegna e eventualmente anche l'oggetto della medesima (es. se consegna in busta chiusa); la seconda un accordo avente ad oggetto la futura prestazione del consenso di entrambe le parti".

³⁹³ Se all'accordo non segue la consegna in caso di contratto reale si applicano gli artt. 1337 e 1338 cc, cfr. DIENER M.C., *op. cit.*, p. 49.

delle parti, ma serve un'ulteriore attività che permetta la realizzazione almeno in parte dei fini perseguiti³⁹⁴.

Secondo altra dottrina, invece, lo si può dedurre dal fatto che la realtà sia prevista all'interno di norme dispositive³⁹⁵. Queste ultime, infatti, hanno lo scopo specifico di risolvere preventivamente i conflitti di interpretazione della volontà negoziale. Sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, viene fatta una valutazione in termini probabilistici del comune sentire della società civile (di come le parti generalmente regolano quel determinato rapporto) e si elabora la norma sussidiaria dispositiva di riferimento³⁹⁶.

Quindi, in questi casi, semplicemente si è dato atto del reiterato comportamento delle parti incline a ritenere che prima della consegna del bene le stesse non siano vincolate dal punto di vista giuridico (ma solo eventualmente morale, in riferimento alla parola data). È, quindi, prevista la loro realtà fino a prova contraria, ma questo non significa che le parti non possano stipulare una loro variante consensuale in deroga alla previsione generale³⁹⁷.

Autorevole dottrina ha, inoltre, ravvisato in altre due ragioni la *ratio* dell'esigenza di mantenere ancora oggi la struttura dei contratti reali. Innanzitutto perchè, riprendendo la massima di Pomponio, "*plus cautionis est in re quam in persona*"³⁹⁸ e infine nella esigenza di eliminazione di dilazioni del soddisfacimento dell'interesse della parte³⁹⁹.

Sulla base del ragionamento di cui sopra si possono allora iniziare a fare le prime conclusioni in ordine alla possibilità di dedurre all'interno di un contratto reale un bene futuro.

Sicuramente ciò non è possibile laddove la previsione della consegna sia giustificata e inserita all'interno di una norma imperativa: come nel caso di riporto e di donazione di modico valore. In quest'ultimo caso in realtà l'inammissibilità è legata non tanto alla previsione della realtà quale alternativa alle esigenze di solennità e di certezza assolute dalla stipulazione di un atto pubblico, ma in virtù dell'espresso divieto *ex art. 771 cc.* Laddove si tratti invece di caparra, probabilmente è preferibile riqualificarla come clausola penale.

³⁹⁴ Per questo motivo pare della dottrina ritiene che vi sia un "legame di parentela" con l'art. 1327 c.c. Quest'ultima norma rappresenterebbe il segno di emersione di un'ampia categoria di contratti (compresi quelli reali) in cui la volontà deve essere anche attuata, cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 99.

³⁹⁵ Cfr. DIENER M.C., *op. cit.*, p. 50.

³⁹⁶ Con riferimento ai contratti reali onerosi le norme sulla realtà sono suppletive, cfr. GALGANO F., *op. cit.*, p. 275.

³⁹⁷ In dottrina: MESSINEO F., *op. cit.*, p. 404; OSTI G., *op. cit.*, p. 484; FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 140 ss.

In giurisprudenza: "*la categoria dei contratti reali, che ha prevalentemente un significato storico, conserva anche una funzione e un valore di carattere pratico, ben visibili, per esempio, nel pegno, dove la consegna della cosa mobile dà al creditore una certezza di garanzia, e nel deposito, dove la consegna della cosa costituisce il presupposto necessario per l'esercizio dell'attività di custodia*", cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 21 giugno 2005, n. 13294 in *Mass. Giur. It.*, 2005, in *Corriere Giur.*, 2005, 12, p. 1688 nota di TRAVAGLINO; *Contratti*, 2006, 6, p. 565 nota di CAPILLI; *Corriere del Merito*, 2013, 5, p. 509.

³⁹⁸ Cfr. Pomponio, 25, D, 50, 17.

³⁹⁹ Si veda NATOLI U., *op. cit.*, p. 27.

Con riferimento ai contratti essenzialmente gratuiti il discorso è più complesso. Generalmente si ritiene che appartenga all'ambito dei rapporti di cortesia qualsiasi accordo non accompagnato dalla consegna del bene e a maggior ragione dovrebbe considerarsi tale anche quello relativo ad un bene non ancora venuto ad esistenza (come il comodato). Nulla però vieta che le parti con una inequivocabile manifestazione di volontà decidano di dare rilevanza giuridica al vincolo⁴⁰⁰. Uno dei due contraenti potrebbe avere interesse, infatti, a vincolare l'altro non solo alla consegna del bene, ma soprattutto ad adoperarsi affinché lo stesso venga ad esistenza. In questo modo una mera aspettativa di fatto diventerebbe una situazione giuridicamente tutelata. In più, inoltre, potrebbe essere esperita l'azione di esatto adempimento o quella di risoluzione (e risarcimento) in caso di gravi scorrettezze. Lo stesso discorso vale, a maggior ragione, nel caso in cui il negozio sia a titolo oneroso.

3.1.3. Natura giuridica dell'accordo precedente la consegna

Una volta ammessa la possibilità nei termini di cui sopra di stipulare delle varianti consensuali dei contratti reali tipici (o dei contratti atipici), non rimane che analizzare la forma e gli effetti che può assumere l'eventuale incontro di volontà precedente alla consegna.

Sono possibili diverse soluzioni. Si può trattare di:

- a) un accordo che rimane nell'ambito delle trattative;
- b) un contratto consensuale (definitivo);
- c) un contratto preliminare.

Il primo caso non pone particolari problemi. Infatti anche ammettendo la possibilità di stipulare un previo accordo vincolante, le parti sono comunque libere di decidere di non attribuirgli alcuna rilevanza giuridica⁴⁰¹.

La seconda ipotesi verrà meglio analizzata nel paragrafo dedicato alla natura del pegno di bene futuro. Più problematica risulta, invece, l'ammissibilità della scissione dell'operazione negoziale in una pluralità di contratti: ad esempio utilizzando la sequenza preliminare più definitivo (con conseguente doppia manifestazione di volontà)⁴⁰².

⁴⁰⁰ Sul punto: OSTI G., *op. cit.*, p. 487. L'autore riconosce che anche il contratto reale (che solitamente si suole collocare sempre tra quelli la cui realtà non può essere alterata) di comodato possa avere una variante consensuale, allorquando ad esempio sia diretta a soddisfare un bisogno urgente, pena il verificarsi un danno grave (economico o anche solo morale).

⁴⁰¹ Si tratta delle ipotesi in cui emerge una volontà impegnativa sul piano sociale, ma le parti non vogliono ricollegare ad essa alcuna conseguenza dal punto di vista giuridico. La volontà delle parti è sovrana – se non nella determinazione concreta di tutti gli specifici effetti contrattuali – almeno nel volere o nel non volere un regolamento giuridicamente rilevante, cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 162. I rapporti (idonei a configurarsi come giuridici) la cui regolazione viene affidata alle parti a sanzioni extragiuridiche vengono chiamati anche patti tra gentiluomini (*gentlemen's agreements*), cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 568.

⁴⁰² Il vantaggio che le parti traggono dalla stipulazione del preliminare in caso di contratti reali è quello di addivenire all'assunzione di un impegno giuridico senza dover necessariamente consegnare subito il bene, cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 145.

Ad una prima valutazione sembrerebbe in questo caso che il contratto reale venga ad identificarsi con il definitivo (e potrà essere stipulato solo allorquando il bene sarà venuto ad esistenza).

Tuttavia non tutta la dottrina è concorde nell'ammettere la stipulazione di un contratto preliminare di un contratto reale.

Sono diverse le argomentazioni a sfavore⁴⁰³. Coloro i quali assimilano la consegna alla forma del contratto ritengono che - dato che il preliminare deve avere la stessa forma del definitivo *ex art. 1351 c.c.* - senza la *traditio* il negozio sarebbe affetto da nullità. Salvo che, ovviamente, il contratto preliminare non sia esso stesso accompagnato dalla consegna della cosa⁴⁰⁴.

Quest'ultima tesi, tuttavia, per i motivi sopra esposti, è da considerarsi minoritaria. I due contratti - preliminare e definitivo - sono fattispecie negoziali autonome e ben possono essere concluse attraverso meccanismi di perfezionamento diversi. Pertanto il primo non può considerarsi nullo se non vi è la consegna. E anche laddove ciò avvenga, dato che la *traditio* atua in forma parziale gli interessi del definitivo, alla fine il preliminare si dovrebbe riqualificare come definitivo⁴⁰⁵.

Più convincente è risultata la tesi che ha messo in luce il fatto che - attraverso la stipulazione del preliminare - la successiva consegna perderebbe il carattere della spontaneità⁴⁰⁶, snaturando così completamente la sua funzione.

Né può avere rilievo il fatto che in caso di preliminare di contratto reale non sia possibile esperire il rimedio *ex art. 2932 c.c.* e che quindi la consegna non potrebbe mai essere oggetto di una esecuzione coattiva⁴⁰⁷. Anche la semplice previsione di una responsabilità di tipo contrattuale, infatti, contraddice la *ratio* della realtà, ossia quella di evitare che vi possa essere alcuna forma di coazione giuridica prima della stessa⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Cfr. CARRESI F., *Il comodato*, Torino, UTET, 1957, p. 18; TRIOLA R., *Mutuo e promessa di mutuo*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 212; BALBI G., *Il contratto estimatorio*, Torino, UTET, 1960, p. 79; SCOZZAFAVA T., *Il comodato*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Torino, UTET, 1985, p. 617.

⁴⁰⁴ V. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 156: sicuramente il preliminare concluso re non è un'ipotesi frequente, ma non per questo è da escludere.

⁴⁰⁵ In dottrina: FRAGALI M., *op. cit.*, p. 148, contra CENNI D., *op. cit.*, p. 383: l'esecuzione immediata della consegna fin dal momento della stipulazione del preliminare lo qualifica come preliminare ad effetti anticipati.

⁴⁰⁶ Cfr. CARRESI F., *op. cit.*, p. 18.

⁴⁰⁷ V. SATTA S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro.it*, 1950, IV, c. 76; FRAGALI M., *op. cit.*, p. 149. CENNI D., *op. cit.*, p. 375: "la sentenza emessa dal giudice *ex art. 2932* produce gli stessi effetti giuridici del definitivo, ma in caso di contratti reali è impossibile. La consegna non è una mera traslazione del possesso, ma fa parte degli elementi che portano al perfezionamento della fattispecie. Solo quest'ultima determina porta all'acquisto del diritto. Tra realtà ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre c'è una sorta di incompatibilità ontologica". In giurisprudenza: "anche con riguardo al contratto di mutuo è configurabile un contratto preliminare consistente in una promessa di mutuo dando et de mutuo accipiendo, che la legge prevede e disciplina, a determinati effetti, all'art. 1822 c. c. e che, anche se non dà titolo, stante l'insuscettibilità dell'obbligazione del promittente di esecuzione specifica, ad ottenere la sentenza prevista dall'art. 2932 c. c., è pur sempre produttivo di un rapporto giuridico, generatore di diritti ed obblighi tra le parti", cfr. Cass., 18 giugno 1981, n. 3980, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 202 nota di MORELLI, TRIOLA.

⁴⁰⁸ Cfr. TRIOLA R., *op. cit.*, p. 212.

Le tesi favorevoli alla possibilità di creare la sequenza preliminare-definitivo anche con riferimento ai contratti reali hanno, invece, preso le mosse in particolare dalla previsione *ex art.* 1822 c.c. e dalla centralità del consenso nel nostro ordinamento⁴⁰⁹.

Tale soluzione appare preferibile, con delle opportune precisazioni. Se la consegna è qualificabile come elemento non tipologico e derogabile dei contratti reali allora - così come non sussistono problemi in ordine al riconoscimento della variante consensuale - non ci sono ostacoli per il contratto preliminare. Quindi, se si ritiene ammissibile la variante consensuale definitivo (nei termini di cui sopra), allora sarà possibile stipulare il contratto preliminare (del definitivo consensuale)⁴¹⁰.

In caso contrario il contratto reale *tout court* non potrebbe essere preceduto da alcun accordo vincolante, altrimenti verrebbe definitivamente frustrata la sua *ratio*: ossia quella di non rendere giuridicamente rilevante tutto ciò che è posto prima della consegna del bene.

Conseguentemente alla luce di quanto sopra non può essere stipulato, per esempio, il contratto preliminare del riporto o della donazione di modico valore. Ma possono, invece, essere conclusi dei contratti preliminare di contratti definitivi e consensuali di comodato, deposito, mutuo ecc.. I due distinti negozi - entrambi consensuali - avrebbero un diverso contenuto: il primo l'obbligo di stipulare il definitivo (e non di effettuare la *traditio*), mentre il secondo quello di consegnare il bene⁴¹¹.

Stabilire poi se le parti hanno concluso un preliminare di definitivo consensuale o un direttamente una variante consensuale (definitiva) di quello reale è compito dell'interprete e va valutato caso per caso⁴¹².

L'ultimo aspetto da chiarire con riferimento al preliminare della variante consensuale del contratto reale è se sia possibile esperire il rimedio *ex art.* 2932 c.c. (escluso, invece, in caso di preliminare di contratto reale per i motivi di cui sopra).

⁴⁰⁹ Favorevoli al riconoscimento del preliminare: MESSINEO F, voce *Contratto*, in *Enc. Dir.*, 1961, p. 887; TAMBURRINO G., voce *Comodato*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 996. FRAGALI M., *op. cit.*, p. 245.

In giurisprudenza cfr. Cass., 18 giugno 1981, n. 3980, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 202 nota di MORELLI, TRIOLA

⁴¹⁰ Si veda SATTA S., *op. cit.*, c. 76: non si potrebbe, infatti, immaginare un preliminare di un contratto reale per due motivi. Non è applicabile l'art. 2932 perché “*la sentenza non potrebbe che affermare un obbligo di dare, cioè essere una sentenza di condanna e non potrebbe mai produrre gli effetti del contratto non concluso*” e “*la possibilità di ottenere la cosa ex art. 2930 è da negarsi se il carattere del contratto ha un senso e un valore*” (in caso contrario “*si avrebbe un diritto al godimento sulla cosa anteriore alla consegna, il che sarebbe assolutamente contraddittorio*”).

⁴¹¹ È infondata l'opinione di coloro che ritengono non ammissibile la stipulazione del preliminare del contratto reale nella sua forma consensuale perché le due fattispecie sono in realtà equivalenti (il preliminare avrebbe lo stesso contenuto del consensuale), perché il primo avrebbe ad oggetto l'obbligo di consegnare, FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 153.

⁴¹² Parte della dottrina ha tentato di individuare dei criteri-guida. In questo caso, più che ai criteri ermeneutici oggettivi *ex art.* 1367 e ss c.c., bisogna far riferimento al principio generale dell'*id quod plerumque accidit*. Nell'impossibilità di ricostruire l'esatta volontà dei contraenti, il negozio va inteso nel senso più probabile, ossia in quello che la maggior parte dei soggetti vuole in circostanze simili (e dato che il preliminare è indice di una mentalità commerciale evoluta, sarà più probabile che sia stato concluso il definitivo consensuale), cfr. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 174..

Alcuni autori ritengono che non ci siano ostacoli alla sua ammissibilità poichè la sentenza costitutiva produce gli effetti del contratto non concluso (quindi non quelli della consegna, ma del negozio, ossia fa nascere l'obbligo di consegna del bene)⁴¹³.

In caso di preliminare di variante consensuale di un contratto reale con oggetto futuro, attraverso la sentenza, nascerebbe l'obbligo in capo alla parte di non frustrare la legittima aspettativa in ordine alla futura esistenza del bene nonché quello di consegna.

3.2. Pegno e futurità

All'interno della categoria dei contratti reali il pegno è una figura che merita una trattazione a sé vista la particolarità della funzione della consegna all'interno della stessa e per i recenti interventi legislativi⁴¹⁴.

La dottrina si è da sempre interrogata sulla sua natura giuridica, mettendone talvolta in discussione la realtà. La formulazione della norma del codice, infatti, non aiuta gli interpreti: la nozione di pegno è ambigua in quanto utilizzata per designare al contempo sia il diritto di garanzia che il contratto⁴¹⁵.

L'orientamento tradizionale ha da sempre qualificato il pegno come contratto reale *quoad constitutionem*. Questo significa che, anche laddove possa verificarsi uno iato temporale tra conclusione del titolo e consegna, è solo con la *traditio* che la fattispecie produce effetti giuridici⁴¹⁶. Secondo alcuni autori, invece, il pegno è stato “*erroneamente e impropriamente*” ritenuto reale: la locuzione “*si costituisce con la consegna*” dell'art. 2786 c.c. alluderebbe, infatti, al diritto reale di garanzia e non al negozio⁴¹⁷. Tale assunto è fondato sulla netta distinzione concettuale tra il titolo

⁴¹³ Cfr. RUBINO L., *La responsabilità patrimoniale*, Torino, UTET, 1952, p. 181 e FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 177. Se poi, nonostante la sentenza costitutiva, la parte non consegna spontaneamente il bene, allora questa obbligazione potrà essere fatta eseguire con la forza *ex art.* 2930 c.c.

⁴¹⁴ La dottrina tradizionale opta per la natura reale del contratto di pegno (a partire da Pothier, il quale sosteneva che non si può essere obbligati a restituire ciò che non si è ancora ricevuto. Anche se in realtà anche la locazione comporta la consegna del bene, ma non è un contratto reale).

⁴¹⁵ Cfr. GABRIELLI E., voce *Pegno*, *Digesto*, IV ed., in *Disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 329.

⁴¹⁶ In dottrina si veda NATOLI U., *op. cit.*, p. 69 il quale richiama la tesi di Rubino ed esclude che accanto al contratto reale di pegno possa collocarsi un contratto consensuale tutelabile *ex art.* 2932 cc. La tesi tradizionale è sostenuta anche da: GAZZONI F., *op. cit.*, p. 666; DI GRAVIO V., *op. cit.*, p. 123; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, *cit.*, p. 399; GALGANO F., *op. cit.*, p. 442.

⁴¹⁷ Questo orientamento parte innanzitutto dall'analisi del dato letterale: l'art. 2786 c.c., infatti, accosta la consegna alla nascita del diritto di pegno (e non al suo titolo costitutivo). Nel codice del 1865, l'art. 1878 stabiliva che il contratto di pegno è quel “*contratto col quale il debitore dà al creditore una cosa mobile per sicurezza del credito*” (e non stante la formulazione più chiara alcuni autori ne avevano contestato la realtà, cfr. GORLA G., *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 323, secondo il quale il pegno produce effetti verso i terzi, mentre quelli rispetto al debitore nascono in dall'eventuale loro rapporto convenzionale). Sul punto si vedano anche: MAIORCA C., *Il pegno su cosa futura e il pegno su cosa altrui*, Milano, Società editrice Librai, 1938, p. 3 ss e NATOLI U., *op. cit.*, p. 66 (il codice del 1865 definiva il pegno come il “*contratto con il quale il debitore dà al creditore una cosa mobile per la sicurezza del credito...*”, oggi, invece, si parla di “*costituzione del pegno con la consegna*”)

La distinzione tra titolo e modo di costituzione del diritto reale di garanzia, accreditata dall'attuale formulazione dell'art. 2786 c.c., comporta - sul piano della disciplina - la possibilità di ammettere che, qualora venga a mancare la consegna della cosa, per quanto non possa considerarsi ancora sorto il diritto reale di pegno, nulla ostacolerebbe il perfezionarsi di un valido contratto di natura obbligatoria vincolante per le parti in base al semplice consenso. Contratto che - seppure non

costitutivo del pegno (che ha la struttura di un negozio e può essere anche consensuale) e la realizzazione degli effetti tipici della garanzia (che si ha solo con lo spossessamento)⁴¹⁸.

L'esigenza e l'interesse da parte delle banche di ricercare a tutela dei propri crediti le più efficaci forme di garanzia (tipiche o atipiche, reali o personali) ha comportato una alterazione della morfologia di quelle previste dal codice civile, connaturate da un rigido formalismo, di cui ha dovuto tener conto anche il legislatore⁴¹⁹. Soprattutto il pegno è stato oggetto di profonde modificazioni. Infatti la circostanza che le garanzie immobiliari spesso comportino tempi di escussione molto lunghi, nonché l'emersione di nuove forme di ricchezza mobiliare, hanno portato gli operatori del mercato a utilizzare sempre più spesso questo strumento e a plasmarlo in base agli interessi di volta in volta coinvolti⁴²⁰. La dottrina e la giurisprudenza – che devono quotidianamente far fronte all'evoluzione della realtà sociale - sono state chiamate ad esprimersi in ordine all'ammissibilità di alcune figure profondamente trasformate dal punto di vista strutturale, tra le quali, per quanto qui di interesse, il pegno *omnibus* e il pegno su oggetto futuro.

produrrà di per sé la costituzione del pegno - sarà, tuttavia, in grado di valere come titolo per la sua costituzione, che potrà in seguito avvenire mediante l'immissione forzata nel possesso della cosa, cfr. GABRIELLI E., *op. cit.*, p. 333.

FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 10 sostiene che così come il contratto di compravendita di cose generiche è perfetto prima e indipendentemente dalla specificazione, lo stesso può dirsi del contratto di pegno. Prima della consegna non nasce il diritto reale di garanzia, ma il contratto è perfetto. In questo caso la consegna non attiene alla formazione del contratto, ma alla sua esecuzione.

Spesso la giurisprudenza ha riconosciuto la realtà del pegno per poter poi affermare che - prima della consegna - non sorga alcun diritto di garanzia, ma a questa conclusione si può arrivare anche qualificandolo come contratto consensuale, cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 189. In tal modo la costituzione del pegno viene ad esse equiparata a quella dell'ipoteca (la garanzia si ha solo con l'iscrizione). Dall'atto di concessione (unilaterale o bilaterale) nasce in capo al creditore il diritto di chiedere l'iscrizione ipotecaria. Secondo altri autori, invece, il diritto di pegno si costituisce già al momento dell'accordo e la consegna, invece, fa sorgere il diritto di prelazione e l'opponibilità ai terzi, BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, pp. 118 e 132.

⁴¹⁸ Cfr. CICCARELLO S., voce *Pegno* (diritto privato), in *Enc.Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 693. L'ipotesi più frequente è la costituzione mediante contratto in ordine al quale si discute se abbia natura reale o consensuale. La realtà – quale momento imprescindibile – può non inserirsi necessariamente al momento iniziale della costituzione del titolo (si parla talvolta di contratto consensuale di pegno). L'autore distingue altresì tra spossessamento del debitore (attraverso il quale si sottraggono le cose alla disponibilità del debitore, tutelando i terzi) e consegna al creditore (che gioverebbe esclusivamente a quest'ultimo). Entrambe sono comunque necessarie per l'esistenza del diritto di pegno.

⁴¹⁹ Le formalità previste dal codice civile per la valida costituzione di un pegno opponibile *erga omnes* potrebbero rappresentare un ostacolo insormontabile se applicate rigidamente. Scrive infatti Gabrielli: “*la moderna connotazione del diritto degli affari impone infatti operazioni di finanziamento sempre più complesse e sempre più articolate, e determina per gli operatori la necessità di enucleare modelli contrattuali in grado di soddisfare l'esigenza, intensamente sentita anche per le garanzie reali, di forme di garanzia, le quali — pur nel permanere dell'identità normativa della struttura formale del vincolo reale — risultino in grado sia di estendersi al di là del vincolo originario, sia di comprendere ed assicurare, in un'unica operazione economica, da un lato tutti i rapporti che possono venire ad instaurarsi tra la banca e il cliente, dall'altro di operare un'assimilazione degli oggetti della garanzia reale all'interno della sua struttura formale; sia, infine, di mantenere inalterato, nel tempo, l'originario valore del vincolo, pur in presenza di modificazioni materiali degli oggetti della garanzia*”, *op. cit.*

⁴²⁰ Le alternative alle ipotesi di pegno non possessorio o di pegno su beni futuri, che garantiscono forme di garanzia senza spossessamento, sono: la vendita con patto di riservato dominio o quella con patto di riscatto, il *sale and lease back*, la cessione del credito in garanzia, il mandato all'incasso a scopo di garanzia. Ipotesi che in qualche modo - laddove prevedono l'alienazione del bene a scopo di garanzia – devono fare i conti con il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 cc.* La giurisprudenza, infatti, è chiamata ogni volta a verificare in concreto la causa di tali negozi.

Le garanzie reali atipiche devono anzitutto fare i conti con il principio del numero chiuso, che ha sempre imposto letture restrittive. È per questi motivi che il legislatore, come si vedrà, è dovuto intervenire più volte per legittimare le nuove figure di pegno che sono emerse nella prassi.

In particolare quello *omnibus* e quello su bene futuro sono due fattispecie molto diverse tra loro perché nel primo (così come per la fideiussione *omnibus*) la futurità riguarda il credito garantito (è indeterminato il *quantum* da garantire e c'è un problema di determinabilità), mentre nel pegno su cosa futura ciò che ancora non esiste è il bene sul quale si costituisce il pegno.

3.2.1. Pegno su bene futuro

Con il pegno su bene futuro si arricchiscono e moltiplicano le possibilità di circolazione della ricchezza e di finanziamento: possono essere oggetto di garanzia non più solo i beni presenti (la strumentazione in uso, la quale può nel tempo essere sostituita), ma direttamente anche i futuri prodotti finali (o macchinari).

È estremamente importante capire se il bene sia futuro o meno, soprattutto in quei casi in cui lo stesso già esista *in nuce*, ma non sia ancora dotato di autonomia giuridica. Parte della dottrina, infatti, riporta l'esempio del pegno sui prosciutti: laddove si consideri l'oggetto di garanzia il prodotto finale (e non la mera coscia), in caso di deterioramento in una fase temporalmente precedente quella di ultimazione, il creditore pignoratizio non potrà chiedere la vendita anticipata del bene *ex art. 2795 c.c.* Inoltre il credito sarebbe da considerarsi ancora chirografario (e non già privilegiato) fino a quel momento⁴²¹.

La rotatività e la futurità dell'oggetto non sono altro che la trasposizione sul piano giuridico delle sempre più forti esigenze degli operatori del mercato e soprattutto delle imprese, le quali hanno bisogno di continue forme di finanziamento e spesso sono costrette a concedere in garanzia anche quei beni normalmente utilizzati per lo svolgimento dell'attività (il cui spossessamento non è possibile a meno che non si le voglia condannare a morte).

In dottrina è discusso se il pegno rotativo e quello su beni futuri possano essere fattispecie tra loro assimilabili. È stato sostenuto che la risposta non può che essere positiva dato che entrambe sono sussumibili sotto la categoria "*pegno di valore*". Secondo un altro orientamento, invece, ciò non sarebbe possibile perché c'è una differenza sostanziale. Il patto di rotatività accede generalmente ad una fattispecie già perfezionata e completa (verrà a mutare solo l'oggetto in un momento successivo). Nel pegno su bene futuro, invece, il bene su cui ricade la garanzia non è ancora venuta ad esistenza⁴²².

⁴²¹ Si veda sul punto GAZZONI F., *op. cit.*, p. 667. Una circostanza analoga si riscontra altresì in caso di pegno di cosa indivisa.

⁴²² Cfr. SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 880.

Come si avrà modo di vedere, le due nuove forme di garanzia, seppur diverse, possono comunque coesistere in una medesima fattispecie (il nuovo pegno non possessorio può essere, infatti, sia futuro che rotativo)⁴²³.

Il codice non prevede espressamente la possibilità di costituire un pegno su bene futuro. Bisogna quindi capire se ci sia o meno una incompatibilità strutturale o sostanziale con la deducibilità di un bene futuro rispetto principalmente: alla struttura, alla funzione causale del negozio di pegno o alla modalità di perfezionamento del contratto (visto che l'orientamento tradizionale ritiene sia reale)⁴²⁴. L'orientamento prevalente è incline ad ammetterne la validità sulla base di diversi percorsi argomentativi.

Come già evidenziato, la previsione di un oggetto non ancora venuto ad esistenza in un meccanismo giuridico intriso di realtà comporta necessariamente la trasformazione del negozio in consensuale. Di conseguenza qualsiasi riflessione in ordine alla figura del pegno su bene futuro non può che partire dalla verifica della possibile conversione dello stesso in un negozio perfetto già al momento dell'accordo tra le parti.

Vista la peculiarità della figura, bisogna affrontare altri tre problemi: b) l'impossibilità di uno spossessamento iniziale; c) il momento della nascita del diritto di prelazione; d) lo scoglio del principio di specialità dei diritti reali, in base al quale possono essere oggetto di tali diritti solo i beni specifici e determinati⁴²⁵.

Pegno e ipoteca sono, infatti, garanzie reali e pertanto connaturate dalle generali caratteristiche della assolutezza, inerenza, indivisibilità, accessorialità e specialità.

Con riferimento a quest'ultimo è stato rilevato che non è idoneo di per sé solo ad escluderne l'ammissibilità. Il requisito della specialità è richiesto di solito con riferimento alla garanzia *strictu sensu* (e non per il titolo). Infatti quest'ultima potrà essere costituita solo a seguito della

⁴²³ La possibilità di aggiungere al negozio di pegno il c.d. patto di rotatività è stata oggetto di serrate critiche da parte della dottrina, con particolare riferimento al requisito della specialità e della determinatezza. Per questo è stato ammesso dalla giurisprudenza solo con determinati limiti. Il patto deve avere forma scritta e data certa (e anche la successiva consegna del bene deve essere accompagnata da una scrittura con le stesse caratteristiche), la sostituzione deve essere specificamente prevista e i beni "nuovi" devono avere il medesimo valore, cfr. sul punto Cass. 1 ottobre 2012, n. 16666, in *Contratti*, 2013, 11, p. 1003 (Cassazione che ha qualificato il pegno rotativo come fattispecie a formazione progressiva).

⁴²⁴ Sul punto si contrappongono varie tesi dottrinali. Alcuni autori ritengono "*logicamente inconcepibile che la traditio possa avere ad oggetto un bene che non è ancora venuto ad esistenza*", cfr. BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *op. cit.*, p. 693. Tuttavia altra parte della dottrina e – come vedremo – il legislatore hanno ammesso delle particolari varianti, come il pegno non possessorio.

⁴²⁵ Il principio di specialità presuppone che il diritto reale di garanzia possa sorgere solo con riferimento a beni specificamente indicati. Ma – nell'ambito dell'ipoteca – la dottrina ha evidenziato come la stessa abbia rilevanza essenziale solo al momento della iscrizione (specialità *ex inscriptione*) e non anche al tempo della formazione del titolo della iscrizione (specialità *ex titulo*). Inoltre esistono comunque dei casi in cui, secondo la dottrina, è possibile l'iscrizione dell'ipoteca prima della venuta ad esistenza del bene, cfr. FRAGALI M., *Ipoteca* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 785.

individuazione o della venuta ad esistenza della cosa (ma si colloca su un piano diverso rispetto a quello del vincolo negoziale).

Le parti devono, comunque, essere entrambe consapevoli che il bene su cui vogliono far ricadere la garanzia sia futuro⁴²⁶.

3.2.1.1. Natura giuridica

Procedendo per gradi, il primo problema da affrontare è quello in relazione al contratto di pegno e alla sua natura giuridica.

Coloro che tengono nettamente distinti il titolo costitutivo e il momento della nascita del diritto di garanzia non si pongono alcun problema in ordine all'ammissibilità di forme di contratti consensuali parallele a quelle reali, affrontata nei paragrafi precedenti. Nessun ostacolo di ordine concettuale si contrappone alla deducibilità di un oggetto futuro. Il titolo è già concepito come negozio che si perfeziona *solu consensu*. Aderendo a questa tesi quindi non vi è alcuna trasformazione sostanziale della struttura del negozio, che è e rimane obbligatorio. Ciò che viene a mutare è il contenuto, che si arricchisce di ulteriori obblighi⁴²⁷. Nasce un preciso obbligo di non frustrare le legittime aspettative in ordine alla venuta ad esistenza de bene che si accompagna e lega a quello della consegna dello stesso.

L'orientamento incline, invece, a qualificare il pegno come contratto reale deve scontrarsi con la questione del riconoscimento di forme consensuali di contratti reali e dello spazio lasciato all'autonomia contrattuale. Sono percorribili due strade.

Si può cercare di impedire che la futurità dell'oggetto alteri in qualche modo la natura reale del contratto di pegno - così come intesa dall'orientamento tradizionale - e rispolverare la tesi del contratto a formazione progressiva o ricorrere binomio preliminare-definitivo. In particolare:

1) La tesi del contratto a formazione progressiva

⁴²⁶ Rileva, infatti, RUBINO L., *La responsabilità patrimoniale, cit.*, p. 205 che se il pegno ha ad oggetto una cosa o un diritto che non esiste, credendo erroneamente che esista, il negozio è nullo per mancanza dell'oggetto.

⁴²⁷ In dottrina tale orientamento è stato giustificato alla luce, in breve, del seguente ragionamento. Il pegno in generale è articolato in due atti principali: il titolo costitutivo e la consegna. Qualsiasi combinazione o ricostruzione del loro rapporto comunque porta a derogare ad alcuni principi generali dell'ordinamento. Se, infatti, la consegna viene ad essere inserita all'interno del momento perfezionativo del contratto, ciò porta ad un allontanamento dal principio della sufficienza del solo accordo tra le parti *ex art. 1326 c.c.*. Se, invece, la si colloca nella fase esecutiva e viene comunque collegata alla stessa la produzione degli effetti reali, allora si ha a che fare con un contratto ad effetti reali differiti, in deroga all'art. 1376 c.c. Nessuna delle due ricostruzioni - nonostante si allontanino dai canoni tradizionali relativi al momento di conclusione e di produzione di efficacia del contratto - è comunque vietata dalla legge. Entrambi i principi generali menzionati non sono giustificati da esigenze imperative e per questo inderogabili (ne sono la prova le numerose figure negoziali presenti all'interno del codice: il legislatore ha previsto, infatti, si vendite obbligatorie che contratti reali). Secondo parte della dottrina, la scelta più aderente all'interesse delle parti è quella del contratto consensuale ad effetti reali differiti: il mero consenso vincola le parti e la garanzia nascerà solo con la consegna, cfr. CENNI D., *op. cit.*, p. 200.

La giurisprudenza ha, sin dagli anni 90, riconosciuto l'ammissibilità del pegno di cui trattasi qualificandolo come una fattispecie a formazione progressiva (riprendendo dunque le prime teorie con le quali era stato generalmente qualificato il negozio ad oggetto futuro), spostando l'accento dal singolo atto all'intera complessiva operazione di garanzia⁴²⁸.

La teoria del contratto a formazione progressiva posticipa il perfezionamento dell'intera fattispecie al momento in cui avverrà la consegna del bene (*ex nunc*). Prima di tale evento (e quindi anche prima della venuta ad esistenza dello stesso) il semplice accordo "preliminare" tra le parti e fa sorgere un mero obbligo di irrevocabilità (e l'obbligo di consegnare la cosa)⁴²⁹. Eventuali inadempimenti o scorrettezze da parte del creditore sono sanzionabili con il rimedio del risarcimento del danno *ex art.* 1337 c.c.⁴³⁰.

Tutto ciò è in linea con l'orientamento restrittivo della giurisprudenza incline ad affermare che gli effetti del contratto "consensuale" non possono essere quelli del corrispondente contratto reale⁴³¹. Infatti in questo caso la successione cronologica tra effetti preliminari e effetti definitivi esclude che ci possa essere un concorso tra norme (o fattispecie)⁴³².

⁴²⁸ Cfr. di recente Cass., 26 marzo 2010, n. 7257, in CED Cassazione 2010 e anche Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1459 con nota di CAROZZI; *Riv. Notar.*, 2000, p. 1464 nota di GAZZONI; *Corriere Giur.*, 2000, p. 1226 nota di DABORMIDA, PISTONE; *Fallimento*, 2000, p. 775 nota di FINARDI.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti, invero, costruiscono il pegno di cosa futura appunto come una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dall'accordo delle parti (accordo in base al quale vanno determinate la certezza della data e la sufficiente specificazione del credito garantito), avente meri effetti obbligatori e che si perfeziona con la venuta a esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore, precisando che "*in tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore*" (Cass., sez. I, 27 agosto 1998, n. 8517 e Cass., sez. I, 1 agosto 1996, n. 6969). Confermata da Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, in *Mass. Giur. It.*, 2003; *Arch. Civ.*, 2004, p. 1085; *Contratti*, 2004, 4, p. 361 nota di SCACCIA; *Corriere Giur.*, 2004, 1, p. 21; *Fallimento*, 2004, 11, p. 1210 nota di PANZANI; *Impresa*, 2004, p. 838 nota di FACCHIN.

⁴²⁹ Tale obbligo di consegna non trasforma il contratto reale in consensuale perché il diritto di garanzia non può sorgere per effetto del pure e semplice consenso (prima e indipendentemente dalla consegna), cfr. RUBINO L., *op. cit.*, p. 227.

⁴³⁰ Secondo RUBINO L., *op. cit.*, p. 205 si è in presenza di un unico contratto definitivo di pegno, che è valido ma per il momento ancora incompleto, e si completerà (facendo sorgere il diritto di pegno) solo quando, venuta ad esistenza la cosa, ne sarà fatta la consegna. Si evita così di dover compiere due dichiarazioni, con tutti i relativi fastidi. Nel frattempo - cioè sin dal momento della formazione del consenso - la manifestazione della volontà è irrevocabile e, salvo contraria clausola, il concedente ha l'obbligo di fare in modo che la cosa venga ad esistenza. A partire da tale momento sorgerà nel creditore il diritto alla consegna di essa.

In giurisprudenza si ritiene ammissibile il pegno irregolare di cosa futura (nel caso specifico rappresentato dal saldo liquido creditore derivante dall'incasso di titoli salvo buon fine su di un conto corrente del debitore) il quale non è altro che una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine da un accordo di per sé solo produttivo di effetti obbligatori e che si perfeziona col venir in essere dei beni oggetto del pegno. Il requisito della forma scritta "*ad validitatem*" avente data certa deve essere riferita solo all'atto negoziale da cui trae origine (e non già ai singoli atti di accreditamento di detti titoli, cosicché il relativo credito può essere ammesso in via privilegiata al passivo del fallimento del debitore garantito), cfr. Cass., 1 agosto 1996, n. 6969, in *Giur. It.*, 1998, 467 nota di MASTROMATTEO.

⁴³¹ Cfr. Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Mass. Giur. It.*, 1998; *Banca, borsa e tit. credito*, 1998, II nota di AZZARO; *Giur. Comm.*, 1998, II nota di MANCINI; *Foro It.*, 1998, I; *Corriere Giur.*, 1998 nota di PORRARO; *Giust. Civ.*, 1998, I nota di MAIMERI.

⁴³² L'esclusione del concorso tra norme è sostenuto da RUBINO D., in *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 128.

È evidente che tale ricostruzione sia quella che offre meno tutele al creditore. Sorgono esclusivamente degli effetti definiti “preliminari” (il vincolo di irrevocabilità e una obbligazione relativa alla venuta ad esistenza del bene). Su entrambe le parti grava l’obbligo di non impedire la futura nascita del diritto e talvolta - ma solo nei confronti del debitore e se pattuito - anche quello a contenuto positivo di agire per favorirne la venuta ad esistenza se il suo contributo è necessario a tal fine.

2) Contratto preliminare di pegno

Autorevole dottrina ha ammesso la possibilità di stipulare un contratto preliminare di pegno⁴³³. Tuttavia alla luce delle conclusioni di cui al § 3.1.3. non sembra possibile conciliare l’obbligo di consegna, nascente dalla stipulazione del contratto preliminare, con la spontaneità che caratterizza la stessa nella fase di perfezionamento del il contratto reale (che sarebbe poi il definitivo).

Al di fuori, quindi, della ricostruzione come fattispecie a formazione progressiva non ci sono altre teorie che possano plausibilmente ammettere la deducibilità di un oggetto futuro in un contratto di pegno e al contempo non snaturarne la sua essenza reale.

Come premesso, tuttavia, in dottrina stanno emergendo le tesi che riconoscono una natura di versa al negozio *ex art. 2786 c.c.* ed inclini ad ammettere la struttura consensuale del titolo. Aderendo a tale orientamento, in caso di oggetto futuro si avrebbe un:

3) Contratto consensuale ad effetti reali differiti.

Il negozio è già perfetto dal momento dell’incontro delle manifestazioni di volontà delle parti.

In un primo momento sorgono in virtù dell’accordo effetti meramente obbligatori. La fattispecie si completa *ex post* con l’esecuzione materiale dell’accordo, ossia la venuta ad esistenza del bene. La garanzia si costituirà, invece, con la consegna.

Le conseguenze rilevanti sono: la trasformazione di un contratto reale ad effetti reali in un contratto consensuale ad effetti reali (che può essere una semplice variante consensuale o atipico⁴³⁴) e – soprattutto – il mutamento della consegna da atto spontaneo ad atto dovuto. Questo significa che il momento in cui rilevano gli stati soggettivi dei contraenti è quello della sottoscrizione del titolo costitutivo del pegno e che la *traditio* diventa oggetto di una specifica obbligazione negoziale. Il creditore potrà, dunque, ottenere l’esecuzione forzata della stessa *ex art. 2930 c.c.*

⁴³³ Le parti possono concludere un contratto preliminare di un contratto reale di pegno anche oralmente e non occorre che la cosa da dare in pegno sia determinata o determinabile. Tuttavia se la cosa viene data dopo un certo tempo, nel dubbio è meglio optare per la fattispecie a formazione progressiva, cfr. sempre RUBINO L., *La responsabilità patrimoniale, cit.*, p. 227.

⁴³⁴ Con tutte le conseguenze in ordine al vaglio di meritevolezza da parte del giudice a seconda della qualificazione, come già visto al § 3.1.

L'utilità della stipulazione di un tale negozio si riscontra nella riferibilità della data certa all'originario accordo e non al successivo atto materiale di consegna⁴³⁵. È al primo momento che occorre far riferimento per risolvere i conflitti con terzi creditori chirografari che hanno esperito l'azione revocatoria⁴³⁶.

In più il debitore, in virtù dell'art. 1375 c.c., è obbligato a preservare l'oggetto del diritto su cui ricade l'aspettativa dell'altra parte e a non ostacolare la venuta ad esistenza del bene. Qualora nulla sia stato stabilito, quest'ultimo potrà essere ricostruito tenendo conto delle specifiche circostanze di fatto. In linea di principio la parte deve preservare integre le ragioni dell'altra e cooperare lealmente al fine di massimizzare i vantaggi e ridurre gli oneri e i rischi in capo a quest'ultima. Di conseguenza, i comportamenti doverosi possono avere anche contenuto positivo.

3.2.1.2. Il ruolo della consegna

La realtà del pegno è giustificata da tre ragioni fondamentali: assicurare al creditore l'esclusiva disponibilità della cosa; impedire al costituente di disporre del bene senza la cooperazione del creditore; creare la consapevolezza in capo ai terzi del limite che colpisce la facoltà di disporre del secondo⁴³⁷.

Secondo autorevole dottrina in caso di pegno di beni mobili la consegna non sarebbe un elemento essenziale (costitutivo della fattispecie) e insostituibile, ma solo il mezzo attraverso il quale arrivare allo spossessamento/impossessamento⁴³⁸. È una sorta di *naturalia negotii*, nel senso che sicuramente rappresenta lo strumento attraverso il quale secondo l'*id quod prlerumque accidit* le parti arrivano a tale fine. Ma ciò vuol dire anche che l'autonomia contrattuale è libera di individuarne degli altri (a seconda del bene di riferimento o del contesto in cui la garanzia va ad inserirsi), salvo poi la verifica

⁴³⁵ Tali tesi sono state sostenute anche con riferimento al pegno rotativo per avvallare la tesi degli effetti non novativi di quest'ultimo.

⁴³⁶ In dottrina è comunque discussa la possibilità di riferire il requisito della data certa al momento della stipulazione del titolo invece che a quello della consegna ai fini della prelazione.

Secondo la giurisprudenza il requisito della forma scritta "*ad validitatem*" avente data certa deve essere riferita solo all'atto negoziale da cui trae origine il pegno, cfr. Cass., 1 agosto 1996, n. 6969, in *Giur. It.*, 1998, 467 nota di MASTROMATTEO. *Contra* CENNI D., *op. cit.*, p. 205: la funzione della data certa è quella di tutelare i creditori da eventuali collusioni tra le due parti del negozio di pegno e va riferito per questo alla consegna.

⁴³⁷ Cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 69: è quindi da escludere che possano venire in considerazione surrogati capaci di sostituire lo spossessamento del debitore e l'impossessamento del creditore. Si veda anche IORIO G., *Corso di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 318.

⁴³⁸ Si tratta dell'opinione di GABRIELLI E., voce *Pegno*, *cit.*, p. 332. In tal modo è possibile superare l'idea della necessaria consegna della *res* per la costituzione del pegno di cosa mobile, come dimostra peraltro il progressivo e costante affermarsi di fattispecie di pegno senza spossessamento. Il discorso sulla funzione di garanzia nel pegno può quindi essere svolto scindendo il piano della funzione da quello dei suoi effetti, precisando le tecniche, i modi, le forme, con i quali essa può attuarsi in concreto.

in ordine alla loro idoneità. Sarebbe prova di ciò il fatto che, ad esempio, il codice prevede la possibilità di affidare la custodia del bene ad entrambi⁴³⁹.

Ciò che il legislatore richiede ai fini della nascita della garanzia è l'esclusiva disponibilità del bene pignorato in capo al creditore. Quest'ultima è un concetto giuridico: avere la disponibilità esclusiva di un bene significa avere il potere di vendere o meno la cosa, di trarne tutte le utilità del caso. L'impossessamento è, invece, una situazione di fatto.

La dottrina si è interrogata sulla esatta portata dogmatica della nozione di disponibilità di fatto della cosa ed ha affermato che il concetto di "consegna" vada esteso a tutte le ipotesi in cui si verifichi una situazione comunque nuova, socialmente e giuridicamente apprezzabile⁴⁴⁰. Serve che l'*accipiens* acquisti un potere di fatto nuovo (o ne venga modificato uno preesistente) e la contemporanea perdita o limitazione del corrispondente potere del *tradens*. La consegna è la modalità privilegiata, dunque, ma non quella esclusiva.

D'altronde il legislatore, con ripetuti interventi legislativi, ha dimostrato che lo spossessamento non è un elemento imprescindibile del pegno: si pensi al pegno sui prosciutti o sui prodotti lattiero-caseari. Ma in questi casi si tratta di un tentativo di spiritualizzazione della consegna o è un vero e proprio contratto atipico in cui quest'ultima è stata eliminata?

Con riferimento alla prima, la dottrina si è a lungo interrogata sui limiti superati i quali non si può più ritenere che si possa parlare di *traditio*. È stata da sempre esclusa quella simbolica ai fini del perfezionamento del contratto di pegno. Più dibattuta, invece, è stata l'ammissibilità del *constitutio possessorio*⁴⁴¹. Quello che conta, in realtà, non è tanto la concretizzazione della situazione possessoria così come espressamente prevista dall'art. 1140 cc., ma l'immediata realizzazione dell'interesse della parte (è indifferente poi quale sia in concreto la situazione originaria). La consegna puramente consensuale deve dunque ritenersi ammissibile⁴⁴².

In realtà le nuove forme di pegno non possessorio non possono qualificarsi come ipotesi di spiritualizzazione della consegna. Non è necessario adeguarli con delle forzature alle fattispecie reali, sono forme nuove.

⁴³⁹ La dottrina ha da tempo evidenziato il ruolo minore che il requisito della consegna riveste in caso di pegno. Lo spossessamento era necessario nel diritto romano, in quanto unica modalità attraverso la quale era possibile costituire il *pignus datum*. Nei sistemi moderni, in cui ha una rilevanza centrale il principio consensualistico, l'impossessamento serve più che altro ad attribuire tutela possessoria al soggetto e ad impedire che il debitore possa disporre (soprattutto visto l'art. 1153 cc), BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, p. 131.

⁴⁴⁰ V. FORCHIELLI P., *op. cit.*, p. 66: il potere di fatto ricorre in capo al possessore sia in caso di possesso *animo et corpore*, sia in caso di possesso solo *animo* (in cui l'altro detiene riconoscendo il possesso altrui).

⁴⁴¹ Secondo alcuni autori la consegna richiesta per la costituzione del pegno non può essere surrogata da una fattispecie consensuale come il *constituito possessorio*, cfr. SACCO R., *op. cit.*, p. 905. La tesi propensa ad ammetterla rileva come lo schema del *constitutio possessorio* sia il seguente $A > B - B > A$ (in cui A è inizialmente il *tradens*, ma poi diventa *accipiens* anche se la res non si è mai spostata), cfr. NATOLI U., *op. cit.*, p. 55.

⁴⁴² Si veda sul punto sempre NATOLI U. *op. cit.*, p. 57.

Si deve dare atto che la giurisprudenza continua ad oggi a ribadire la centralità della *traditio* in caso di pegno codicistico. Recentemente le Sezioni unite hanno, infatti, affermato che: “*se le parti intendono conseguire gli effetti propri del pegno, quale garanzia reale disciplinata dal codice e in particolare se intendono attribuire al creditore pignoratorio la prelazione, debbono rispettare le condizioni previste dalla disciplina positiva, libere certamente di conseguire effetti meritevoli in altro modo, come autorizza l’art. 1322 c.c., ma senza che in tale caso sia possibile ipotizzare che dalla convenzione possano discendere gli effetti reali e la prelazione che nascono dal pegno valido secondo la normativa codicistica*”⁴⁴³.

3.2.1.3. Il diritto di prelazione

L’art. 2787, comma 3, c.c. prevede che la prelazione non possa avere luogo se il pegno non risulti da scrittura avente data certa. Il requisito della forma scritta è quindi indispensabile ai fini della prelazione e per il riconoscimento al creditore del diritto a soddisfarsi con precedenza sul bene condizionato (rispetto agli altri creditori).

Una simile incidenza sulla *par condicio creditorum* ha portato il legislatore non solo a prevedere il numero chiuso, ma altresì ad imporre particolari oneri pubblicitari (richiesti per rendere opponibile la garanzia ai creditori del terzo datore di pegno o agli altri creditori del debitore costituente il pegno medesimo)⁴⁴⁴.

Il momento della nascita del diritto di prelazione non va tuttavia confuso con quello della nascita del diritto di pegno. La prelazione attiene, infatti, al profilo esterno. Ben può esistere un diritto di garanzia con effetti interni sia sostanziali (il diritto di ritenzione *ex art. 2794*, comma 2, c.c.) che processuali (quelli di esproprio).

Sulla questione, invece, relativa al rapporto tra il requisito di determinatezza *ex art. 1346* c.c. ai fini della validità del contratto e quello della “*sufficiente indicazione*” *ex art. 2787* c.c. e richiesto ai fini dell’opponibilità si veda più avanti il § 3.2.3.

3.2.2. Il pegno mobiliare non possessorio ex d.l. 3 maggio 2016, n.59

Il d.l. 59/2016 (il c.d. decreto Banche, convertito con la l. 30 giugno 2016, n. 119) ha introdotto nel nostro ordinamento importanti innovazioni in materia di accelerazione della realizzazione del credito (al fine di incentivare il finanziamento delle imprese), tra le quali, ai fini del presente lavoro, assume importanza la figura del pegno non possessorio⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Cfr. Cass. Sez. Unite., 2 ottobre 2012, n. 16725, in *Foro It.*, 2013, 2, 1, p. 557.

⁴⁴⁴ Cfr. Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526 in *Resp. civ.*, 2011, 10, p. 661 nota di ABATANGELO.

⁴⁴⁵ Si tratta di una legge che in dottrina è stata salutata con favore perché ha disciplinato forme di garanzia più duttili e flessibili, ma è stato definito un tentativo “*maldestro e a volte perfino goffo, come accade laddove all’art. 1 si legge al 4°*

Prima di analizzarne brevemente le caratteristiche fondamentali è opportuno tentare di dare una collocazione dogmatica a tale nuovo tipo di garanzia.

Si deve dare atto, infatti, che la prassi già conosceva e aveva etichettato forme di pegno non possessorio, come quello rotativo.

Quest'ultimo è il risultato dell'apposizione di una clausola (c.d. di rotatività) al pegno tradizionale codicistico, la quale permette la sostituzione del bene in un momento successivo senza che ciò comporti una novazione dell'accordo iniziale. La volontà delle parti è perfetta già al momento dell'accordo e l'eventuale sostituzione dei beni oggetto della garanzia si pone come un “*elemento meramente materiale*”⁴⁴⁶. Si è quindi ammessa, con il tempo, la surrogazione reale del ben tramite accordo⁴⁴⁷. L'operazione è unica dal punto di vista funzionale e allo stesso tempo complessa. Secondo parte della dottrina in tal modo il primo e unico negozio sarebbe la fonte del regolamento di tutte le fasi successive, alla stregua di un negozio di configurazione⁴⁴⁸. La legittimità di tali pattuizioni ha, ormai, trovato riconoscimento normativo anche al di fuori del codice nell'art. 87 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 59 e nell'art. 34 d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213. A livello eurounitario, invece,

comma, che il pegno prende “grado”; e al 7° comma, che il pegno (non è più iscritto ma) è “trascritto”, lasciando intendere al lettore che il legislatore non conosca la distinzione tra pegno e ipoteca e tra iscrizione e trascrizione”, cfr. GABRIELLI E., Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso, in Giur. It., 2017, 7, p. 1715 ss.

⁴⁴⁶ In giurisprudenza, Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, in *Mass. Giur. It.*, 2003; *Arch. Civ.*, 2004, p. 1085; *Contratti*, 2004, 4, p. 361 nota di SCACCIA; *Corriere Giur.*, 2004, 1, p. 21; *Fallimento*, 2004, 11, p. 1210 nota di PANZANI; *Impresa*, 2004, p. 838 nota di FACCHIN.

Questa forma di garanzia è già da tempo ammessa e disciplinata nei paesi di *common law*. Nel modello anglosassone, infatti, già a partire dal *leading case Re Panama (1870)* si è tentato di implementare il modello della *charge*, che non richiede il trasferimento del diritto di proprietà o del possesso. Inizialmente vennero concessi in garanzia singoli beni immobili o determinate categorie (*fixed charge*), fino ad arrivare ad ammettere la possibilità di estenderla all'intero patrimonio societario o parte sostanziale dello stesso nella forma della *floating charge*. Il tutto, ovviamente, senza spossessamento e dunque senza interruzione dell'attività. Le caratteristiche fondamentali della *floating charge* sono: a) il fatto di fluttuare su tutta la proprietà (presente e futura) della società senza tuttavia attaccare alcun bene in particolare; b) la possibilità del debitore di continuare a disporre liberamente della proprietà soggetta a tale garanzia nell'ordinario corso degli affari; c) la sua cristallizzazione (cioè la trasformazione in una *fixed o specific charge*) al ricorrere di determinati eventi. Il diritto di garanzia sorge immediatamente al momento della sua costituzione (*ex nunc*) e può avere ad oggetto beni sia presenti che futuri della società (ad esempio il magazzino, il patrimonio o l'insieme del proprio attivo d'impresa), cfr. per approfondimenti MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2, 2017, p. 231.

⁴⁴⁷ Il patto di rotatività del pegno si attua mediante una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo scritto e di data certa delle parti, cui segue la sostituzione dell'oggetto del pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni e con effetti ancora risalenti alla consegna dei beni originariamente dati in pegno, a condizione che nella convenzione costitutiva tale possibilità di sostituzione sia prevista espressamente, e purché il bene offerto in sostituzione non abbia un valore superiore a quello sostituito, cfr. Cass., 1 febbraio 2008, n. 2456, in *Mass. Giur. It.*, 2008; *CED Cassazione*, 2008; *Fallimento*, 2008, 7, p. 757 nota di COSTANZA. Su cosa insista, invece, tale patto – se sui beni originari o sul loro valore economico – è ancora discusso in dottrina, cfr. DOLMETTA A., *Appunti sul pegno con clausola di rotatività*, Conferenza al convegno ITA “Dal pegno su strumenti finanziari al pegno sul valore” del 24 ottobre 2001. L'ammissibilità di un atale figura è ricavabile da una serie di norme del codice. Ad esempio l'art. 2742 c.c., il quale prevede che se le cose soggette a pegno sono perite o deteriorate si ha una surrogazione dell'indennità alla cosa.

⁴⁴⁸ La tesi del negozio di configurazione è sostenuta da GAZZONI F., *op. cit.*, p. 668.

nel Regolamento n. 1346/2000/CE del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza (art. 5, par. 1) e in quello n. 2009/44/CE⁴⁴⁹.

I caratteri fondamentali della nuova figura di pegno non possessorio sono: la neutralità del valore⁴⁵⁰, la specificità⁴⁵¹ e il non spossessamento⁴⁵².

L'ambito di applicazione della norma è limitato sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. Può essere costituito solo da imprenditori iscritti al registro delle imprese (che possono essere anche terzi datori di pegno). Non è necessario, invece, che sia imprenditore il beneficiario (la norma fa genericamente riferimento alla garanzia per i crediti inerenti all'esercizio dell'impresa)⁴⁵³.

Il testo di legge prevede, inoltre, che tale garanzia possa essere utilizzata per garantire i crediti (concessi a loro o a terzi) sia presenti che futuri comunque e sempre inerenti l'esercizio dell'impresa⁴⁵⁴. Nel caso siano futuri gli stessi devono essere determinati o determinabili e deve essere previsto l'importo massimo garantito.

Anche i beni mobili oggetto del negozio di garanzia avere la stessa destinazione. Secondo la dottrina tale inerenza andrebbe a colorare la causa del contratto di pegno, risultando quindi necessaria a pena di nullità⁴⁵⁵.

I beni possono essere sia presenti che futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo⁴⁵⁶. In quest'ultima ipotesi il diritto di garanzia si costituisce solo al momento della individuazione⁴⁵⁷.

Si tratta, dunque, di una espressa tipizzazione di pegno non possessorio avente ad oggetto un bene futuro.

Salvo diversa pattuizione, il debitore (o il terzo concedente) può trasformare o alienare (o più in generale disporre nel rispetto della destinazione economica) i beni gravati dal pegno, senza che ciò importi la costituzione di una nuova garanzia (codificando gli approdi dottrinali e giurisprudenziali

⁴⁴⁹ Si registra una forte spinta dell'Unione verso una quanto più veloce soddisfazione del credito, presente anche nella direttiva 2002/47/CE.

⁴⁵⁰ Si veda GABRIELLI E., *op. cit.*, p. 1728.

⁴⁵¹ Si prevede "sin dall'origine la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità, ma per il relativo valore economico", cfr. Cass., 11 novembre 2003, *cit.*

⁴⁵² In realtà nel nostro ordinamento già esistevano ipotesi di pegno senza spossessamento create al fine di mantenere la destinazione di determinati beni all'esercizio dell'attività imprenditoriale: si tratta del pegno sui prosciutti e del pegno sui prodotti lattiero-caseari (ferma restando comunque l'annotazione del vincolo su appositi registri, vidimati annualmente).

⁴⁵³ Cfr. GABRIELLI E., *op. cit.*, p. 1729.

⁴⁵⁴ Ai fini dell'individuazione di cosa sia inerente o meno all'impresa e cosa si veda l'art. 2217, comma 1, c.c. È stato rilevato come la legge non richieda per il terzo cui è concesso il credito il requisito della necessaria iscrizione nel registro delle imprese. Quindi – fermo restando che il credito deve comunque essere inerente l'esercizio dell'impresa – si ritiene che il pegno possa essere costituito anche a garanzia dell'adempimento di un imprenditore non iscritto nel registro delle imprese (ad es. imprenditore persona fisica non iscritto, società di fatto o società irregolare), cfr. MURINO F., *op. cit.*, p. 231.

⁴⁵⁵ Sull'inerenza a pena di nullità cfr. SANTISE M., *op. cit.*, p. 884.

⁴⁵⁶ Sicuramente possono essere oggetto di pegno tutti quei beni che formano l'azienda *ex art. 2555 cc.* I beni mobili in questione possono essere anche immateriali. Sono invece esclusi quelli mobili registrati.

⁴⁵⁷ Si cfr. sempre SANTISE M., *op. cit.*, p. 885.

oramai pacifici in relazione al pegno rotativo)⁴⁵⁸. Pertanto lo stesso è naturalmente rotativo e in tal caso la garanzia si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo. Sul punto la dottrina si è interrogata in relazione agli effetti della previsione della rotatività in ordine al diritto di sequela e alla tutela del terzo avente causa di buona fede. Potrebbe prospettarsi, infatti, la possibilità che operi l'art. 1153, comma 2, c.c. in favore dell'acquirente ove sussistano i presupposti⁴⁵⁹.

Il contratto costitutivo deve avere forma scritta e indicare i soggetti (debitore, creditore e eventuale terzo concedente il pegno), la descrizione del bene dato in garanzia, del credito e dell'importo massimo garantito. Il tutto a pena di nullità. In caso di bene futuro è opportuno ricordare che l'attuale non esistenza della cosa non lo rende indeterminabile: un conto è la determinatezza, un conto è l'esistenza del bene. Si tratta di due piani diversi: la futurità non lo rende di per sé solo indeterminato⁴⁶⁰. Pertanto è ammissibile la sua registrazione in un momento precedente alla venuta ad esistenza del bene laddove sia possibile una descrizione dell'oggetto di pegno idonea alla sua identificazione.

Affinchè tale stipulazione abbia efficacia verso terzi serve un ulteriore adempimento, una sorta di forma di pubblicità che va in qualche modo a sostituire il requisito della consegna. Tra le peculiarità della nuova tipologia di pegno, rispetto a quello ordinario su cosa futura, infatti, si segnala la necessaria iscrizione nei registri dei beni possessori.

La nuova versione del comma 4 specifica che il pegno non possessorio è opponibile ai terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali solo a partire dal momento dell'iscrizione nel Registro informatizzato dei pegni non possessori costituito presso l'Agenzia delle entrate⁴⁶¹.

Non è la prima volta che nel nostro ordinamento si equipara e sostituisce allo spossessamento il requisito della iscrizione. Già la Cassazione aveva ritenuto che il patto di prelazione inserito dai soci

⁴⁵⁸ Aggiunge il legislatore che se il prodotto risultante dalla trasformazione ingloba, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà di escussione in autotutela ex comma 7 (vendita, locazione, appropriazione ecc.) spettano a ciascun creditore pignoratizio con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a), il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate. È fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.

⁴⁵⁹ cfr. MURINO F., *op. cit.*, p. 231.

⁴⁶⁰ Il requisito di determinatezza varia a seconda dell'oggetto di riferimento. Se si tratta di una attribuzione traslativa va indicato il bene che ne forma l'oggetto, la sua identità. In questo caso, trattandosi di un diritto reale di garanzia su un bene mobile sarà necessario ugualmente l'accertamento della identità del bene specifico che ne è oggetto.

⁴⁶¹ Nella precedente versione invece era previsto che *“il pegno non possessorio si costituisse esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato “registro dei pegni non possessori””*.

nell'atto costitutivo della società iscritto nel registro delle imprese fosse opponibile ai terzi⁴⁶². Sembrerebbe trattarsi dunque - a fronte di questa scissione tra momento di perfezionamento dell'accordo tra le parti ed efficacia verso i terzi - di una pubblicità dichiarativa e non costitutiva⁴⁶³. La data dell'iscrizione è estremamente importante perché alla stessa è collegato il grado del pegno (avvicinando la disciplina di quest'ultimo a quella dell'ipoteca). Il legislatore, sembra dunque aver voluto dirimere gli eventuali conflitti tra più creditori pignorati non più attraverso il requisito del possesso (dato che l'esigenza è quella di prescindere da qualsiasi forma di *traditio*), bensì con quello della priorità dell'iscrizione, con una eccezione. Una novità della nuova garanzia è rappresentata, infatti, dal fatto che quest'ultima non è opponibile a colui il quale abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato destinato all'esercizio dell'impresa (e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio successivo)⁴⁶⁴.

3.2.2.1. Natura giuridica

Dal punto di vista dogmatico non è ancora chiaro quale sia la sua natura giuridica e in che rapporti si ponga con le altre figure di pegno c.d. anomalo o atipico.

Il nuovo istituto, denominato “pegno non possessorio”, non ha di certo sostituito o tipizzato *in toto* la variante rotativa ormai diffusa nella prassi. L'ambito applicativo, come premesso, è ridotto. La sovrapposizione si ha solo in alcuni casi (ossia laddove stipulato nel contesto imprenditoriale nei termini di cui sopra). Sopravvivono dunque entrambe le figure.

Secondo autorevole dottrina il nuovo pegno rappresenterebbe un nuovo sottotipo rispetto a quello codicistico (e non una sua forma “anomala”)⁴⁶⁵.

⁴⁶² In giurisprudenza: Cass., 23 luglio 2012, n. 12792: “con l’inserimento della clausola di prelazione nell’atto costitutivo si è inteso attribuire a tale clausola, al pari di qualsiasi altra pattuizione [...] anche un valore rilevante per la società” e “la clausola statutaria di prelazione avrebbe efficacia reale ed i suoi effetti sarebbero opponibili anche al terzo acquirente”.

⁴⁶³ Così come per l’ipoteca, cfr. SANTISE M., *op. cit.*, p. 887.

⁴⁶⁴ E sempre che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro nel rispetto dei requisiti legislativi e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente. Ai sensi dell’art. 1, comma 6, l’iscrizione deve indicare il creditore, il debitore, il terzo datore del pegno (se presente), la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito e, per il pegno non possessorio che garantisce il finanziamento per l’acquisto di un bene determinato, la specifica individuazione del medesimo bene. L’iscrizione ha una durata di dieci anni, rinnovabile per mezzo di una nuova iscrizione nel registro effettuata prima della scadenza del decimo anno. La cancellazione della iscrizione può essere richiesta di comune accordo da creditore pignorato e datore del pegno o domandata giudizialmente.

⁴⁶⁵ È la tesi di GABRIELLI E., *op. cit.*, p. 1729 (“la figura presenta rispetto al tipo generale delle caratteristiche ulteriori, le *cc.dd. note extra tipiche*, le quali non sono rinvenibili nel tipo legale del pegno, e tanto meno nella sua forma “rotativa”. Tali note ulteriori sono individuabili, ad esempio, nei particolari poteri di gestione e disposizione del bene ad opera del costituente, di escussione della garanzia mediante forme di autotutela esecutiva ad opera del creditore garantito”). A deporre in favore di tale ricostruzione vi sarebbero i commi 10 e 10bis i quali prevedono che il pegno non possessorio sia “equiparato” al pegno agli effetti degli artt. 66 e 67 della l. fall. e per quanto non previsto si applichino le disposizioni codicistiche in quanto compatibili.

Contra GAZZONI F., *op. cit.*, p. 668. Secondo l’autore questa il pegno rotativo non sarebbe semplicemente una fattispecie “anomala”, ma un negozio atipico (così come in tutti i casi in cui vi è una trasformazione del contratto da reale in

La giurisprudenza è incline a qualificarlo come fattispecie a formazione progressiva, così come in caso di pegno di bene futuro⁴⁶⁶. Tuttavia è stato rilevato in dottrina come il pegno su beni futuri produttivi sia in parte diverso rispetto a quest'ultimo. Pertanto non è possibile richiamare apoditticamente le riflessioni sulle varie teorie sviluppate nel § 3.2.1.2.

Innanzitutto si prescinde del tutto dalla consegna del bene. Questo dato, tuttavia, non può essere di per sé decisivo.

In realtà il nodo problematico si è posto in relazione al fatto che il legislatore non è stato chiaro nell'indicare il momento a partire dal quale sorge la garanzia: se *ex nunc* da quando il bene viene ad esistenza (come in caso di pegno su beni futuri tradizionale) oppure se possa esserci spazio per la retroazione degli effetti alla data dell'iscrizione.

In ragione di ciò, i primi commentatori hanno sottolineato l'importanza sistematica del comma 5 dell'art. 1, che prevede l'eccezione alla regola dell'opponibilità al creditore che abbia finanziato l'acquisto del bene nei termini di cui sopra. Si è affermato che questa ipotesi rappresenti un caso di garanzia su bene futuro, dato che la stessa insiste sulla cosa che verrà ad esistenza grazie al finanziamento⁴⁶⁷. Se il legislatore ha sentito il bisogno di inserire una deroga all'efficacia verso questa specifica figura di terzo, significa che il pegno non possessorio su beni produttivi futuri è opponibile nei confronti degli altri sin dal momento dell'iscrizione (con una sorta di retroazione)⁴⁶⁸.

Qualora venisse seguita questa plausibile lettura, la natura giuridica del nuovo pegno non potrebbe essere né quella di contratto a formazione progressiva, né di negozio ad effetti reali differiti. L'effetto retroattivo del momento della nascita della garanzia al momento dell'iscrizione, infatti, fa pensare più ad un negozio sospensivamente condizionato.

Si sono già in parte analizzate le differenze di regime tra la ricostruzione del negozio ad oggetto futuro come negozio ad effetti reali differiti o sotto condizione sospensiva.

consensuale) perché vengono alterate le modalità conformative tipiche. In caso contrario sarebbe un patto aggiunto, nullo perché in deroga al principio inderogabile di specialità ex art. 2787, comma 2.

⁴⁶⁶ Recentemente ribadito da Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in Foro It., 2016, 6, 1, p. 2146: "il cd. "patto di rotatività" - con cui le parti convengono, "ab origine" la variabilità dei beni costituiti in pegno, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico - si connota come fattispecie a formazione progressiva, nascente da quell'accordo e caratterizzata dalla sostituzione, totale o parziale, dell'oggetto della garanzia, senza necessità di ulteriori stipulazioni, pur nella continuità del rapporto originario, i cui effetti risalgono alla consegna dei beni inizialmente dati in pegno. Pertanto, il trasferimento del vincolo pignoratorio così attuato, non richiede una nuova e distinta manifestazione di volontà delle parti o che l'indicazione dei diversi beni risulti da un atto scritto avente data certa, rivelandosi, invece, sufficiente che la descritta sostituzione sia accompagnata dalla specifica indicazione di quelli sostituiti e dal riferimento all'accordo suddetto, così consentendosi il collegamento con l'originaria pattuizione". Cfr. anche Cass., 11 novembre 2003, n. 16914 cit..

⁴⁶⁷ L'impresa costituisce un pegno su un macchinario futuro che ha intenzione di comprare, lo iscrive e poi chiede il finanziamento per acquistarlo. Più semplicemente è il caso del creditore che finanzia e allo stesso tempo richiede in garanzia il bene che si acquisterà grazie al prestito.

⁴⁶⁸ Si veda SANTISE M., *op. cit.*, p. 889.

Solo nel primo caso sorgono immediatamente effetti obbligatori, mentre la condizione li sospende tutti (sia gli effetti reali che quelli obbligatori) e questa fase di “pendenza” è regolata da una particolare disciplina (*ex art. 1356 e ss*)⁴⁶⁹. Non solo, ma anche i rimedi in caso di inadempimento dell’obbligo di preservare integre le ragioni dell’altra e cooperare lealmente al fine di massimizzare i vantaggi e ridurre gli oneri e i rischi in capo a quest’ultima sono diversi⁴⁷⁰.

Secondo alcune prime letture sarebbe, infine, possibile stipulare un contratto preliminare di pegno non possessorio⁴⁷¹.

3.2.2.2. Modalità di escussione

Le modalità di escussione della garanzia sono plurime e si pongono sul solco delle forme di rapida realizzazione del credito, così come richiesta dall’Unione europea (oltre che dal mercato).

Il creditore – dopo aver intimato il debitore e informato gli eventuali titolari di pegno⁴⁷² - può agire in via di autotutela e:

⁴⁶⁹ Durante il detto periodo di pendenza - su cui retroagiscono l’avveramento o il mancato avveramento della condizione - le parti si trovano in una posizione di aspettativa che è fonte di effetti preliminari. Nessun effetto riferito alla situazione finale può però verificarsi finché dura la pendenza salvo alcune eccezioni derivanti dall’applicazione dei principi ricavabili dalle disposizioni dettate dall’art. 1358 c.c.. Come già approfondito nel § 4.1.2. del capitolo I, letteralmente, l’odierno art. 1358 c.c., sembrerebbe far sorgere un obbligo non in capo ad entrambe le parti, ma solo nei confronti di colui che risulta essere il titolare del diritto, al fine di tutelare l’aspettativa giuridicamente rilevante dell’altro soggetto ad ottenere quanto dovuto. Tuttavia, una lettura in chiave sistematica della norma, alla luce dell’immanenza del principio di buona fede delle parti che permea l’intera disciplina contrattuale, non può non portare a ritenere che un generale obbligo di correttezza incomba altresì sull’altra parte. Il contenuto dell’obbligo di buona fede si sostanzia nel dovere di preservare l’oggetto del diritto su cui ricade l’aspettativa dell’altra parte e quello di non ostacolare l’avveramento della condizione. Le parti possono specificarlo con previsioni puntuali all’interno del regolamento contrattuale.

Si deve dare atto, tuttavia, di autorevole dottrina la quale sostiene che in caso di contratto sospensivamente condizionato l’obbligo di comportarsi secondo buona fede previsto dall’art. 1358 c.c., pur essendo una specificazione di quello gravante in generale sulle parti del contratto ai sensi dell’art. 1375 c.c., presenti delle differenze rispetto a quest’ultimo. Il comportamento richiesto *ex art. 1378 c.c.* sarebbe limitato al dovere di conservare integre le ragioni dell’altra parte. Di conseguenza l’altro contraente non può essere costretto a tenere un comportamento positivo (entrambe le parti si assumono il rischio in ordine all’avveramento dell’evento dedotto). Quest’ultimo potrebbe essere chiamato ad attivarsi, nei limiti però dell’apprezzabile sacrificio. Di conseguenza il parametro da utilizzare in caso di inadempimento non può essere quello della diligenza del buon padre di famiglia *ex art. 1176*. Cfr. BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 526.

⁴⁷⁰ In caso di negozio sotto condizione sospensiva, oltre a quelli generali previsti in caso di inosservanza dell’obbligo di buona fede (la risoluzione e il risarcimento), il contraente ha a disposizione quelli specifici per neutralizzare i comportamenti imputabili all’altra parte. Infatti, qualora venga pregiudicato il diritto oggetto del negozio attraverso atti materiali, si possono compiere atti conservativi. Se, invece, sono posti in essere atti giuridici (di natura, ad esempio, dispositiva), soccorre in favore del soggetto leso la retroattività reale della condizione. Infine, qualora vi sia un comportamento scorretto volto ad interferire con il naturale processo di avveramento, la parte può utilizzare il rimedio della *fictio iuris ex art. 1359 c.c.*

⁴⁷¹ Cfr. DI MARCO, G.-CAMPIDELLI, S., *Convertito in legge il Decreto Banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in *Quotidiano giuridico*, 30 giugno 2016 (visto che l’estraneità di tale garanzia all’orbita dei contratti reali, per i quali, invece, tale possibilità è piuttosto discussa).

⁴⁷² Tale comunicazione è importante ai fini dell’opposizione del debitore e del terzo concedente *ex art. 7bis*. Il creditore potrebbe, infatti, decidere di svendere il bene (che ha un valore maggiore rispetto al credito) oppure non rispettare le indicazioni legislative.

- a) vendere i beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita con obbligo di restituire l'eccedenza (ricalcando lo schema del patto marciano)⁴⁷³;
- b) escutere o cedere i crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita;
- c) locare il bene oggetto di garanzia imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, sempre che ciò sia stato previsto nel contratto insieme all'importo del canone;
- d) appropriarsi lui stesso dei beni oggetto del pegno, salvo però che tale facoltà sia stata prevista nel contratto e che siano stati concordati i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita (la cd escussione in autotutela mediante appropriazione).

Tale facoltà di scelta permane anche in caso di liquidazione giudiziale del debitore a condizione che il credito sia stato ammesso al passivo con prelazione.

In sede di conversione è stata poi predisposta una dettagliata disciplina per l'escussione materiale del pegno⁴⁷⁴. Il legislatore prevede che in caso di mancata consegna entro quindici giorni dalla

⁴⁷³ La vendita può essere effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate da parte di operatori esperti (salvo il caso di beni di non apprezzabile valore), assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. L'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice. In ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche ex art. 490 cpc. Tutte queste precauzioni – la restituzione dell'eccedenza e la stima da parte dell'esperto – sono le caratteristiche fondamentali dello schema del patto marciano e che vanno a differenziarlo dal patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c. In tal modo si attribuisce al creditore una forma di autotutela esecutiva (con conseguente deflazione del contenzioso), tutelando allo stesso tempo il debitore da comportamenti abusivi o usurari. Una delle *ratio* che giustificano il divieto del patto commissorio è infatti quella di evitare che quest'ultimo sia spinto ad accettare qualsiasi condizione e cifra pur di ottenere il credito. La posizione dell'"aspirante debitore" è infatti normalmente debole. Laddove invece il rapporto obbligatorio sia già sorto ed in prossimità della scadenza ci si renda conto dell'impossibilità dell'adempimento nelle forme pattuite si può optare per una sorta di *datio in solutum* (quale può essere l'esercizio delle facoltà di autotutela del creditore) nelle forme di cui sopra. Non c'è il rischio di impoverimento ingiusto perché c'è la restituzione dell'eccedenza (si estingue il credito e esce un bene dal patrimonio). L'aspetto più importante dello schema è sicuramente quello della stima, la quale deve essere quanto più possibile attendibile, imparziale e fondata su criteri oggettivi (predeterminati). Ovviamente ciò è possibile soprattutto con riferimento ai beni mobili e soprattutto con un certo valore di mercato. Non è un caso che le prime figure di patto marciano siano nate con riferimento a operazioni in cui l'individuazione e la stima del bene e della eccedenza siano facili, come ad esempio il pegno irregolare o quello su crediti. Negli ultimi anni si è assistito ad una ampia diffusione di tale meccanismo in favore della realizzazione del credito: ad esempio l'art. 6 d. lgs. n. 170/2004 (in attuazione della Dir. 2002/47/CE e che contiene una espressa deroga al divieto di patto commissorio); l'art. 11 *quaterdecies* della legge sul vitalizio ipotecario (L. 248/05); l'introduzione (ad opera del d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della Dir. 2014/17/UE) del nuovo capo I bis nel T.U.B.; al nuovo art. 48 bis sempre nel T.U.B.. Pegno non possessorio e patto marciano sono due meccanismi che si inseriscono nella fase patologica del rapporto e sono entrambi eventuali, tuttavia vanno tenuti distinti. Il secondo è infatti destinato a produrre l'effetto traslativo definitivo del bene e la correlata estinzione dell'obbligazione, cfr. CIPRIANI N., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 2017, 7, p. 1715.

⁴⁷⁴ Ex Art. 1, comma 7ter: se il titolo non dispone diversamente, il datore della garanzia deve consegnare il bene mobile oggetto del pegno al creditore entro quindici giorni dalla notificazione dell'intimazione di cui al comma 7. Se la consegna non ha luogo nel termine stabilito, il creditore può fare istanza, anche verbale, all'ufficiale giudiziario perché proceda, anche non munito di titolo esecutivo e di precetto, a norma delle disposizioni di cui al libro terzo, titolo III, del codice di procedura civile, in quanto compatibili. A tal fine, il creditore presenta copia della nota di iscrizione del pegno nel registro di cui al comma 4 e dell'intimazione notificata ai sensi del comma 7. L'ufficiale giudiziario, ove non sia di immediata

notificazione dell'intimazione, il creditore possa fare istanza anche verbale all'ufficiale giudiziario perché proceda ai sensi delle norme del libro III, titolo III, del Codice di procedura civile anche laddove non sia munito di titolo esecutivo e di precetto (a tali fine il creditore presenta copia della nota di iscrizione del pegno e dell'intimazione notificata). Sembra dunque che il contratto costitutivo del pegno non possessorio sia stato equiparato ad un titolo esecutivo.

Se l'escussione avviene in violazione delle modalità previste dal legislatore (e non corrispondono ai valori correnti di mercato il prezzo della vendita, il corrispettivo della cessione o della locazione ovvero il valore comunicato di cui alla lett. d), il debitore entro tre mesi può chiedere il risarcimento del danno. Si tratta di una responsabilità di tipo contrattuale⁴⁷⁵.

In caso di escussione abusiva della garanzia al debitore è concessa altresì la possibilità di opporsi (con un ricorso secondo il rito ordinario di cognizione) entro 5 giorni dalla data di notifica dell'intimazione. Nonostante il chiaro tentativo del legislatore di accelerare le forme di escussione e di recupero del credito, non si poteva riconoscere al debitore il solo rimedio successivo del risarcimento del danno in caso di comportamenti scorretti da parte del creditore.

3.2.3. Pegno su crediti futuri

Il pegno può essere costituito a garanzia di crediti futuri attraverso l'apposizione di una specifica clausola contrattuale⁴⁷⁶.

L'ammissibilità di tale variante è stata giustificata attraverso l'applicazione analogica dell'art 2852 c.c., il quale ammette l'iscrizione ipotecaria relativamente ai crediti che possono eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente⁴⁷⁷.

La stessa norma che ne autorizza l'esperibilità ne fissa al contempo i limiti: non è ammesso in relazione ai i crediti futuri in relazione ai quali manchi il rapporto-base.

identificazione, si avvale su istanza del creditore e con spese liquidate dall'ufficiale giudiziario e anticipate dal creditore e comunque a carico del medesimo, di un esperto stimatore o di un commercialista da lui scelto, per la corretta individuazione, anche mediante esame delle scritture contabili, del bene mobile oggetto del pegno, tenendo conto delle eventuali operazioni di trasformazione o di alienazione poste in essere a norma del comma 2. Quando risulta che il pegno si è trasferito sul corrispettivo ricavato dall'alienazione del bene, l'ufficiale giudiziario ricerca, mediante esame delle scritture contabili ovvero a norma dell'articolo 492-bis del codice di procedura civile, i crediti del datore della garanzia, nei limiti della somma garantita ai sensi del comma 2. I crediti rinvenuti a norma del periodo precedente sono riscossi dal creditore in forza del contratto di pegno e del verbale delle operazioni di ricerca redatto dall'ufficiale giudiziario. Nel caso di cui al presente comma l'autorizzazione del presidente del tribunale di cui all'articolo 492-bis del codice di procedura civile è concessa, su istanza del creditore, verificate l'iscrizione del pegno nel registro di cui al comma 4 e la notificazione dell'intimazione.

⁴⁷⁵ Si potrebbe anche qualificare come responsabilità per violazione del patto marciano.

⁴⁷⁶ Per approfondimenti si rimanda a STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, CEDAM, 2003.

⁴⁷⁷ Le ragioni che giustificano la limitazione in ordine ai crediti futuri sui quali può sorgere la garanzia è rinvenibile in due fondamentali esigenze: la prima nei confronti del garante (limitare un'indiscriminata possibilità di fare credito) e l'altra nei confronti dei terzi (i quali devono sapere in relazione a quali crediti quel bene è vincolato), cfr. RAVAZZONI A, *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 318.

È in ambito bancario che si è sviluppata principalmente questa forma di pegno. Nelle condizioni generali predisposte dalle stesse per regolare i rapporti di clientela si trova, infatti, la seguente specifica clausola: *“la banca è investita di diritto di pegno e di diritto di ritenzione sui titoli o valori di pertinenza del cliente comunque detenuti dalla banca stessa o che pervengano ad essa successivamente, a garanzia di qualunque suo credito – anche se non liquido o esigibile ed anche se assistito da altra garanzia reale o personale – già in essere o che dovesse sorgere con il cliente”*⁴⁷⁸. Quest’ultima forma di pegno – la cui ammissibilità è discussa in dottrina - ha preso il nome di pegno *omnibus* e - a differenza di quanto previsto dall’art. 2852 c.c. - ammette la costituzione della garanzia anche in relazione a crediti futuri nascenti da rapporti non ancora esistenti. Per questi motivi la giurisprudenza e la dottrina ancora oggi dubita in merito alla sua validità.

Nel caso in cui il soggetto sia un imprenditore iscritto nel Registro delle imprese può essere utilizzata, altresì la nuova figura di pegno non possessorio *ex d.l. 59/2916* per garantire i crediti sia presenti che futuri inerenti l’esercizio dell’impresa.

Il vantaggio per il creditore nella scelta di una garanzia di tal fatta sta nel fatto che fino a quando il credito non venga ad esistenza il bene è comunque sottratto alla disponibilità del debitore⁴⁷⁹.

Come anticipato, in questo caso la futurità pone un problema di determinatezza e determinabilità del credito garantito. Tale requisito è rilevante sotto diversi punti di vista.

Innanzitutto ai fini della validità *ex art. 1346 c.c.*. Il negozio deve contenere la descrizione e rappresentazione dei crediti futuri (o quantomeno dei sicuri criteri ai fini della loro individuazione).

In particolare, l’indicazione di tutti gli elementi caratterizzanti gli stessi: la fonte (il titolo), la persona del debitore, il contenuto e la natura della prestazione, il momento in cui sorgerà il credito

Ma non solo, una tale identificazione è necessaria altresì in relazione al principio di accessorietà della garanzia, la quale deve accedere ad un credito che sia individuato e determinato/determinabile in base al contenuto dell’atto costitutivo.

Secondo la giurisprudenza non occorre che il credito venga specificato in tutti i suoi estremi soggettivi e oggettivi nella scrittura costitutiva del pegno: basta che contenga elementi, anche esteriori, idonei all’identificazione che permettano di determinare quantomeno i soggetti, l’ammontare del credito e la sua fonte⁴⁸⁰. La determinabilità deve essere, quindi, valutata in primo luogo con riferimento al

⁴⁷⁸ Art. 10, Circolare ABI 26 giugno 2000.

⁴⁷⁹ Cfr. RUBINO L., *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 189.

⁴⁸⁰ Secondo Cass. 20 marzo 2003, n.4079, in : *“è nullo per (indeterminatezza e) indeterminabilità dell’oggetto il contratto di pegno su titoli (nella specie, costituito in favore di una banca) che si limiti ad indicare, del tutto genericamente, quale oggetto della garanzia reale, “i titoli ed i valori depositati o che verranno depositati sul conto/deposito a garanzia esistente presso la banca creditrice”, così omettendo di indicare non solo gli elementi propri di ciascuno dei “titoli e valori”, ma persino la relativa categoria di appartenenza”*, in *Dir. Fall.*, 2004, 2, p. 397; in *Fallimento*, 2004, 1, p. 56 nota di MASCIONE.

titolo negoziale dal quale esso promanerà e ovviamente il problema si pone in maniera diversa a seconda che quest'ultimo sia già esistente o meno.

C'è un ulteriore peculiare profilo di cui si deve tenere conto nell'analisi del profilo della determinabilità in caso di pegno su crediti futuri. Il legislatore, ha specificamente previsto che – affinché nasca il diritto di prelazione – laddove il credito garantito ecceda la somma di euro 2,58 serva altresì una scrittura avente data certa la quale contenga una sufficiente indicazione del credito e della cosa (art. 2787 c.c.).

Non sono mancati, di conseguenza, contrasti relativamente all'interpretazione del requisito della “sufficiente indicazione” richiesta dall'art. 2787, comma 3, c.c. e più in generale della questione ad esso sottesa, ovverossia l'ipotizzabilità di un diritto di pegno senza prelazione.

Che relazione esiste tra il requisito della determinabilità *ex art. 1346 c.c.* e quello della sufficiente determinazione *ex art. 2787 c.c.*?

L'orientamento dominante ritiene che i due piani non vadano in alcun modo sovrapposti e che la sufficiente determinazione *ex art. 2787, comma 3, c.c.* non possa essere ritenuta quale sinonimo della determinabilità *ex art. 1346* (tale ultima norma sarebbe norma speciale rispetto all'art. 1346 cc in relazione all'oggetto del contratto)⁴⁸¹.

È quindi necessario tenere concettualmente separati il piano della validità del negozio e quello che regola il concorso con i creditori. Anche la Cassazione ha più volte affermato che la forma scritta prevista *ex art. 2787, terzo comma, c.c.* deve essere soddisfatta ai soli fini della prelazione del creditore pignoratizio sulla cosa oggetto della garanzia⁴⁸².

Esigenze di tutela dei terzi e della *par condicio creditorum* impongono, infatti, requisiti più stringenti: è previsto specificamente il requisito della forma scritta, della data certa e si specifica che l'identificazione del credito e della cosa deve essere sufficiente⁴⁸³.

Si deve dare atto che esiste comunque un indirizzo ad oggi minoritario, il quale ha sostenuto la contraddittorietà della distinzione un'efficacia interna e una esterna del pegno, perché la logica della

⁴⁸¹ Infatti la mera determinabilità *per relationem* è sufficiente per la costituzione del pegno, ma non per la sua opponibilità.

⁴⁸² Cfr. Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526 in Resp. civ., 2011, 10, p. 661 nota di ABATANGELO.

⁴⁸³ Il principio di accessoriarietà desumibile dall'art. 2784 c.c. comporta la nullità per difetto di causa dell'atto costitutivo della prelazione stipulato in relazione ad un credito non ancora esistente. Non si esclude, in applicazione analogica dell'art. 2852 c.c., l'ammissibilità della costituzione della garanzia a favore di crediti condizionali o che possano eventualmente sorgere in dipendenza di un rapporto già esistente. In quest'ultimo caso è necessaria, ai fini della validità del contratto, la determinazione o la determinabilità del credito, la quale postula l'individuazione non solo dei soggetti del rapporto, ma anche della sua fonte (ferma restando la validità e l'efficacia del contratto "inter partes" la mera determinabilità del rapporto comporta l'inopponibilità del pegno agli altri creditori, ivi compreso il curatore, in caso di fallimento del soggetto che abbia costituito la garanzia, laddove manchi la sufficiente indicazione del credito garantito, cfr. Cass., 25 marzo 2009, n. 7214 in Contratti, 2009, 7, p. 711.

garanzia è l'opponibilità ai terzi (il diritto di prelazione che assiste il creditore pignoratizio non costituisce un mero accessorio, ma esaurisce il contenuto del diritto di pegno⁴⁸⁴).

3.3. Forme reali di contratti consensuali

La giurisprudenza, in linea generale, tende ad escludere la possibilità che i contraenti possano creare forme atipiche reali di contratti consensuali. È stato infatti affermato che mentre è oramai ammesso che le parti possano stipulare una versione consensuale di un contratto reale tipico, con contenuto però diverso (il cd fenomeno della "progressiva erosione" del modello del contratto reale), è da escludersi, invece, che laddove sia previsto, per un certo assetto negoziale, il meccanismo regolatore della consensualità (vera e propria "via maestra" nella produzione degli effetti giuridici), si possa dare vita ad un modello reale atipico⁴⁸⁵.

Tuttavia tale assunto non può essere condiviso in senso assoluto. È opportuno, infatti, analizzare prima il ruolo e la funzione della consegna in relazione alla formazione delle singole figure contrattuali tipiche previste dal legislatore e solo successivamente è possibile trarre delle conclusioni in tal senso.

Diversi autori sono favorevoli ad ammettere una realtà di tipo convenzionale⁴⁸⁶.

Tuttavia, l'approfondimento degli approdi dottrinali e giurisprudenziali in relazione a tali figure negoziali esula dalle tematiche del presente lavoro di ricerca poiché attraverso la previsione convenzionale del meccanismo della realtà *strictu sensu* intensa (la consegna) non sarebbe più possibile la deduzione all'interno del regolamento contrattuale del bene futuro.

⁴⁸⁴ Se il mero consenso delle parti non è sufficiente - pur in assenza di particolari oneri di forma - a dar vita alla garanzia reale su un bene mobile, altrettanto deve dirsi anche nell'ipotesi di pegno di credito, nonostante la formulazione letterale dell'art. 2800 c.c., che sembra autorizzare una distinzione fra il momento costitutivo del pegno e l'acquisto del diritto di prelazione che consegue alla notificazione dell'atto costitutivo al terzo debitore, poiché, come risulta dalle considerazioni che precedono, il diritto di prelazione che assiste il creditore pignoratizio non costituisce un mero accessorio del diritto che egli abbia già acquistato per effetto dello scambio dei consensi intercorso col proprio debitore e che valga unicamente a rafforzare la portata di un diritto già entrato nel suo patrimonio rendendolo opponibile ai terzi; il diritto di prelazione esaurisce, infatti, il contenuto del diritto di pegno, sia che cada su beni mobili, sia che cada su crediti, come emerge dal rilievo che, mancando il vincolo di indisponibilità del credito costituito in pegno, non solo non è ipotizzabile alcuna opponibilità nei confronti dei terzi, ma neppure è consentito il soddisfacimento privilegiato del credito garantito nei confronti del debitore che ha concesso la garanzia, come già si è detto con riferimento al pegno di beni mobili., cfr. Cass., 24 giugno 1995, n. 7158, in *Fallimento*, 1996, I, p. 60. Si è discusso a lungo sugli effetti di un pegno valido *inter partes* ma non nei confronti dei terzi: secondo alcuni sussiste un diritto di ritenzione in favore del creditore pignoratizio, secondo altri nasce un obbligo del debitore a completare l'atto costitutivo del pegno nel momento in cui verrà ad esistenza il credito futuro.

⁴⁸⁵ Cfr. Cass. civ. Sez. I, 26-01-1996, n. 611, in Banca Borsa, 1997, II, p.123; Foro It., 1997, I, p.1247

⁴⁸⁶ VITUCCI P., *op. cit.*, p. 180; CENNI D., *op. cit.*, p. 256; GRECO P., *Questioni in tema di riporto*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, p. 507; MASTROPAOLO F., *op. cit.*, p. 59; FORCHIELLI P., *op. cit.*, 1952, p. 31: non solo le figure contrattuali ritenute tradizionalmente reali, ma anche quelle sicuramente consensuali possono venire concepite e concluse dai contraenti *re* anziché *consensu*.

Capitolo IV

DIRITTI FUTURI E MODIFICAZIONI SOGGETTIVE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

Sommario: 1. Premessa - 2. Futurità e modificazioni del lato attivo - 2.1. La cessione dei crediti futuri - 2.1.1. Natura giuridica - 2.1.2. Determinabilità del credito futuro - 2.1.3. Pluralità di cessioni - 2.1.4. Gli obblighi di garanzia - 2.2. Il *factoring* - 3. Modificazioni del lato passivo: le ipotesi di assunzione di un debito futuro - 3.1. L'espromissione di un debito futuro – 3.1.1. Natura giuridica - 3.2. L'accollo - 3.2.1. Natura giuridica - 3.2.2. L'accollo legale di debito futuro - 3.3. La delegazione - 3.3.1. Natura giuridica

1. Premessa

Le esigenze di una sempre più rapida circolazione della ricchezza hanno portato all'incremento non solo di contratti attraverso i quali si dispone dei beni non ancora venuti ad esistenza, ma anche di diritti aventi le medesime caratteristiche. La libera circolazione dei crediti e dei debiti è una conquista degli ordinamenti moderni ed è nata e si è sviluppata nella prassi⁴⁸⁷.

È in atto da tempo un processo di dematerializzazione della ricchezza e di trasferimento della stessa in forme del tutto peculiari.

In negozi che si andranno ad analizzare, ad esempio, sono idonei ad anticipare il momento dispositivo rispetto a quello della effettiva titolarità del diritto futuro. Si può alienare un credito che non è ancora entrato a far parte del proprio patrimonio, tanto che parte della dottrina ha parlato di disposizioni dell'inesistente, laddove a maggior ragione l'oggetto è un dato ideale come il credito (o il debito⁴⁸⁸).

⁴⁸⁷ Nel diritto romano l'aspetto personale del rapporto obbligatorio aveva un grosso peso. La persona del creditore o del debitore erano elementi identificativi e qualificanti rispetto a quest'ultimo. In caso di mutamento dei soggetti, infatti, si assisteva più che a un fenomeno di circolazione del credito/debito ad una vera e propria novazione (*in delegatione atque expromissione semper est novatio*). Era difficilmente concepibile una sostituzione tra soggetti che non creasse un nuovo vincolo. Solo in caso di successione *mortis causa* si ammetteva una successione universale nei rapporti di un'altra persona, cfr. GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 619. Pertanto una modificazione degli stessi comportava necessariamente una vicenda estintiva. Per questi motivi il legislatore non ha inserito nel codice la novazione soggettiva attiva e per quella passiva ha previsto l'applicazione delle norme sulla delegazione, espromissione e accollo. Oggi è oramai accolto il principio della circolabilità dei crediti, intesi sempre più come beni al pari delle situazioni soggettive reali, cfr. PERLINIGERI P. *Della cessione dei crediti*, art. 1260 - 1267, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1982, p. 9. Sia in caso di cessione che di delegazione, espromissione o accollo, il diritto resta sempre lo stesso: il contenuto rimane immutato dal punto di vista sostanziale, così come la fonte, cfr. GALLI R., *Nuovo corso di diritto civile*, Milano, CEDAM, 2017, p. 624. Nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo il mutamento della garanzia patrimoniale è solo un effetto della modifica soggettiva.

⁴⁸⁸ Si veda TROIANO S., *La cessione dei crediti futuri*, Padova, CEDAM, 1999, p. XV.

Nel codice civile sono poche le norme che fanno riferimento ai diritti futuri. Ciò deriva dal fatto che il legislatore del 1942 si è soffermato più che altro sugli atti di disposizione dei beni (forme di circolazione della ricchezza sicuramente più comuni nel vecchio sistema economico)⁴⁸⁹.

È soprattutto nella legislazione speciale che si è disciplinato a tale fenomeno⁴⁹⁰. Ne manca, comunque, una precisa definizione. Di conseguenza sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate in merito alla sua esatta delimitazione e ne hanno tracciato i confini rispetto alle figure affini dei diritti condizionali o a termine e dell'aspettativa.

Il diritto è la posizione attiva di un rapporto giuridico: un potere o una pretesa riconosciuta dall'ordinamento a tutela di un interesse ed è futuro quando non è ancora sorto - o meglio - quando non esiste ancora nella titolarità di alcun soggetto⁴⁹¹.

La venuta ad esistenza dello stesso va apprezzata - diversamente da quanto accade per i beni futuri - non sul piano materiale, ma su quello prettamente giuridico.

In particolare, il piano giuridico cui fare riferimento è il patrimonio del soggetto. Anche per i diritti altrui (e quindi quelli soggettivamente futuri) vale lo stesso principio, ma le due categorie - come già visto - vanno tenute separate e distinte⁴⁹².

Si è da tempo distinto in dottrina tra diritti futuri in senso ampio (in cui ricadono tutti quelli aventi ad oggetto una aspettativa di diritto, ad esempio perché sottoposti a condizione o a termine) e quelli in senso stretto (rispetto ai quali il futuro titolare vanta un'aspettativa di mero fatto).

Se il diritto è sottoposto a condizione, infatti, secondo l'orientamento dominante, il contratto ha ad oggetto un diritto attuale e autonomamente trasferibile⁴⁹³. Si tratta di una autonoma posizione di

⁴⁸⁹ Nel codice civile si vedano, ad esempio, gli artt. 1938 (fideiussione per una obbligazione futura) e 2852 (ipoteca su crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente).

⁴⁹⁰ È soprattutto negli anni 90 che il legislatore si è interessato al fenomeno della circolazione del credito futuro. Infatti risale a quel periodo la legge 21 febbraio 1991, n. 52 sul *factoring* (art. 3 ss sulla cessione dei crediti futuri e dei crediti in massa), la legge di ratifica ed esecuzione della convenzione UNIDROIT sul *factoring* internazionale (Ottawa, 28 maggio 1988) del 14 luglio 1993, n. 260 e la legge 30 aprile 1999, n. 130, "*Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*".

⁴⁹¹ In dottrina: SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989, p. 71 e PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri*, Napoli, Jovene, 1962, p. 23.

⁴⁹² Durante la vigenza del codice del 1865 parte della dottrina propendeva per l'assimilazione dei diritti oggettivamente futuri a quelli soggettivamente futuri, cfr. RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 413 e MAIORCA C., *Il pegno su cosa futura e il pegno su cosa altrui*, Milano, Società editrice Librai, 1938, p. 6 ss. Con l'entrata in vigore del nuovo codice, l'espressa scelta legislativa di tenere distinte le due ipotesi (con riferimento ad esempio al contratto di vendita) ha portato ad un mutamento di rotta e alla oramai pacifica distinzione tra futuità oggettiva e soggettiva. È stato comunque sostenuto che in entrambi i casi l'effetto traslativo si verifichi nel momento in cui il diritto sorgerà nel patrimonio dell'acquirente e che quindi - sebbene diverse - si può giustificare l'estensione di alcune delle soluzioni elaborate per la prima alla seconda, cfr. GRASSO E., *Cessione di credito futuro e fallimento del cedente*, in *Dir. fall.*, 1958, II, 338 e TROIANO S., *op. cit.*, p. 21.

⁴⁹³ Si vedano sul punto: LUMINOSO A., *La vendita*, in CICU A. - MESSINEO F. - MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, p. 199; PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 36 ("*la vendita del c.d. diritto condizionato, non è una vendita di diritto futuro, ma di un diritto presente e attuale, di natura provvisoria e strumentale, inteso come diritto al diritto*"); RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ.*, a cura di Cicu - Messineo, vol. XXIII, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 146 ("*non è vendita di cosa futura, né emptio spei, né contratto aleatorio atipico, ma vendita ordinaria la vendita*").

vantaggio⁴⁹⁴ di cui si può disporre e l'alienazione di quest'ultima realizza i suoi effetti già al momento della conclusione (a prescindere dall'avveramento o meno della stessa)⁴⁹⁵. Quanto detto dovrebbe valere, per ragioni di ordine sistematico, in caso di contratto sottoposto a termine⁴⁹⁶.

Al contrario, il trasferimento di un diritto futuro è sospeso fino a quando il diritto non viene ad esistenza e *medio tempore* il debitore è obbligato a cooperare a tale fine. Secondo l'orientamento tradizionale, il suo acquisto non si verifica direttamente in capo al cessionario, ma in forma mediata (entra prima nella titolarità del cedente e poi passa immediatamente in quella del cessionario)⁴⁹⁷. In realtà tale ultima ricostruzione non è del tutto pacifica in dottrina. In tempi recenti – alla luce delle conseguenze che un simile meccanismo ha nell'ambito delle procedure concorsuali – sono state

di un credito sottoposto a condizione sospensiva [...] (il diritto) esiste già, e viene trasferita al momento della conclusione della vendita, un'aspettativa, che non è una mera situazione di fatto, una mera speranza, ma una situazione giuridica, in quanto non solo è idonea a determinare poi l'acquisto del diritto definitivo, ma già nel frattempo consta di diritti preliminari"; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, vol. VII, Torino, UTET, 1972., p. 375 ("il diritto futuro, derivante da una fattispecie incompleta, deve essere tenuto distinto rispetto al diritto condizionato. Il diritto condizionato è un'autonoma posizione di vantaggio di cui può attualmente disporsi come di un diritto presente. Il trasferimento di tale diritto realizza la vicenda assunta ad oggetto della vendita: e regola il verificarsi o il mancato verificarsi della condizione ad un evento che concerne ormai la sfera giuridica del nuovo titolare. La vendita del diritto futuro è invece un contratto che attende di realizzarsi attraverso il completamento della fattispecie costitutiva del diritto. Essa, quindi, obbliga di regola il venditore a cooperare per tale compimento, conformemente all'impegno traslativo"); ASTONE A., *Il trasferimento del credito*, artt. 1260-1267, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 29.

Autorevole, seppur minoritaria, dottrina ha, invece, qualificato il diritto condizionato come diritto futuro, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa di diritto*, in *Enc. giur.*, III, Varese, Giuffrè, 1959, p. 232 il quale afferma che in caso di vendita del diritto sottoposto a condizione sospensiva "può meglio spiegarsi riconoscendo che, nell'ipotesi, oggetto della disposizione sia il diritto futuro". Dello stesso avviso BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, p. 539.

Nel diritto romano - in diversi passi - obbligazioni future e convenzionali vengono trattate unitariamente. Ad esempio nel Digesto si legge che "*res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione: [...] et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat, sed et futurae obligationis nomine dari possunt*" (Marciano, D. 20. 1. 5. pr.). Formula poi recepita in parte dal nostro art. 2852 cc.. Nel diritto medioevale talvolta si è qualificata l'obbligazione futura come sotto-fattispecie di quella condizionale, cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹⁴ È un interesse attuale a conservare le possibilità esistenti che l'acquisto possa verificarsi utilmente in capo al titolare dello stesso, cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 83.

⁴⁹⁵ Che la si definisca come "aspettativa" o "aspettativa di diritto" o "diritto al diritto" è comunque autonomamente e immediatamente trasferibile. Anche se collocata all'interno di una fase preliminare di efficacia del contratto si tratta pur sempre di una posizione giuridica soggettiva attuale e autonomamente tutelata dall'ordinamento. Il titolare dell'aspettativa può esperire una serie di rimedi cautelari per tutelare il suo interesse. Incombe in capo all'altra parte, ancora, un obbligo di buona fede e in caso di inadempimento può legittimamente utilizzare gli strumenti di tutela generali (risoluzione e risarcimento), più quelli specifici per neutralizzare i comportamenti imputabili all'altra parte. Infatti, qualora venga pregiudicato il diritto oggetto del negozio attraverso atti materiali, si possono compiere atti conservativi. Se, invece, sono posti in essere atti giuridici (di natura, ad esempio, dispositiva), soccorre in favore del soggetto leso la retroattività reale della condizione. Infine, qualora vi sia un comportamento scorretto volto ad interferire con il naturale processo di avveramento, vi è il rimedio della *la fictio iuris ex art. 1359 c.c.*. È discussa quale sia la natura giuridica dell'aspettativa di diritto. Si sono contrapposte varie tesi: da quella che lo qualifica come diritto soggettivo, come una categoria giuridica a sé stante, come formula descrittiva degli effetti preliminari ecc. È comunque una situazione giuridica preliminare distinta dal successivo diritto finale (quest'ultimo qualificabile, invece, come futuro).

⁴⁹⁶ Bisogna comunque tenere concettualmente distinti il termine di efficacia del contratto (che dà vita ad una situazione giuridica di aspettativa assimilabile a quella in caso di condizione) e semplice termine di adempimento dell'obbligazione (che invece rileva soltanto sul piano dell'esigibilità e non sull'esistenza del diritto).

⁴⁹⁷ Cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 44.

prospettate soluzioni differenti, le quali propendono per la nascita del diritto direttamente in capo al compratore⁴⁹⁸.

Non è diritto futuro un credito semplicemente non esigibile⁴⁹⁹ o relativo a frazioni di prestazioni di futura maturazione inerenti a un rapporto di durata in corso di svolgimento (es. locazione)⁵⁰⁰.

Può parlarsi diritto futuro allorquando, ad esempio, la fattispecie costitutiva non si sia ancora perfezionata o non abbia neppure cominciato a formarsi⁵⁰¹.

Prospettata in questi termini sembra che sia indifferente lo stato di avanzamento della fattispecie (se ciò che impedisce il completamento sia un elemento che incide sul perfezionamento o sulla efficacia del contratto). Tuttavia è stato rilevato che fino a quando non sia stata neanche avviata la fase perfezionativa del negozio non si possa ancora parlare di diritto futuro⁵⁰².

In realtà in giurisprudenza è stato affermato che è una posizione giuridica suscettibile di cessione ai sensi dell'art. 1348 c.c., anche un diritto semplicemente sperato, ossia meramente eventuale. L'aleatorietà che in tal caso caratterizza il contratto non ne comporta l'invalidità, purché l'atto indichi

⁴⁹⁸ Si rimanda per approfondimenti al § 2.3.1. del capitolo V.

⁴⁹⁹ Il requisito dell'attualità dell'obbligo va tenuto nettamente distinto da quello della sua esigibilità: *“il primo indica che già attualmente il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione”* e *“il secondo indica che la prestazione può essere attualmente richiesta”*, cfr. BIANCA C.M., *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 4.

⁵⁰⁰ Potrebbe risultare fuorviante in questo senso l'orientamento giurisprudenziale che richiede – ai fini della validità della cessione – che vi sia un rapporto già in corso. Tale affermazione va coordinata con la natura giuridica dei contratti di durata. Si sono succedute nel tempo diverse teorie in merito. Secondo un primo orientamento dottrinale simili rapporti vanno ricostruiti in termini atomistici: vi sarebbe una (o per taluno anche più di una) fonte costitutiva iniziale dalla quale scaturirebbero molteplici rapporti obbligatori. In tal modo è possibile configurare la cessione di crediti futuri (in realtà in questo caso va verificato se la futurità delle singole obbligazioni si riferisca al momento della loro nascita o alla sola fase esecutiva). L'orientamento prevalente in dottrina ritiene, invece, che vi sia non solo un'unica fonte costitutiva, ma anche un'unica posizione obbligatoria, costituita da più prestazioni autonomamente distinte e destinate ad essere eseguite nel tempo. Unico è, infatti, l'interesse del creditore, cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 214: *“anche se la periodicità è prevista a vantaggio del debitore, i singoli adempimenti successivi nel tempo sono collegati in funzione di un interesse durevole del creditore quale risulta dalla fonte dell'obbligazione. in relazione all'unitarietà di tale interesse si giustifica l'idea di un'unica obbligazione che richiede prestazioni autonomamente distinte”*.

Attenta dottrina ha comunque operato una distinzione tra rapporti di durata (es. la somministrazione di energia elettrica, locazione, affitto, rendita vitalizia ecc.) e obbligazioni con prestazione unica ad esecuzione frazionata nel tempo (es. la vendita con prezzo a rate o a consegne ripartite), cfr. CHIANALE A., *Obbligazioni di durata*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, UTET, 1995, p. 394. Nel secondo caso l'obbligazione è sicuramente unica. Con riferimento ai rapporti di durata invece il discorso è più articolato. L'art. 1458 c.c., infatti, prevede che, ad esempio, la risoluzione per inadempimento abbia effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica (lasciando intendere che le prime godano di una sorta di autonomia). La regola della retroattività può essere, tuttavia, spiegata con una estinzione solo parziale dell'obbligazione. Benché le singole prestazioni siano apprezzabili singolarmente, c'è comunque un unico quadro unitario (un unico interesse durevole), pertanto non possono essere qualificabili come singole pretese creditorie. La posizione di credito è una sola. Di conseguenza l'eventuale cessione avrebbe ad oggetto non un credito futuro, bensì l'unico credito (in forma totale o parziale) già sorto. Diverso è il caso di quelle prestazioni sull'insorgenza delle quali incidono non solo il tempo, ma anche altri fattori, come ad esempio il credito alimentare. In questo caso non nasce subito un'obbligazione unitaria, ma va valutato volta per volta se sussiste lo stato di bisogno, cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 187.

⁵⁰¹ È l'opinione di LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 199. L'autore fa l'esempio dell'alienazione di un credito che il venditore acquisterà da un contratto che pensa di concludere con un terzo o una promessa al pubblico perfetta ma non ancora efficace.

⁵⁰² Cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 54. Qualche dubbio può riscontrarsi con riferimento a quelle ipotesi in cui la fattispecie non c'è ancora, ma vi è comunque un'aspettativa giuridica alla nascita della stessa. Si pensi ad esempio al contratto preliminare o a quello di opzione. Secondo GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 48 ss l'aspettativa (e l'esigenza di proteggere il futuro acquisto del titolare del diritto) in caso di simili negozi si pone negli stessi termini rispetto ai casi di diritto condizionato.

l'ammontare, i soggetti coinvolti ed il tempo della presumibile venuta ad esistenza dello stesso⁵⁰³. Come si avrà modo di sottolineare, il requisito di determinatezza svolge un ruolo fondamentale ai fini della validità di un negozio avente ad oggetto tali situazioni giuridiche soggettive.

Premesso ciò è poi opportuno valutare caso per caso la compatibilità della futurità del credito o del debito con la funzione e la struttura della singola fattispecie negoziale (e in che modo la futurità incida sulla stessa).

Ad esempio con riferimento al negozio di rinuncia di diritti futuri prevale una generica opinione positiva. La Cassazione ha affermato che risulta un principio uniformemente riconosciuto in giurisprudenza che la rinuncia possa riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto e nella loro estensione, con il solo limite che non esistano divieti di legge o che non si tratti di diritti indisponibili.

Invece, relativamente all'assunzione di debiti futuri, si riscontrano opinioni divergenti con particolare riferimento, come si vedrà, all'espromissione e all'accollo di debito futuro.

I problemi da affrontare divergono a seconda che il negozio abbia anche effetti reali o solo obbligatori. In caso di alienazione di un diritto futuro, la struttura del regolamento subisce un mutamento dal punto di vista contenutistico: gli effetti obbligatori diventano preminenti rispetto a quelli differiti reali, non solo sotto il profilo cronologico, ma anche sotto quello quantitativo (nascono, infatti, particolari e nuovi obblighi, come quello di non frustrare l'aspettativa della venuta ad esistenza del bene).

Per quanto riguarda quelli ad effetti obbligatori, invece, si pone più che altro un problema di determinabilità dell'oggetto. La preoccupazione del legislatore è quella di rendere quanto più prevedibile in capo alla parte il suo impegno contrattuale.

2. Futurità e modificazioni del lato attivo

La principale vicenda modificativa del lato attivo del rapporto obbligatorio è sicuramente la cessione del credito⁵⁰⁴.

Esistono altre due possibili strumenti utilizzabili dalle parti per raggiungere lo stesso risultato ossia la surrogazione per pagamento e la delegazione attiva. La prima è un'ipotesi di trasferimento legale del credito che si differenzia dalla cessione perché presuppone che vi sia già stato l'adempimento (e

⁵⁰³ Posto che nella nozione di credito futuro, suscettibile di cessione, rientra anche il credito semplicemente sperato, è valida la cessione (nella specie, a favore di un istituto di credito a garanzia di un debito) dei contributi promessi da un comune ad associazione sportiva, cfr. Cass., 11 maggio 1990, n. 4040, in *Foro It.*, 1991, I, 2489 nota di SIMONE.

⁵⁰⁴ Il diritto romano non conosceva l'istituto della cessione del credito. L'obbligazione era concepita come vincolo personale. Si era tentato di raggiungere lo stesso risultato con la novazione soggettiva (ma era necessario il consenso del ceduto) o del mandato a riscuotere (con il rischio, però, di revoca dello stesso), cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 572.

che quindi il creditore originario sia già stato soddisfatto). La delegazione attiva non è disciplinata all'interno del codice ed è una fattispecie a struttura trilaterale (al contrario, come si vedrà, del negozio *ex art. 1260 c.c.*) tra il creditore (delegante), un terzo (il delegatario) e il debitore (il delegato), in cui il secondo diviene il destinatario della prestazione cui è obbligato il debitore del delegante.

2.1. La cessione dei crediti futuri

La cessione di crediti futuri è stata sempre generalmente ammessa sia in dottrina che in giurisprudenza⁵⁰⁵, a condizione che vengano rispettati i principi generali sull'oggetto del contratto (quindi il credito deve essere determinato o determinabile).

Si tratta di un negozio di trasferimento a titolo particolare tra vivi il cui termine di riferimento è rappresentato da un diritto (viene alienata la pretesa creditoria)⁵⁰⁶.

Il fondamento normativo di tale figura all'interno del codice è rinvenibile all'interno degli artt. 1348 e 1472 c.c.⁵⁰⁷.

Il diritto trasferito al cessionario deve essere qualitativamente e sostanzialmente lo stesso che si trovava nel patrimonio del cedente. Sicuramente possono essere apportate delle modifiche dal punto di vista quantitativo (un'attribuzione parziale) o per quanto riguarda i diritti accessori (può validamente essere costituita una garanzia di natura reale con riferimento ai crediti futuri), ma un mutamento sostanziale porterebbe a riqualificare la fattispecie come novazione⁵⁰⁸.

Quanto alla struttura la cessione si perfeziona con il solo consenso delle parti, ma l'effetto traslativo è subordinato alla venuta ad esistenza del credito in capo al cedente⁵⁰⁹. L'acquisto è a titolo derivativo.

⁵⁰⁵ In dottrina: PERLINGERI P., *Della cessione dei crediti*, in Comm. Scialoja-Branca, artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982, p. 12 ss; MANCINI T., *Cessione dei crediti*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 9, *Obbligazioni e contratti*, Torino, UTET, 1999, p. 467; DOLMETTA A., voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 315, VERDE C., *La circolazione dei crediti futuri*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012; MANCINI T., *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1968.

In giurisprudenza si è affermato che la figura della cessione del credito è un rapporto giuridico bilaterale, intercorrente tra cedente e cessionario, che può riguardare anche crediti futuri e rileva nel momento in cui questi vengono a giuridica esistenza. Il perfezionamento della cessione avviene col semplice consenso tra cedente e cessionario, cfr. Cass., 10 maggio 2005, n. 9761, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 5, p. 433 nota di CAMPAGNOLO; Cass., 22 aprile 2003, n. 6422, in *Mass. Giur. It.*, 2003; *Guida al Diritto*, 2003, 27, p. 93; *Arch. Civ.*, 2004, p. 264; Cass., 11 maggio 1990, n. 4040, in *Foro It.*, 1991, I, 2489 nota di SIMONE. Invece secondo Cass., 5 giugno 1978, n. 2798, in *Rep. Foro. It.*, p. 302 (voce: cessione dei crediti): il negozio di cessione di credito futuro è consentito ove sia determinabile con riferimento ad uno specifico rapporto e (però solo) quando esso venga ad esistenza.

⁵⁰⁶ Il trasferimento del diritto di credito può essere qualificato anche come successione nel credito. Secondo la dottrina, infatti, trasferimento e successione sono termini equivalenti. Il primo attiene all'oggetto (il credito che viene trasferito) e l'altro ai soggetti (al creditore originario succede il nuovo creditore). La cessione può essere legale (se ha titolo nella legge), negoziale (se disposta dalle parti in un contratto) o giudiziale (se contenuta in un provvedimento del giudice).

⁵⁰⁷ È importante anche l'art. 1472 c.c. perché in concreto la vendita di beni futuri potrebbe avere tale struttura. Infatti quest'ultima – in sostanza – è una forma di alienazione più che del bene, del diritto sul bene.

⁵⁰⁸ Se riguarda obbligazioni pecuniarie ad esempio cambia il luogo di adempimento dell'obbligazione.

⁵⁰⁹ Si tratta di un contratto consensuale bilaterale ad effetti reali tra cedente e cessionario, cui è del tutto estraneo il debitore ceduto (il quale, dunque, è parte del rapporto obbligatorio ceduto, ma non del contratto). Più complesso è invece l'aspetto relativo agli effetti della cessione e la sua "rilevanza esterna". Ai sensi dell'art. 1264, la cessione è opponibile al debitore ceduto solo in caso di accettazione o di avvenuta notificazione. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente l'effetto

Un eventuale acquisto a titolo originario *ex art. 1153 c.c.* è configurabile solo con riferimento ai titoli di credito⁵¹⁰.

Non tutti i crediti futuri possono, comunque, essere oggetti di cessione. Esistono dei limiti e divieti di natura sia legale che negoziale⁵¹¹.

Il fenomeno di cui trattasi è oggetto di grande attenzione anche in ambito sovranazionale. All'interno dei Principi Unidroit vi sono due articoli allo stesso dedicati: il 9.1.5 (Crediti futuri) il quale stabilisce che un credito futuro si presume ceduto al momento dell'accordo, a condizione che, quando esso venga ad esistenza, possa essere identificato come il credito al quale la cessione si riferisce e l'art. 9.1.6 (Cessione in massa dei crediti) secondo il quale alcuni crediti possono essere ceduti in massa, sempre che possano essere identificati al momento della cessione o quando vengano ad esistenza, come quelli ai quali la cessione si riferisce. Ne è quindi riconosciuta l'ammissibilità nonché la libera trasferibilità attraverso un negozio giuridico già perfetto e valido al momento della sua stipulazione. Viene dato, inoltre, risalto al requisito della determinatezza.

2.1.1. Natura giuridica

Per quanto riguarda la natura giuridica è ormai superata la tesi della cessione imperfetta (caratterizzata dalla indeterminatezza dell'oggetto) o a formazione progressiva⁵¹².

traslativo del contratto di cessione è immediatamente rilevante nei confronti del debitore. La giurisprudenza, infatti, ribadisce che la natura consensuale del contratto di cessione comporta che lo stesso può dirsi perfetto al momento dell'accordo *ex art. 1376 c.c.*. Pertanto gli atti di accettazione e notificazione non sono elementi essenziali ai fini della produzione degli effetti reali del negozio di cui trattasi. Il cessionario ha immediatamente il diritto di pretendere l'adempimento. La notificazione e l'accettazione tutelano la buona fede del debitore che confida nella persistente titolarità del credito in capo all'ex creditore (il cedente) e il suo interesse alla liberazione. Ma a tal fine non è richiesta una deroga al principio consensualistico o la creazione di una vicenda traslativa relativa. Gli atti di accettazione e di notificazione rilevano, dunque, in quanto idonei a rimuovere il limite della tutela del debitore in buona fede.

⁵¹⁰ Cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 569. Il fatto che la disciplina della cessione dei crediti preveda la notificazione al debitore ceduto e che il cessionario sia esposto a tutte le eccezioni opponibili al cedente ne fa uno strumento meno appetibile per gli operatori economici interessati alla speditezza e la sicurezza del trasferimento. Inoltre la cessione risulta più rischiosa perché prima della notifica/accettazione il debitore originario potrebbe legittimamente adempiere nei confronti del cedente (oltre al fatto che vi può essere stata una cessione plurima).

⁵¹¹ La legge individua, infatti, delle categorie di crediti incedibili in ragione della loro natura strettamente personale (in questi casi si tutela il debitore e la rilevanza che ha per lui la persona del creditore). Ci sono, inoltre, numerosi divieti. L'art. 1261 c.c., ad esempio, prevede che i magistrati dell'ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai non possano, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti in riferimento ai quali è sorta una contestazione davanti all'autorità giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni (i cd. crediti litigiosi). Ancora, lo stesso vale per gli amministratori pubblici con riferimento ai beni affidati alle loro cure o per gli amministratori privati che amministrano nell'interesse di un soggetto o di un interesse privato (es. il curatore dell'eredità giacente, i genitori, il tutore dell'interdetto, il curatore dell'inabilitato o dell'emancipato). In caso di crediti litigiosi o di amministratori pubblici, si tratta di forme di incapacità speciali che portano alla dichiarazione di nullità dell'atto. Se, invece, sono privati è un impedimento soggettivo, pertanto l'atto è annullabile e suscettibile di convalida. I limiti alla cessione di natura negoziale sono opponibili ai terzi solo se questi ultimi ne erano a conoscenza.

⁵¹² O quella della fattispecie incompleta dal punto di vista procedimentale, Cfr.: FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 190; SCONAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 335; GAZZARA G., *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 118.

Dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 è stata teorizzata la figura del negozio a consenso anticipato (rispetto al suo oggetto)⁵¹³. Come già visto nel primo capitolo (§ 3.2.1.), si tratta di un contratto in corso di formazione non in relazione al consenso (che già c'è), ma all'oggetto, di cui si attende la futura venuta ad esistenza. In particolare, il contratto a consenso anticipato rappresenterebbe un'ipotesi di inversione dell'ordine cronologico di formazione degli atti giuridici. È stata prospettata, altresì, la tesi del negozio sottoposto a condizione legale del venire ad esistenza del credito⁵¹⁴, con tutte le conseguenze in ordine alla regolamentazione del periodo di sospensione del rapporto e all'applicazione dell'art. 72 l. fall. (vista l'efficacia retroattiva dell'acquisto e le conseguenze in ordine all'opponibilità agli organi delle procedure concorsuali).

Rispetto a quest'ultima, tuttavia, si registra un ostacolo di ordine concettuale: secondo la giurisprudenza nella cessione sottoposta a condizione si dispone di un diritto che già esiste nel patrimonio del cedente (solo gli effetti della cessione sono subordinati ad un evento futuro e incerto), mentre in caso di cessione di credito futuro il credito ancora non è sorto⁵¹⁵.

Ad oggi è ormai prevalente l'orientamento incline a considerarla come negozio obbligatorio ad effetti reali differiti⁵¹⁶.

Ciò significa che dal momento della stipulazione sorge l'obbligo di non frustrare la legittima aspettativa del cessionario in ordine alla venuta ad esistenza del credito. Il cedente deve astenersi dal compiere qualsiasi atto che possa determinare il non trasferimento, l'estinzione del diritto o una

⁵¹³ Si tratta della nota tesi di RUBINO D., *Compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. a cura di Cicu – Messineo*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè editore, 1962, pag. 178 ss.

In giurisprudenza si veda con riferimento alla vendita si vedano: Cass., 11 giugno 1956, n. 2048, in *Giust. Civ.*, 1956, I, p. 1235; Cass. 11 gennaio 1958, n. 66, *ivi*, 1958, I, p. 677: “*la vendita di cosa futura costituisce un'ipotesi di contratto destinato a produrre, fino a quando la cosa non venga ad esistenza, effetti preliminari [...] quando ciò non si verifica entro il termine perentorio all'uopo pattuito, il contratto rimane incompleto per mancanza dell'oggetto e quindi non si attua il trasferimento della res compravenduta nella proprietà del compratore, il quale deve restituire il prezzo eventualmente ricevuto in anticipo*”.

⁵¹⁴ In dottrina, DOLMETTA A.A., PORTALE G.B., *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 76 ss.

⁵¹⁵ Cfr. Cass., 10 gennaio 1966, n. 184, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1307, secondo la quale non si possono ricondurre ad un'unica disciplina due figure nettamente distinte, quali la cessione condizionata e quella di un credito futuro: “*nel primo caso il credito già esiste nel patrimonio del cedente nel momento in cui il negozio si conclude pur essendo la produzione degli effetti del negozio stesso subordinata ad un avvenimento futuro e incerto. Nella cessione di crediti futuri il credito non esiste ancora nel patrimonio del cedente, onde gli effetti traslativi non si verificano al momento del perfezionamento del negozio, ma non appena il credito verrà ad esistenza*”.

⁵¹⁶ La natura consensuale del contratto di cessione di credito comporta che esso si perfezioni per effetto del solo consenso dei contraenti (cedente e cessionario), ma non importa, altresì, che al perfezionamento del contratto consegua sempre il trasferimento del credito dal cedente al cessionario. Nel caso in cui oggetto del contratto di cessione sia un credito futuro, il trasferimento del credito dal cedente al cessionario si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza. Prima di allora il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria, cfr. Cass., 17 marzo 1995, n. 3099, in *Mass. Giur. It.*, 1995; Cass., 14 novembre 1996, n. 9997, in *Nuova Giur. Civ.*, 1998, I, p.24 nota di SCORZA; Cass., 29 marzo 2000, n. 3782, in *Dir. Fall.*, 2001, II, p.749 nota di BONAVITACOLA; Cass., 2 febbraio 2001, n. 1510, in *Giust. Civ.*, 2001, I; Cass., 19 giugno, n. 8333, in *Riv. Notar.*, 2002, 435 nota di VOCATURO; Cass., 26 ottobre 2002, n. 15141, in *Giur. It.*, 2005, p.636 nota di TUCCI; Cass., 22 aprile 2003, n. 6422, in *Guida al Diritto*, 2003, 27, p.93; Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Guida al Diritto*, 2005, 41, p.70.

diminuzione del valore dello stesso. Ma non solo: il compratore può essere costretto a comportamenti positivi⁵¹⁷.

L'attuale inesistenza del diritto, inoltre, non impedisce la produzione di tutti quegli effetti obbligatori indipendenti rispetto a quello reale, come ad esempio quello di pagamento del prezzo.

Inoltre, in virtù dell'obbligo di buona fede, il cedente è tenuto a comunicare al cessionario la nascita del diritto. Le parti del contratto sono solo queste ultime due. Nessun obbligo nasce in capo al debitore ceduto⁵¹⁸.

Laddove venga accertata la certezza in ordine alla non venuta ad esistenza del credito, si verifica la risoluzione automatica del contratto qualora l'impossibilità non sia imputabile alla parte. In caso contrario troverà applicazione la disciplina ordinaria in caso di inadempimento imputabile, compresa la tutela risarcitoria per l'interesse contrattuale positivo a carico del cedente⁵¹⁹.

Si ha inadempimento anche laddove la prestazione eseguita sia diversa da punto di vista quantitativo rispetto a quella prevista nel regolamento contrattuale. Siffatta circostanza ha delle precise conseguenze giuridiche anche se non sia imputabile al debitore. Qualora il bene venga ad esistenza, ma in misura quantitativamente inferiore rispetto a quella prevista, il compratore potrà scegliere tra la risoluzione (se l'inadempimento è di non scarsa importanza) e la riduzione del prezzo, a prescindere dalla sussistenza o meno della colpa (la quale rileva esclusivamente in caso di richiesta di risarcimento del danno). Nel caso in cui, invece, la diminuzione non sia imputabile si applica l'art. 1464 c.c. sull'impossibilità parziale.

L'imperfetta attuazione dell'effetto traslativo legittima la parte ad esperire - oltre agli ordinari rimedi di natura caducatoria di cui sopra - l'azione di esatto adempimento, qualora il cessionario abbia interesse alla conservazione del contratto.

Autorevole dottrina ha ritenuto che la cessione non sia altro che l'effetto di una vendita o di un altro negozio presupposto⁵²⁰. Secondo un diverso orientamento, invece, si tratterebbe di un negozio autonomo con causa variabile⁵²¹: viene disciplinato, infatti, non più come nel codice del 1865 nella

⁵¹⁷In linea generale, parte della dottrina ritiene che, se nulla è stato stabilito dalle parti, in questa fare possa applicarsi la disciplina prevista in materia di contratto sottoposto a condizione: la parte dovrà pertanto comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte.

⁵¹⁸ Cfr. FINAZZI G., *La cessione del credito*, in ALESSI, MANNINO (a cura di), *La circolazione del credito*, I, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da Garofalo, Talamanca, Padova, CEDAM, 2008, p. 189.

⁵¹⁹ La responsabilità è di natura contrattuale. Se la parte impedisce la venuta ad esistenza della cosa (tramite comportamenti attivi o omissivi) è responsabile *ex contractu* e si applicano i normali principi in materia di inadempimento. Nessuna incidenza ha sulla natura della responsabilità il fatto che gli effetti reali siano differiti.

⁵²⁰ Si vedano BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 586 ("la cessione del credito è un negozio di alienazione e la sua causa è l'interesse che di volta in volta l'atto è diretto a realizzare (vendita, cessione a causa di garanzia...)" e GAZZONI F., *op. cit.*, p. 620

⁵²¹In dottrina: MANCINI T., *op. cit.*, p. 461.

In giurisprudenza è stato affermato che la cessione del credito sia "*un negozio a causa variabile, che può essere stipulata anche a fine di garanzia senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia "pro solvendo" e non già "pro soluto", con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio d'insolvenza del*

parte dedicata alla vendita, bensì in quella generale. Di conseguenza risulta svincolato da un preciso tipo negoziale⁵²².

Se, tuttavia, la cessione viene posta in essere con causa donativa la stessa è nulla *ex art. 771 c.c.*⁵²³, a meno che non venga in rilievo una liberalità c.d. indiretta ed allora è discusso in dottrina se il divieto di cui trattasi sia comunque applicabile in quanto – anche se non espressamente richiamato dall’art. 769 c.c. – è possibile ritenerla una c.d. “norma materiale” in materia di donazione⁵²⁴.

Fino a quando il credito non viene ad esistenza la cessione ha effetti meramente obbligatori⁵²⁵.

Per parti si intendono il creditore (il cedente) e il terzo (cessionario). Il credito può essere trasferito anche senza il consenso del debitore⁵²⁶, salvo che non abbia natura strettamente personale.

debitore ceduto. Diversamente, qualora la cessione abbia ad oggetto crediti futuri, l'effetto traslativo si produce solamente quando il credito viene ad esistenza, mentre tale effetto non si produce affatto nell'ipotesi in cui sia desumibile dal contratto la volontà del cedente di non privarsi della titolarità del credito e di realizzare solamente effetti minori, quali l'attribuzione al cessionario della mera legittimazione alla riscossione del credito”, cfr. Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in Mass. Giur. It., 2002; Notariato, 2003, p.116.

⁵²² Trattandosi comunque di un negozio giuridico deve sempre esserci una causa che lo sorregge. Quest’ultima non può essere identificata nel mero interesse all’alienazione del credito, ma va ricercata di volta in volta (può trattarsi di una vendita, di una donazione, di una cessione in pagamento).

⁵²³ Si vedano TROIANO S., *op. cit.*, p. 436 e FINAZZI, *op. cit.*, p.196. Dato che l’art. 771 c.c., stabilisce espressamente che la donazione se “comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi”, è nulla la donazione di crediti futuri anche nel caso in cui questi ultimi siano stati donati unitamente a crediti esistenti.

In giurisprudenza si rileva che se nella fattispecie si è trattato di una cessione di credito futuro, a titolo di liberalità, come sostenuto dal convenuto, la cessione stessa è nulla (*art. 771 c.c.*). Se invece si è trattato di cessione di credito futuro a seguito di corresponsione di un prezzo (anche se detto prezzo costituiva il corrispettivo non solo della cessione, ma anche degli altri beni compravenduti, come pure ritenuto dalla sentenza), la causa della cessione consiste nella vendita, con la conseguenza che la disciplina applicabile a questa cessione di credito, oltre alle norme speciali sulla cessione di credito, è quella della vendita di cosa futura, cfr. Cass., 19 giugno 2001, n. 8333, in *Riv. Notar.*, 2002, p.435 nota di VOCATURO; *Giust. Civ.*, 2002, I, p.2875.

⁵²⁴ Come approfondito meglio nel capitolo secondo, autorevole dottrina ritiene che laddove attraverso il negozio si produca comunque una liberalità, allo schema negoziale prescelto si applicano le cd. norme materiali della donazione, ossia un “*quelle dettate per la donazione per espressa disposizione di legge o per la ratio propria delle disposizioni stesse*”, TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. in CARNEVALI U.- MORA A. (a cura di), in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 78. Di conseguenza se la *ratio* dell’art. 771 c.c. è quella di porre un freno alla prodigalità potrebbe essere considerata una norma materiale. Secondo un altro orientamento invece l’art. 771 c.c. è una norma eccezionale e pertanto non suscettibile di applicazione analogica, cfr. Cass., 05 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. Notar.*, 2001 nota di GAZZONI; *Corriere Giur.*, 2001, 6, 756 nota di MARICONDA; *Giur. It.*, 2001, 1595 nota di D’AURIA; *Nuova Giur. Civ.*, 2001, 1, 679 nota di RINALDI; *Nuovo Dir.*, 2001 nota di SANTARSIERE; *Nuove Leggi Civili*, 2001, 943 nota di SANTARSIERE; *Notariato*, 2001, 5, 454 nota di LOMONACO; *Giust. Civ.*, 2002, 1, 471; *Riv. Notar.*, 2002, 404 nota di VISALLI.

⁵²⁵ Cfr.: MACARIO F., *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo stato dell’arte (di giudicare)*, in *riv. dir. priv.* 2000, p.437 ss; SACCHI LODISPOTO G., *Cessione dei crediti futuri e mercato delle cartolarizzazioni*, in *Banca Borsa e Tit. credito*, 2003, II, p. 541; LAMBRINI P., *Della cessione dei crediti*, in GABRIELLI E., *Comm. dir. civ.*, Milano, UTET, 2013, p. 741.

In giurisprudenza, si vedano le pronunce citate nella nota 515 relativa alla natura giuridica della cessione.

⁵²⁶ Sotto questo profilo si differenzia dalla cessione del contratto per il quale invece il legislatore richiede il consenso del debitore ceduto (ha ad oggetto la complessiva posizione di diritti e obblighi pertanto non è indifferente eseguire la prestazione e riceverla da un altro soggetto)

Quest'ultimo è parte del rapporto e non del negozio. La sua accettazione o la notificazione non incidono sull'effetto traslativo, ma sull'opponibilità⁵²⁷. Già dal momento dell'accordo, diventa, infatti, debitore del cessionario.

Tale automaticità va però coordinata con l'immanente principio di buona fede. Il debitore può confidare nella preesistente titolarità del credito e adempiere. L'accettazione e la notifica rimuovono il limite della tutela del debitore in buona fede e sono anche requisiti di opponibilità della cessione ai terzi aventi causa e ai creditori (oltre che al debitore stesso)⁵²⁸.

In caso di più cessioni a persone diverse prevale la cessione notificata per prima al debitore o accettata per prima con atto di data certa⁵²⁹.

Con riferimento alla notificazione la giurisprudenza e la dottrina minoritaria (e meno recente) hanno ritenuto dovesse avvenire tramite pubblico ufficiale o mediante atto di citazione⁵³⁰. In realtà la stessa ha natura di dichiarazione di scienza (recettizia) e non vi sono vincoli di forma⁵³¹ (ad eccezione dei

⁵²⁷ L'accettazione è necessaria, invece, per la pubblica amministrazione, cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 620. Si discute ancora oggi in dottrina sulla natura giuridica della stessa. Premesso che si tratta di un negozio unilaterale recettizio, secondo alcuni autoi sarebbe un atto di ricognizione di debito, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 604. A conferma di ciò deporrebbe il fatto che l'art. 1248, comma 2, c.c. prevede che una volta che il debitore ha accettato puramente e semplicemente la cessione non può più opporre al cessionario la compensazione che invece avrebbe potuto opporre al cedente. Un altro orientamento, invece, è incline a qualificarla come una dichiarazione di scienza (il debitore dichiara, infatti, solo di esserne venuto a conoscenza e ciò non è idoneo a invertire l'onere della prova in ordine all'esistenza del debito), cfr. PERLINIGERI P. *op. cit.*, p. 73. Si tratterebbe di una attestazione di conoscenza, inidonea a far nascere effetti sostanziali. Non ne deriva l'inversione dell'onere della prova circa l'esistenza della cessione, ma solo la liberazione per il cessionario dell'onere della prova della sua conoscenza.

⁵²⁸ Secondo autorevole dottrina dall'interpretazione delle norme del codice sulla cessione del credito si desume che : a) la cessione determina un effetto traslativo immediato, rilevante sin da subito per il debitore; b) il trasferimento del diritto lascia impregiudicata la tutela del debitore di buona fede che confida nella persistente titolarità del credito in capo al cedente; c) l'accettazione, la notificazione e la conoscenza certa sono requisiti di efficacia della cessione nel senso che rimuovono il limite della tutela del debitore di buona fede, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 584. L'art. 1264, comma 2, c.c., quindi, appare il frutto di un compromesso tra l'efficacia immediatamente traslativa del credito e la buona fede del debitore. È un'applicazione di quanto già previsto in termini generali con riferimento al pagamento al creditore apparente *ex art. 1189 cc.*

⁵²⁹ Nella circolazione del credito l'assenza di vincoli di forma (dettata dall'esigenza di rapida circolazione della ricchezza) agevola il mutamento della titolarità. Tale meccanismo può, tuttavia, essere utilizzato in maniera scorretta da parte del cedente, il quale può facilmente cedere il credito a più cessionari.

⁵³⁰ Cfr. in dottrina PANUCCIO V., *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè editore, Milano, 1960, p.876 e in giurisprudenza Cass., 12 maggio 1990, n. 4077, in *Mass. Giur. it.*, 1990: "ai fini previsti dall'art. 1264 c.c., che prescrive che la cessione del credito (possibile anche senza il consenso del debitore ceduto) ha effetto nei confronti di quest'ultimo quando gli sia stata notificata o quando questi l'abbia accettata, la notificazione dell'intervenuta cessione non è soggetta a termini o a particolari formalità e quindi può essere fatta con l'atto di citazione od anche successivamente nel corso del giudizio."

⁵³¹ Si vedano: GALGANO F., *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti.*, Padova, 2008, p. 610 e BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 588.

In giurisprudenza: Cass., 21 dicembre 2005, n. 28300, in *Contratti*, 2006, 8-9, p. 765: "l'opponibilità a terzi della cessione del credito non presuppone che la relativa notifica al debitore ceduto venga necessariamente eseguita a mezzo ufficiale giudiziario, costituendo quest'ultima una semplice "species" (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio "genus" costituito dalla notificazione, intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario. Ne consegue che, tanto ai fini di cui all'art. 1264, quanto a quelli di cui ai successivi artt. 1265 e 2914, n.2, c.c., la notificazione della cessione (così come il correlativo atto di accettazione), non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità". Inoltre Cass., 2 novembre 2010, n. 22280, in *Contratti*, 2011, 1, p. 61, specifica che: "la notificazione o l'accettazione della cessione al debitore ceduto sono atti a forma libera, che non si identificano con

crediti nei confronti del p.a per i quali è richiesta la scrittura privata autenticata). Essendo, dunque, un semplice atto finalizzato a porre il debitore in grado di conoscere la mutata titolarità del credito svincolato da ogni formalità, qualsiasi mezzo è considerato sufficiente⁵³²: l'atto di citazione per il pagamento⁵³³, la raccomandata con ricevuta di ritorno⁵³⁴ (o anche semplice⁵³⁵), il telex, in forma verbale⁵³⁶ e naturalmente anche gli strumenti informatici⁵³⁷. Si ritiene che, ad oggi, possa essere utilizzata anche la posta elettronica certificata (PEC)⁵³⁸.

Esistono, inoltre, particolari forme di pubblicità previste *ex lege* con riferimento a determinate ipotesi⁵³⁹.

2.1.2. Determinabilità del credito futuro

La futurità in caso di negozio di cessione incide sugli effetti del negozio (differendoli nel tempo), ma pone altresì dei problemi in ordine al requisito di determinabilità dell'oggetto del contratto.

Il requisito *ex art. 1346 c.c.* non è altro che la codificazione dell'“*elementare esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, cioè che le parti sappiano fondamentalmente qual è l'impegno che assumono*”⁵⁴⁰.

gli istituti dell'ordinamento processuale, sicché nel caso in cui la notificazione, consistente in una dichiarazione recettizia, venga fatta in forma scritta, essa non deve essere necessariamente sottoscritta dal creditore cedente, essendo sufficiente che vi siano inequivoci elementi indicanti la relativa provenienza, in modo che al debitore ceduto risulti pienamente assicurata la prova e la non problematica conoscenza dell'avvenuta cessione.” (cfr. anche Cass., 26 aprile 2004, n. 7919 e Cass., 28 gennaio 2002, n. 981).

⁵³² La natura consensuale del contratto importa che il credito si trasferisce dal patrimonio del cedente a quello del cessionario per effetto dell'accordo mentre l'efficacia e la legittimazione del cessionario a pretendere la prestazione del debitore (in quanto alla semplice conoscenza della cessione da parte di costui si ricollega l'unica conseguenza della non liberatorietà del pagamento effettuato al cedente) conseguono alla notificazione della cessione al contraente ceduto. La notificazione prevista dall'art. 1264 c.c., non si identifica con gli istituti dell'ordinamento processuale e non è, pertanto, soggetta a particolare disciplina o formalità, integrando un atto a forma libera, cfr. cfr. Cass., 10 maggio 2005, n. 9761, in *Guida al Diritto*, 2005, 30, p. 75.

⁵³³ Cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14610, in *Guida al Diritto*, 2004, 36, p. 48: “*in tema di cessione del credito, ai fini previsti dall'art. 1264 c.c., la notificazione della cessione stessa può essere fatta sia mediante l'atto di citazione con il quale il cessionario intimi il pagamento al debitore ceduto, sia successivamente, nel corso del giudizio*”.

⁵³⁴ Cfr. Trib. Pavia 15 dicembre 1985, in *Giur. Merito*, 1986 p.1081.

⁵³⁵ Cfr. Trib. Genova, 10 febbraio 2003.

⁵³⁶ In dottrina sul telex, cfr. PERLINGERI P., *op. cit.*, 177 ss. e in giurisprudenza App. Milano 31 gennaio 1995 in *Banca borsa e tit. credito*. 1996, II, p.180.

⁵³⁷ Sugli strumenti informatici v. LAMBRINI P., *op. cit.*, p.761.

⁵³⁸ È lo stesso legislatore a prevedere espressamente che la data e l'ora di trasmissione e di ricezione di un documento informatico trasmesso mediante posta elettronica certificata sono opponibili ai terzi, se conformi alle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ed alle relative regole tecniche, ovvero conformi al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Tali ultime soluzioni sono state fortemente condizionate dall'emersione delle esigenze pratiche della negoziazione di massa (come si vedrà in seguito in caso di contratto di *factoring*).

⁵³⁹ Secondo l'art. 58, comma 2, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 383 (TUB), la banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può comunque stabilire forme integrative di pubblicità.

⁵⁴⁰ V. BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 324.

Il rapporto tra futurità e determinatezza si è atteggiato diversamente con riferimento al diritto di credito. Al contrario dei beni oggetto di vendita *ex art. 1472 c.c.*, infatti quest'ultimo è un qualcosa di immateriale. Per questo esiste un lungo e articolato dibattito sul punto.

Innanzitutto deve premettersi che non è più sostenibile la tesi secondo la quale la futurità comporta addirittura la non attualità dell'oggetto al momento della conclusione del contratto⁵⁴¹. Esiste una netta differenza – ricavabile dalla lettura del codice e acquisita in dottrina e giurisprudenza – tra oggetto del contratto e oggetto della prestazione. L'oggetto del negozio di cessione consiste nella determinazione dell'impegno negoziale: *“nella descrizione e rappresentazione dei crediti assunti come termini di riferimento dell'effetto traslativo”*. In particolare, il diritto di credito futuro può essere individuato ai sensi dell'art. 1346 c.c. attraverso l'indicazione di tutti gli elementi caratterizzanti lo stesso: la fonte (il titolo), la persona del debitore, il contenuto e la natura della prestazione e il momento in cui sorgerà il credito (o quantomeno dei sicuri criteri ai fini della loro individuazione)⁵⁴². Il requisito di determinatezza può essere concepito in due fondamentali modi: in senso logico formale e astratto o in senso concreto⁵⁴³.

Nel primo caso è sufficiente che la rappresentazione del credito nei termini di cui sopra sia astrattamente idonea a fornire alla parte un quadro completo e astratto dell'impegno oggetto del vincolo contrattuale. Ad esempio la clausola prevista nelle condizioni generali in materia di pegno *omnibus* che parla di *“qualunque suo [della banca] credito”* potrebbe risultare in qualche modo idonea.

Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno preferito una nozione più concreta di determinatezza del credito, che fosse al contempo idonea a tutelare la parte che – al momento della conclusione dell'accordo– non è ancora in grado di rendersi conto degli esatti termini del regolamento contrattuale. In particolare è stato affermato che *“il contenuto dell'impegno si verrà a concretizzare in futuro ma ciò è irrilevante in quanto il principio della determinatezza dell'oggetto non enuncia un mero requisito di completezza del contratto ma esprime l'esigenza che il suo contenuto abbia quel minimo di concretezza che consenta di capire alle parti quale vincolo assumono”*⁵⁴⁴.

In giurisprudenza il modo per rendere effettivo e reale per le parti il proprio impegno è stato individuato nell'attuale esistenza del rapporto dal quale i futuri crediti nasceranno.

⁵⁴¹ Quest'ultima è fondamentalmente la concezione di fondo che sta alla base della teoria del negozio a consenso anticipato.

⁵⁴² Cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 234 e RUBINO D., *op. cit.*, p. 86.

⁵⁴³ Per approfondimenti si veda TROIANO S., *op. cit.*, p. 275.

⁵⁴⁴ Secondo BIANCA C.M., *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 487 il *“il riferimento a tutte le obbligazioni future del debitore principale è un mero criterio di relazione personale che non consente alcuna valutazione dell'impegno di garanzia e rende quindi tale impegno al momento dell'assunzione assolutamente incerto nel contenuto, giungendo a coprire anche le obbligazioni da illecito extracontrattuale del debitore principale. [...] Quel minimo di concretezza può essere dato o dal riferimento ad un determinato affare (es. il fideiussore garantisce quanto dovuto dal debitore principale in base ad un contratto di appalto) oppure dalla fissazione dell'ammontare massimo della garanzia”*.

Secondo un orientamento restrittivo (ancora seguito da molte pronunce) la cessione di crediti futuri è valida purché, al momento della cessione, già esista il rapporto da cui i crediti nasceranno, in modo che questi siano determinati o (almeno) determinabili⁵⁴⁵.

In realtà tale criterio è sicuramente uno dei possibili, ma non l'unico. Si segnalano diverse sentenze in cui la Cassazione ha manifestato un atteggiamento di apertura a criteri meno stringenti: come quelle che hanno ricondotto sotto l'alveo della nozione di credito futuro anche un credito semplicemente sperato, cioè meramente eventuale⁵⁴⁶.

Secondo il legislatore, invece, può essere sufficiente anche l'indicazione dell'importo massimo garantito, così come è stato stabilito in materia di fideiussione *omnibus*.

In realtà basterebbe anche il riferimento ad un determinato affare o la cessione della futura vendita di un determinato bene (dato che c'è un bene attuale determinato)⁵⁴⁷.

È stata, altresì, prevista espressamente l'ammissibilità di alcune ipotesi di cessione di crediti in relazione ai quali non esiste ancora il titolo costitutivo, come nel *factoring*.

La libera circolazione dei crediti, infatti, era fortemente ostacolata dagli approdi giurisprudenziali di cui sopra.

2.1.3. *Pluralità di cessioni*

Nei confronti dei terzi in caso di plurime cessioni il criterio di risoluzione del conflitto è contenuto all'interno dell'art.1265 c.c.: la priorità della notifica (chi prima ha informato il debitore). Ne consegue che quest'ultima per poter essere rilevante deve avere, per ovvi motivi, data certa.

Considerata la delicatezza della situazione e le esigenze di certezza nella circolazione, in questi ultimi casi si registra un irrigidimento nei confronti del requisito di forma necessario.

⁵⁴⁵ Cfr. Cass., 24 ottobre 1975, n. 3519, in *Mass. Giur. It.*, 1975. Per un più approfondito elenco delle sentenze nelle quali è stato richiesto un rapporto giuridico individuato ed esistente si veda FINAZZI G., *op. cit.*, 175 ss.

⁵⁴⁶ Ad esempio quella sulla cedibilità dei crediti meramente sperati in cui si richiede, in termini generali, in cui la Cassazione ha ritenuto sufficiente il fatto che l'atto di cessione indicasse con precisione l'ammontare del credito, il debitore ceduto e il tempo in cui presumibilmente il credito sarebbe venuto in esistenza, cfr.: Cass., 11 maggio 1990, n. 4040, in *Foro It.*, 1991, I, 2489 nota di SIMONE; Cass., 19 giugno 2001, n. 8333, in *Riv. Notar.*, 2002, p.435 nota di VOCATURO che aveva ad oggetto la cessione di crediti sperati da parte di alcuni produttori agricoli (subordinati all'avveramento di una condizione futura e incerta); Trib. Milano 16 ottobre 1989, in *Riv. it. Leasing*, 1990, p. 182 (che ammette la cessione di crediti destinati a sorgere a partire da una certa fattura indicata con tutti gli estremi e in dipendenza di compravendite di merci o forniture di servizi a titolo oneroso) richiamata da INZITARI B. *Sentenze d'un anno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 946.

⁵⁴⁷ Secondo TROIANO S., *op. cit.*, p. 315 sarebbe indeterminato invece un credito relativo acquistabile in futuro da qualsiasi debitore, il corrispettivo della vendita di qualsiasi bene ecc. In passato la giurisprudenza (prima dell'intervento legislativo), in materia di fideiussione *omnibus*, aveva altresì utilizzato il criterio di buona fede per determinare i crediti garantiti. Si era passati così dal piano della determinatezza a quello della correttezza attraverso un meccanismo che, tuttavia, permetteva l'individuazione solo *ex post*.

Ciò ha spinto parte della dottrina e della giurisprudenza a richiedere per lungo tempo, ai fini dell'opponibilità della notificazione *ex art 1265 c.c.*, le stesse forme previste dal codice di procedura civile⁵⁴⁸.

Tuttavia l'unica differenza tra la notifica *ex art.1264* e quello *ex art.1265 c.c.* è rinvenibile nella necessità della sussistenza del requisito di natura oggettiva della data certa. Tale esigenza può essere soddisfatta con altri mezzi previsti dal nostro ordinamento e diversi dalle forme prescritte dal codice di procedura civile⁵⁴⁹: un atto notarile, una raccomandata senza busta con timbro di spedizione⁵⁵⁰, una raccomandata con avviso di ricevimento⁵⁵¹, il telex⁵⁵² ed altresì mediante strumenti informatici⁵⁵³. I nuovi mezzi di comunicazione grazie alla loro rapidità, semplicità ed ampia utilizzazione vengono sempre più spesso utilizzati per le cessioni in blocco.

Secondo la dottrina non si tratta di una vera e propria forma di pubblicità, in quanto non garantisce la conoscibilità dell'atto da parte di terzi⁵⁵⁴. È stato ipotizzato che la notificazione sarebbe una forma di pubblicità dichiarativa, mentre la conoscenza *aliunde* sarebbe una figura di pubblicità di fatto limitata a determinare l'opponibilità nei confronti del solo debitore ceduto. Ma la notificazione, in questo specifico caso, non ha assolutamente lo scopo di pubblicità e di tutela dei terzi interessati. I terzi sono semmai presi in considerazione soltanto incidentalmente e indirettamente dalla norma, tesa invece a proteggere i debitori in buona fede. Inoltre la mancanza di pubblici registri *ad hoc* rende impossibile la conoscibilità della stessa da parte di chiunque. Non può essere verificata la poeriorità del loro diritto

⁵⁴⁸ Si veda PANUCCIO V., *Cessione dei crediti*, in Enc. Dir., VI, Giuffrè editore, Milano, 1960, p.876.

⁵⁴⁹ Una simile presa di posizione viene ritenuta eccessivamente rigorosa proprio sulla base della constatazione che la notificazione non costituisce una vera e propria forma di pubblicità. Pertanto si richiede che sia soddisfatto esclusivamente il requisito della data certa richiesto *ex art. 2704 c.c.* ai fini dell'efficacia degli atti privati nei confronti dei terzi cfr. in dottrina PERLINGERI P., *op. cit.*, p.253 ss. e BIANCA C.M., *L'obbligazione, cit.*, p.608. In giurisprudenza: Cass. 21 dicembre 2005, n. 28300, *cit.*: “*la opponibilità a terzi della cessione del credito non presuppone che la relativa notifica al debitore ceduto venga necessariamente eseguita a mezzo ufficiale giudiziario, costituendo quest'ultima una semplice "species" (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio "genus" costituito dalla notificazione, intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario. Ne consegue che, tanto ai fini di cui all'art. 1264, quanto a quelli di cui ai successivi artt. 1265 e 2914, n.2, c.c., la notificazione della cessione (così come il correlativo atto di accettazione), non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità.*”.

⁵⁵⁰ Trib. Milano 2 aprile 1998, in *Banca borsa tit. cred.* 1999, II, p. 374.

⁵⁵¹ Cfr. Cass. 12 agosto 1997, n. 7530, in *Mass. Giur. it.*, 1997: “*a norma dell'art. 2704, comma 1, ultima parte c.p.c. la certezza della data della scrittura privata non autenticata nella sottoscrizione e non registrata può essere determinata, nei confronti dei terzi, anche indirettamente con la prova di un fatto idoneo a stabilire in modo egualmente sicuro l' anteriorità del documento, secondo una valutazione rimessa al giudice di merito. Nella categoria di questi fatti può essere annoverato anche l'avviso di ricevimento della raccomandata recante l'apposizione del bollo postale, trattandosi di mezzo idoneo ad attribuire certezza alla data*”.

⁵⁵² Cfr. Cass., 29 settembre 1999, n. 10788, in *Foro It.*, 2000, I, p. 825: “*per rendere opponibile al fallimento del cedente l'atto di cessione di credito non è necessaria la notificazione a mezzo ufficiale giudiziario, ma è sufficiente un atto munito di data certa anteriore al fallimento, quale può essere la trasmissione a mezzo telex*”.

⁵⁵³ In dottrina si veda per approfondimenti FINOCCHIARO G., DELFINI F., *Diritto dell'informatica*, San Mauro Torinese, UTET giuridica, 2014.

⁵⁵⁴ Opinione di LAMBINI P., *Della cessione dei crediti*, in GABRIELLI E., *Comm. dir civ.*, Milano, UTET, 2013, p. 767.

in qualsiasi momento. Né il debitore è obbligato a dare loro informazioni circa precedenti notificazioni⁵⁵⁵.

Ai fini dell'opponibilità della cessione non assume rilevanza lo stato soggettivo di buona o di mala fede del cessionario che prevale. Tuttavia parte della dottrina ritiene che debba comunque considerarsi nullo per illiceità il negozio di cessione che sia prevalso grazie ad un accordo fraudolento tra cedente e cessionario⁵⁵⁶.

La mala fede del secondo cessionario e del debitore rilevano, invece, in sede di risarcimento danni *ex art. 2043*, così come previsto anche in caso di doppia alienazione immobiliare. È invece di natura contrattuale la responsabilità del cedente nei confronti del primo cessionario risultato soccombente per la violazione dell'obbligo contrattuale di non disporre nuovamente del credito.

Secondo la giurisprudenza il cessionario che per primo ha notificato al debitore ceduto, quando agisce nei suoi confronti, deve provare solo la validità estrinseca e formale della cessione (e non la sua causa)⁵⁵⁷.

Nonostante la norma si riferisca esclusivamente all'ipotesi di più cessioni, trova applicazione (così come previsto dalla rubrica della stessa) nei confronti di tutti i terzi in relazione ai quali si è verificata una vicenda acquisitiva del credito (mediante ad esempio un atto di disposizione del cedente ovvero altri atti o fatti idonei per legge alla costituzione di diritti sul credito)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Cfr. Cass., sent. 10 gennaio 2012, n. 52, in *Foro It.*, 2012, 2, 1, p. 429: “il debitore non è di norma tenuto a dare informazioni a terzi in ordine a precedenti accettazioni o notifiche di cessioni. In caso di pignoramento o di sequestro del credito è tuttavia obbligato ad indicare l'esistenza di pignoramenti, nonché a specificare i sequestri precedentemente eseguiti presso di lui e le cessioni che gli sono state notificate o che ha accettato (art. 574 c.p.c., comma 2), incorrendo in responsabilità nei confronti del creditore procedente ove dia false risposte negative, mentre se tace o se sorgono contestazioni circa le sue dichiarazioni può farsi luogo a giudizio di accertamento.”

⁵⁵⁶ Sulla nullità per accordo fraudolento si veda PERLINGERI P., *op. cit.*, p. 248.

⁵⁵⁷ Nella disciplina della cessione di crediti, la legge prescinde dallo scopo per cui si attua il trasferimento e si interessa unicamente dei suoi effetti, di modo che la struttura e l'essenza del contratto non muta qualunque ne sia lo scopo (a titolo oneroso, a titolo gratuito o a titolo di garanzia). Pertanto, il cessionario che agisca per ottenere l'adempimento del debitore è tenuto a dare la prova del negozio di cessione, quale atto produttivo di effetti traslativi, “*ma non anche a dimostrare la causa della cessione o il corrispettivo per essa pattuito, come si evince, oltre che dal silenzio sul punto della disciplina della cessione nel codice civile, anche da un preciso elemento normativo in essa contenuto nell'art. 1265 cod. civ. in tema di soluzione del conflitto fra più cessionari dello stesso credito in riferimento alla posizione del debitore ceduto. Infatti, poiché la norma stabilisce che “se il medesimo credito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata accettata prima dal debitore con atto di data certa, ancorché essa sia di data posteriore” e, dunque, così prevede che un negozio di cessione privo di causa nei rapporti fra le parti cedente e cessionaria perché posto in essere da un cedente che non è più titolare del credito per averlo ceduto possa, ciononostante, divenire efficace nei confronti del debitore ceduto, se notificato o accettato (nel modo indicato) prima dal debitore ceduto, in tal modo si ha conferma che il cessionario, quando agisce nei confronti del debitore ceduto, deve provare la cessione ma non la sua causa. D'altro canto, il debitore ceduto - a cui, dato il carattere astratto del negozio di cessione, sono indifferenti vizi inerenti al rapporto causale sottostante - non può interferire nei rapporti tra cedente e cessionario, in quanto il suo interesse si concreta nel compiere un efficace pagamento liberatorio; egli è soltanto abilitato ad indagare sull'esistenza e sulla validità estrinseca e formale della cessione, specie quando questa gli sia stata notificata dal solo cessionario”, cfr. Cass., 6 giugno 2006, n. 13253, in *Mass. Giur. It.*, 2006; *Impresa*, 2006, 10, 1555*

⁵⁵⁸ Esempi riportati in PERLINGERI P., *op. cit.*, p.225.

Anche i conflitti tra cessionario e creditore pignorante o creditore sequestrante o ancora il titolare di un diritto di usufrutto o di pegno su quel credito vengono risolti sulla base della notificazione *ex art.* 2914, n.2, c.c. per l'opponibilità della quale, nonostante non sia espressamente previsto, in dottrina si richiede il requisito della data certa. Lo stesso vale in materia di cessione dei beni ai creditori, l'art. 1978, comma 2, c.c. richiama gli artt. 1264 e 1265 c.c..

In realtà (come si vedrà meglio nel § 3.3.1. del capitolo V) si è acceso un dibattito in merito alla interpretazione di tale ultima norma (in combinato disposto con l'art. 2914 c.c.) quando l'oggetto della cessione siano debiti futuri. Secondo un orientamento, infatti, non sarebbe possibile notificare o accettare una cessione di debiti futuri finché il bene non sia venuto ad esistenza: la cessione non ha ancora prodotto i suoi effetti fino a tale momento⁵⁵⁹. È per questo motivo che in materia di *factoring* si è ancorato il requisito dell'opponibilità al requisito del pagamento del corrispettivo della cessione.

2.1.4. Gli obblighi di garanzia

L'art. 1266 c.c. prevede che quando la cessione sia a titolo oneroso il cedente è tenuto a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione (il *nomen verum*). Quest'ultimo è quindi responsabile laddove il cessionario non diventi titolare sin dall'inizio o il credito si estingua⁵⁶⁰. Secondo parte della dottrina - dato che il cedente in caso di inesistenza è responsabile *ex art.* 1218 c.c. (e il contratto non è nullo) - si tratterebbe di una deroga al principio generale secondo il quale un contratto senza oggetto è invalido⁵⁶¹.

La garanzia può essere esclusa per patto, ma il cedente - in conformità al principio generale *ex art.* 1229 c.c. - resta sempre obbligato per fatto proprio (se cioè il fatto estintivo è a lui in qualche modo imputabile).

In caso di cessione a titolo gratuito, la garanzia è dovuta solo nel caso e nei limiti in cui la legge pone a carico del donante la garanzia per evizione⁵⁶².

Il cedente non risponde della solvenza del debitore (*pro solvendo*), salvo diversa pattuizione (*pro soluto*). In quest'ultimo caso è responsabile nei limiti di quanto ha ricevuto (il cedente recupera cioè

⁵⁵⁹ Si vedano: Cass. 17 gennaio 2011, n. 501, in *Fallimento*, 2012, 11, p. 1387; Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Guida al Diritto*, 2005, 41, p. 70; *Fallimento*, 2006, 4, p. 477; *Fallimento*, 2006, 5, p. 538 nota di TRENTINI; Cass., 22 novembre 1993, n. 11516 in *Mass. Giur. It.*, 1993.

⁵⁶⁰ Nella prima ipotesi rientrano i casi di nullità o inesistenza del titolo. I casi di estinzione sono, invece, discussi in dottrina. Secondo alcuni autori il cedente sarebbe responsabile nel caso di annullamento, rescissione o risoluzione del titolo, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 596. Secondo Perlingieri se il negozio viene annullato il credito deve considerarsi esistente al momento della cessione perché il negozio produce i suoi effetti prima della sentenza di annullamento, cfr. PERLINIGERI P. *op. cit.*, p. 272.

⁵⁶¹ La persistente validità del contratto in questo caso tutela maggiormente il cessionario. Si vedano in dottrina GAZZONI F., *op. cit.*, p. 622 e ZACCARIA A., *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 367.

⁵⁶² Secondo l'art. 737 c.c. il donante risponde se ha espressamente pattuito la garanzia, se l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personale di lui e se si tratta di una donazione che impone oneri al donatario (o di donazione remuneratoria) e la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o delle entità delle prestazioni ricevute dal donante.

il corrispettivo della cessione⁵⁶³). In più a tale somma vanno aggiunti gli interessi, le spese della cessione e tutte quelle che il cessionario ha sopportato per l'escussione del debitore.

La natura giuridica della garanzia *pro solvendo* è discussa. Ha sicuramente funzione assicurativa, perché tutela contro l'inadempimento del debitore ceduto. Non può essere qualificata come garanzia per i vizi o per mancanza delle qualità essenziali, dato che la solvibilità del debitore non è una caratteristica del credito alienato, né come fideiussione, perché presuppone l'insolvenza e non l'inadempimento (in più l'obbligazione principale comprende non solo il corrispettivo, ma anche il risarcimento). Nulla vieta, tuttavia, che il cedente garantisca il pagamento attraverso una fideiussione o un contratto autonomo di garanzia⁵⁶⁴.

Quest'ultima viene meno laddove la mancata realizzazione del credito dipenda dalla negligenza del cessionario nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il debitore stesso (art. 1267, comma 3, c.c.).

2.2. Il factoring

Con la legge 21 febbraio 1991, n.52 si è dettata una disciplina speciale (integrativa e talvolta derogatoria) della cessione dei crediti di impresa nel quadro del rapporto di *factoring*⁵⁶⁵.

Il *factoring* è considerato dalla dottrina un contratto socialmente tipico per la sua rilevante diffusione nella pratica commerciale. Le parti sono costituite da un'impresa produttrice di beni o servizi - fornitrice nei confronti di altre imprese nonché titolare, generalmente, in virtù di tale attività, di crediti non immediatamente esigibili - e l'impresa di *factoring* (*factor*), la quale si impegna alla contabilizzazione, gestione ed esazione dei crediti ceduti dietro pagamento di un corrispettivo⁵⁶⁶.

Lo schema contrattuale può comunque presentarsi più complesso considerato che, accanto alla ordinaria funzione di scambio (cessione e corrispettivo), la dottrina ha individuato la possibilità di coesistenza di ulteriori funzioni:

⁵⁶³ Se la cessione è a titolo gratuito, il cedente deve corrispondere al cessionario il valore della prestazione inadempita, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 599.

⁵⁶⁴ Cfr. sempre BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 601.

⁵⁶⁵ La dottrina ritiene che la legge del 1991 più che dettare una disciplina del negozio di *factoring* regoli semplicemente alcuni suoi specifici profili, tra i quali quello della cessione dei crediti, cfr. CIAN G., *Commento alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, Disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 245.

⁵⁶⁶ Recentemente la Cassazione ha affermato che nella prassi commerciale il contratto di *factoring* presenta una serie di varianti e clausole differenziate in relazione alle particolari esigenze dei contraenti, ma il suo nucleo fondamentale e costante è costituito da un accordo complesso in forza del quale un'impresa specializzata, il *factor*, si obbliga ad acquistare (*pro soluto* o *pro solvendo*), per un periodo di tempo determinato e rinnovabile salvo preavviso, la totalità o parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare. Il *factor* paga i crediti ceduti secondo il loro importo nominale decurtato di una commissione che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata o, talvolta, si stabilisce che al cedente il *factor* conceda delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual caso al *factor* spetteranno, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate, cfr. sent. 7 luglio 2017, n. 16850 in *CED Cassazione 2017*, la quale richiama anche Cass. 18 gennaio 2001, n. 684; Cass. 24 giugno 2003, n. 10004; Cass. 27 agosto 2004, n. 17116; Cass. 8 febbraio 2007, n. 2746.

- una funzione di finanziamento: allorché il *factor* anticipi la somma corrispondente al credito ceduto, decurtata dell'importo pari agli interessi convenzionalmente fissati per il periodo intercorrente tra il versamento e la scadenza (con una attualizzazione del valore come avviene nello sconto bancario);
- una funzione *latu sensu* di assicurazione: quando la cessione è *pro soluto*;
- una funzione di organizzazione: qualora venga data maggiore rilevanza all'operazione di razionalizzazione della contabilizzazione e del recupero crediti (le singole cessioni, in questo caso rappresenterebbero un mero momento esecutivo del contratto di gestione).

Altrettanto complesso è il rapporto giuridico intercorrente tra il contratto di *factoring* e le cessioni del credito. Il *factor* agisce a proprio nome ed è solitamente il cessionario dei crediti dell'impresa fornitrice, ma non è sempre obbligato a diventare cessionario.

Il contratto *de quo*, pertanto, non può essere equiparato *sic et simpliciter* alla cessione del credito disciplinata all'interno del codice. La legge 52 del 1991 ne disciplina, inoltre, solo alcuni aspetti. Per questi motivi la giurisprudenza continua a considerarlo come contratto atipico⁵⁶⁷.

È ancora aperto il dibattito in merito alla sua natura giuridica.

Secondo una prima tesi sarebbe un contratto preliminare unilaterale che obbliga il fornitore alle successive cessioni e non il *factor* ad accettarle. Tuttavia non si spiega come un unico contratto unilaterale possa vincolare un soggetto a concludere una serie aperta di contratti definitivi né il ruolo della eventuale previa autorizzazione da parte del *factor*. Altra tesi identifica il contratto-base di *factoring* quale negozio normativo o come mandato senza rappresentanza, poiché il *factor* gestisce i crediti in nome proprio, ma nell'interesse dell'impresa (un contratto tipico, quindi). Infine vi è chi ha ravvisato una vera e propria cessione di crediti di massa presenti e futuri, condizionata sospensivamente all'accettazione di volta in volta del *factor*. Ma non è chiaro come possa conciliarsi con il requisito della necessaria determinabilità del credito, considerato che può essere incerto non solo l'importo, ma altresì la persona del debitore.

L'applicabilità della legge del 1991 è subordinata alla ricorrenza di inderogabili requisiti soggettivi (la qualità di imprenditore per il cedente e di ente creditizio o società di intermediazione finanziaria - che abbiano come scopo statutario la cessione dei crediti di impresa e iscritti in appositi albi e sottoposti al controllo della Banca d'Italia - per il *factor*) e oggettivi (cessioni *pro solvendo* di crediti

⁵⁶⁷ Va ribadito l'insegnamento di questa Corte secondo il quale la l. 52 del 1991 sulla cessione dei crediti di impresa non ha inciso sulla natura del *factoring* che è rimasto un contratto atipico, il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa (Cass. 24 giugno 2003, n. 10004; Cass. 27 agosto 2004, n. 17116), cfr. Cass., 8 febbraio 2007, n. 2747 e Cass., 11 maggio 2007, n. 10833, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

di massa presenti o futuri inerenti l'attività di impresa del cedente e sorti nell'arco di ventiquattro mesi dalla stipulazione del contratto).

Il legislatore ha sancito espressamente la cedibilità dei crediti anche prima che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno.

Le principali deroghe alla disciplina ordinaria del codice civile sono quindi sostanzialmente tre: il fatto che i crediti futuri possano essere ceduti anche prima che siano stati stipulati i relativi contratti; la sufficienza del nome del debitore ceduto per la cessione di crediti in massa; la circostanza che per l'opponibilità ai terzi serva non solo la data certa, ma anche il pagamento in tutto in parte del corrispettivo.

Sono necessarie delle precisazioni, innanzitutto, sul delicato e importante tema della determinatezza dei crediti oggetto di cessione.

I commi 3 e 4 prevedono i due criteri fondamentali a tal fine: a) l'arco temporale limitato (la cessione può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi); b) l'indicazione precisa del debitore. Non solo, il legislatore ha anche inserito una presunzione: il negozio si considera con oggetto determinato laddove al suo interno siano contenute le summenzionate due voci.

Sicuramente la contemporanea sussistenza di entrambe è idonea a fornire un parametro concreto sulla natura e entità dell'impegno che si assume attraverso la stipulazione del negozio⁵⁶⁸. Parte della dottrina ha criticato, però, tale scelta legislativa in quanto il requisito di specificazione del debitore ceduto e quello del limite temporale possono risultare allo stesso tempo sia troppo rigorosi che insufficienti. Il richiedere la sussistenza degli stessi risulta eccessiva laddove il negozio contenga al suo interno già altri indici o elementi idonei a dare concretezza all'oggetto dell'accordo⁵⁶⁹. Sono, invece, non sempre sufficienti quando ad esempio vengono ceduti non tutti i crediti verso un determinato creditore, ma non sono stati indicati i criteri per individuarli⁵⁷⁰.

Quanto affermato vale in relazione alla cessione di crediti futuri di massa. È solo con riferimento a questi ultimi che il legislatore si è sforzato di indicare i due criteri, frutto di una scelta di compromesso tra le esigenze di tutela del contraente e le esigenze del mercato. La cessione, invece, di singoli crediti futuri – non essendo interessata da un così evidente rischio di incontrollabile estensione dell'oggetto del contratto – è regolata dai principi ordinari che si ricavano dall'art. 1346 c.c.

Ai fini dell'opponibilità della cessione nei confronti del debitore ceduto, l'approvazione del *factor* si manifesta attraverso la trasmissione dei documenti, che il primo dovrà restituire sottoscritti al fine di

⁵⁶⁸ Sono due strumenti di delimitazione e concretizzazione dell'impegno del cedente, cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 323.

⁵⁶⁹ Sulla eccessività in alcuni casi cfr. PERLINGIERI P., *La cessione dei crediti ordinari e di "impresa"*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1993, p. 119.

⁵⁷⁰ Sulla non sufficienza, invece, cfr. TROIANO S., *op. cit.*, p. 341.

garantire l'esistenza del credito. Anche in questo caso, così come evidenziato nella disciplina generale della cessione del credito, si sottolinea come il contratto di *factoring* e i conseguenti contratti di cessione abbiano struttura bilaterale nonostante la notificazione al debitore.

Con riferimento ai terzi, l'art. 5 della legge del 1992, introduce un diverso criterio di opponibilità nei confronti degli aventi causa del cedente e dei creditori del cedente che hanno proceduto a pignoramento e in caso di liquidazione giudiziale del patrimonio del cedente: il cessionario può prevalere ogni qual volta abbia pagato, in tutto o in parte, il corrispettivo della cessione con data certa anteriore.

Il pagamento può dunque essere anche parziale, ma non simbolico o notevolmente inferiore al corrispettivo pattuito, poiché altrimenti verrebbe meno la ratio della norma stessa, ossia l'antiorità del sacrificio economico del *factor*.

Si sottolinea che il criterio del pagamento è ulteriore e non sostitutivo rispetto a quelli previsti dal codice civile. Infatti il pagamento tutela il *factor* da possibili successive cessioni da parte del cedente, ma per essere efficace nei confronti del debitore serve sempre la notificazione. Se il debitore ceduto paga dopo il versamento del corrispettivo, ma prima che gli venga notificato il pagamento, l'adempimento ha efficacia liberatoria ex art. 1264 c.c.. Il *factor* in questo caso potrà agire esclusivamente nei confronti del cessionario che ha ricevuto l'adempimento, poiché il pagamento è opponibile solo a quest'ultimo.

È sicuramente un criterio meno dispendioso e molto più celere rispetto a quello della notificazione e agevola le operazioni di *factoring*, in particolare le cessioni di massa di crediti anche futuri mediante un unico atto.

Secondo parte della dottrina in caso di più cessioni a soggetti diversi, solo uno dei quali sia qualificabile come *factor*, e dunque in caso di coesistenza delle due differenti discipline (quella codicistica e quella speciale prevista per il *factoring*), deve prevalere l'atto (notifica, accettazione, pagamento del corrispettivo) con data certa anteriore⁵⁷¹.

Se, invece, vi sono notifiche e pagamenti non muniti di data certa prevale il cessionario con atto di trasferimento di data certa anteriore.

Quanto alla certezza della data del pagamento, si è evidenziato che, essendo detto requisito riferibile non a quest'ultimo, bensì al documento che ne offre la prova⁵⁷², anche in questo caso ci si chiede quali siano le modalità sufficienti a garantire la certezza del dato temporale. Sicuramente lo è il

⁵⁷¹ È il criterio di prevalenza indicato da VALENTINO D., *La circolazione di crediti*, Tratt. Di dir. civ. del C.N.N. diretto da PERLINGERI P., *Le vicende delle obbligazioni, la circolazione del credito e del debito*, III, 13, p.176.

⁵⁷² Si veda CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 1998, p.107.

pagamento davanti a un notaio oppure mediante assegno o bonifico bancario⁵⁷³. Spesso si ricorre altresì all'art. 2726 c.c., che prevede che le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti si applicano anche al pagamento e alla remissione del debito, o anche all'art. 2704, ult. comma, c.c. in caso di quietanza a fronte del pagamento in contanti. Quietanza la quale potrebbe essere spedita con timbro postale sul medesimo foglio di modo da garantire con altri mezzi la certezza della data.

3. Modificazioni del lato passivo: le ipotesi di assunzione di un debito futuro

Gli atti di disposizione del debito sono oramai socialmente e giuridicamente accettati. Tale ultima situazione giuridica è generalmente identificabile attraverso il contenuto e la sua fonte.

Nel nostro ordinamento le ipotesi di modificazioni soggettive dal lato passivo sono tipiche: la delegazione, l'espromissione e l'accollo. È vero, infatti, che il cambiamento della persona del debitore non altera l'identità del debito (salvo casi particolari), tuttavia per il creditore non è indifferente che adempia un soggetto al posto di un altro, sia perché potrebbe cambiare significativamente la garanzia patrimoniale e sia perché talvolta alcune prestazioni sono in qualche modo "infungibili". Di conseguenza non si può prescindere da una sua manifestazione di volontà, quantomeno laddove le stesse siano liberatorie⁵⁷⁴.

Mentre il credito, dunque, può circolare a prescindere dal consenso del debitore, le vicende di disposizione del debito *inter vivos* sono caratterizzate da una disciplina più rigorosa.

La dottrina e la giurisprudenza sono state chiamate più volte a valutare l'ammissibilità dell'assunzione di un debito altrui futuro.

La soluzione non può essere prospettata semplicemente adducendo la circostanza che nel codice è previsto – nella parte generale – l'art. 1348 cc, ma è necessario verificare la concreta compatibilità tra futurità e struttura/causa delle stesse.

L'*iter* del ragionamento può essere articolato in due fasi: prima di tutto si pone un problema di compatibilità strutturale.

⁵⁷³ In questi casi si tratta di verificare quale sia esattamente il momento in cui avviene il pagamento. Per il bonifico è più opportuno ritenere che la data certa debba corrispondere all'accreditamento su conto del cedente, secondo le registrazioni contabili della banca. Egual criterio deve soccorrere anche per il pagamento tramite titoli di credito per i quali non è indicativa la data di ricezione o consegna del titolo, ma quella dell'incasso o dell'accredito sul conto del cedente. In caso di trasferimento elettronico di fondi la data certa risulterà dalle scritture della banca che vi ha provveduto, cfr. VALENTINO D., *op. cit.*, p.173 s.

⁵⁷⁴ In caso di modificazione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, l'effetto liberatorio del debitore originario non può derivare se non da una espressa manifestazione di volontà del creditore, ovvero da un suo contegno concludente, univocamente diretti a tale risultato, cfr. Cass., 19 novembre 1994, n. 9835, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, fasc. 11. Oltre a non poter più contare sul patrimonio del debitore originario, il creditore perde tutte le garanzie (salvo che sia espressamente previsto che vengano mantenute). Se però l'obbligazione assunta dal nuovo debitore è dichiarata nulla, o annullata, l'obbligazione del debitore originario rivive (senza le garanzie prestate da terzi) *ex art.* 1276 cc.

Autorevole dottrina ha sottolineato che è importante chiarire quale sia la natura giuridica del negozio di delegazione/espromissione/accollo e se sia necessario o meno l'intervento del creditore ai fini del perfezionamento della fattispecie⁵⁷⁵. Se il debito è futuro e serve una manifestazione di volontà da parte del delegatario, dell'espromissario o dell'accollatario è più arduo concepire l'esistenza e validità del negozio prima della venuta ad esistenza del diritto.

Infine vanno sviluppate delle riflessioni in merito alla determinabilità, o meglio prevedibilità dell'entità dell'impegno che si assume.

Per chiarire meglio il punto è opportuno valutare in concreto l'incidenza della futurità nelle tre vicende modificative del lato passivo.

3.1.L'espromissione di un debito futuro

Le riflessioni in tema di espromissione e accollo futuro sono in parte diverse rispetto a quelle relative alla cessione dei crediti.

La dottrina e la giurisprudenza, infatti, più che soffermarsi sul requisito della determinatezza dell'oggetto dell'espromissione si sono dovute innanzitutto interrogare in ordine all'ammissibilità di tale modificazione soggettiva dal lato passivo⁵⁷⁶.

La Cassazione ancora oggi sposa una tesi fortemente restrittiva sul punto: ne nega l'ammissibilità in relazione ad una obbligazione futura.

La dottrina, invece, ha approfondito meglio la questione e rilevato come la soluzione cui è arrivata la giurisprudenza non sia dogmaticamente corretta per i motivi che si vedranno a breve.

3.1.1. Natura giuridica

L'espromissione è un negozio di secondo grado che rafforza l'obbligazione preesistente nella misura in cui aggiunge un nuovo debitore (cumulativa) o sostituisce il precedente (liberatoria). Il terzo (espromittente) assume - come autonomo interventore - il debito di un soggetto (espromesso) nei confronti del creditore di quest'ultimo (espromissario). L'espressione "assunzione spontanea" non deve essere intesa nel senso che non possa o debba esistere alcun rapporto tra espromesso e espromittente, ma che i motivi che hanno determinato l'assunzione dell'obbligo altrui sono irrilevanti⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Cfr. GALLI R., *op. cit.*, p. 657.

⁵⁷⁶ È per questi motivi che manca un'approfondita riflessione della giurisprudenza sulla determinazione/determinabilità del debito.

⁵⁷⁷ Il terzo si obbliga senza delega, di propria iniziativa. Ma questo non vuol dire che debba necessariamente mancare qualsiasi rapporto con l'espromesso. Può esserci o meno un rapporto di provvista, ma ciò non rileva, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 664. Il negozio attraverso il quale un soggetto paga il debito dell'espromesso (ti pago i 100 euro che ti deve Tizio) è perfettamente valido. La dottrina lo ha definito come negozio parzialmente astratto (o anche parzialmente titolato)

La natura giuridica del negozio varia a seconda che si tratti di espromissione cumulativa o liberatoria. Nel primo caso l'obbligazione può essere assunta attraverso lo schema dell'art. 1333 c.c. (si ammette quindi la circolazione del debito senza che sia necessaria l'accettazione del creditore)⁵⁷⁸. Nulla vieta, comunque, che tale operazione sia il frutto di un accordo bilaterale. Se liberatoria, invece, è necessaria la stipulazione un di contratto oneroso tra esprimittente e espromissario⁵⁷⁹.

Laddove la vicenda circolatoria sia di tipo cumulativo (con aggiunta, dunque, di un nuovo debitore), e sia costruita come negozio rifiutabile secondo lo schema dell'art. 1333 c.c., non ci sono ostacoli di ordine strutturale alla deducibilità di un debito futuro. La promessa “*ti pagherò il debito futuro di Tizio*” vincola immediatamente l'espromittente e il creditore potrà poi decidere se rifiutare in un momento successivo.

Se, invece, l'espromissario liberi l'espromesso, affinché possa sorgere l'ordinario vincolo contrattuale, serve una manifestazione di volontà del creditore il quale deve essere quantomeno individuato.

Trattandosi in entrambi i casi di negozi aventi ad oggetto debiti futuri, sono possibili due diverse ricostruzioni in relazione agli stessi. Li si può qualificare come negozi sospensivamente condizionati⁵⁸⁰ o ad effetti differiti (ossia la costituzione di una nuova obbligazione che si aggiunge, quale obbligazione solidale, alla precedente).

Sembra preferibile, in virtù delle più volte menzionate differenze tra le due strutture contrattuali, la seconda soluzione. La condizione sospende qualsiasi effetto e questa fase di “pendenza” è regolata da una particolare disciplina (*ex art. 1356 e ss c.c.*)⁵⁸¹. Non solo, ma anche i rimedi in caso di

proprio perché non rileva il rapporto con l'espromesso, cfr. CICALA R., voce *Espromissione*, *Enc. Giur. Treccani*, XIII, p. 18.

⁵⁷⁸ Cfr. NAPPI F., *Espromissione*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, UTET, 2013, p. 892 e in giurisprudenza Cass., 26 novembre 2009, n. 24981, in *Contratti*, 2010, 3, p. 277. Il patto con cui un soggetto s'impegna ad estinguere un debito altrui è qualificabile non già come fideiussione, ma come espromissione, avendo ad oggetto un'obbligazione preesistente, e perfezionandosi nei confronti del creditore al momento in cui quest'ultimo viene a conoscenza di tale impegno, senza necessità di un atto di accettazione.

⁵⁷⁹ La liberazione può, infatti, considerarsi come controprestazione, cfr. RODOTÀ S., voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, p. 784. Si potrebbe anche qualificare come contratto a favore di terzo, cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 666.

⁵⁸⁰ È stato sostenuto che l'espromissione per debito futuro debba considerarsi un negozio sottoposto alla condizione sospensiva della venuta ad esistenza dell'obbligazione da assumere. Pertanto l'impegno rimarrebbe privo di efficacia sino a tale momento. Nel caso in cui non dovesse mai venire ad esistenza tale debito, l'assunzione poi andrebbe a perdere i propri effetti per mancata realizzazione della condizione e l'assuntore sarà liberato dal vincolo, cfr. TOMASETTI A., *Espromissione per obbligazione futura e fideiussione*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 6, p. 500.

⁵⁸¹ Come già approfondito nel § 4.1.2. del capitolo I, letteralmente, l'odierno art. 1358 c.c., sembrerebbe far sorgere un obbligo non in capo ad entrambe le parti, ma solo nei confronti di colui che risulta essere il titolare del diritto, al fine di tutelare l'aspettativa giuridicamente rilevante dell'altro soggetto ad ottenere quanto dovuto. Tuttavia, una lettura in chiave sistematica della norma, alla luce dell'immanenza del principio di buona fede delle parti che permea l'intera disciplina contrattuale, non può non portare a ritenere che un generale obbligo di correttezza incomba altresì sull'altra parte. Il contenuto dell'obbligo di buona fede si sostanzia nel dovere di preservare l'oggetto del diritto su cui ricade l'aspettativa dell'altra parte e quello di non ostacolare l'avveramento della condizione. Le parti possono specificarlo con previsioni puntuali all'interno del regolamento contrattuale.

Si deve dare atto, tuttavia, di autorevole dottrina la quale sostiene che in caso di contratto sospensivamente condizionato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede previsto dall'art. 1358 c.c., pur essendo una specificazione di quello gravante

inadempimento dell'obbligo di preservare integre le ragioni dell'altra parte e di cooperare lealmente al fine di massimizzare i vantaggi e ridurre gli oneri e i rischi in capo a quest'ultima sono diversi⁵⁸².

La giurisprudenza, tuttavia, - come premesso - non ha sposato nessuna di tali due ultime summenzionate ricostruzioni ed è ancora orientata in senso contrario alla deducibilità di un debito futuro in caso di espromissione.

Secondo la Cassazione il fondamento causale di quest'ultima deve essere rinvenuto nell'assunzione dell'altrui debito e, dunque, mancherebbe la stessa giustificazione del negozio assuntivo al momento della conclusione del negozio. In caso di obbligazioni altrui non ancora sorte di conseguenza non può che aversi una garanzia di natura personale: una fideiussione, insomma, e non un'espromissione⁵⁸³.

Tale ricostruzione non tiene conto del fatto che è vero che espromissione e fideiussione sono entrambe accomunate dal punto di vista strutturale dal fatto di essere negozi che intercorrono tra terzo e creditore (in particolare, promesse da parte di un soggetto terzo di pagamento di un debito altrui) che non estinguono il rapporto obbligatorio del debitore originario, tuttavia si tratta di due fattispecie profondamente diverse sia dal punto di vista causale che dell'oggetto.

Sotto il primo profilo, la causa dell'espromissione è l'assunzione del debito altrui, la quale è considerata dall'ordinamento una causa meritevole di tutela in quanto favorisce l'estinzione dell'obbligazione⁵⁸⁴. L'elemento fondamentale dal punto di vista funzionale è il rapporto di valuta tra espromesso e espromittente: il primo promette di pagare lo specifico debito del secondo⁵⁸⁵.

in generale sulle parti del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c., presenti delle differenze rispetto a quest'ultimo. Il comportamento richiesto ex art. 1378 c.c. sarebbe limitato al dovere di conservare integre le ragioni dell'altra parte. di conseguenza l'altro contraente non può essere costretto a tenere un comportamento positivo (entrambe le parti si assumono il rischio in ordine all'avveramento dell'evento dedotto). Quest'ultimo potrebbe essere chiamato ad attivarsi, nei limiti però dell'apprezzabile sacrificio. Di conseguenza il parametro da utilizzare in caso di inadempimento non può essere quello della diligenza del buon padre di famiglia ex art. 1176. Cfr. BIANCA C.M., *Il contratto*, cit., p. 526.

⁵⁸² In caso di negozio sotto condizione sospensiva, oltre a quelli generali previsti in caso di inosservanza dell'obbligo di buona fede (la risoluzione e il risarcimento), il contraente ha a disposizione quelli specifici per neutralizzare i comportamenti imputabili all'altra parte. Infatti, qualora venga pregiudicato il diritto oggetto del negozio attraverso atti materiali, si possono compiere atti conservativi. Se, invece, sono posti in essere atti giuridici (di natura, ad esempio, dispositiva), soccorre in favore del soggetto leso la retroattività reale della condizione. Infine, qualora vi sia un comportamento scorretto volto ad interferire con il naturale processo di avveramento, la parte può utilizzare il rimedio della *la fictio iuris* ex art. 1359 c.c..

⁵⁸³ “*Il presupposto giuridico imprescindibile dell'espromissione è la sussistenza di un'obbligazione altrui, precedente all'assunzione da parte dell'espromittente. Essa, pertanto, non può avere ad oggetto un debito non ancora sorto. In mancanza di tale presupposto potrà aversi non estromissione, ma assunzione di un'obbligazione di garanzia per futuri possibili debiti dell'obbligato*”, cfr. Cass., 10 novembre 2008, n. 26863, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 1, 6 nota di RUBINO che aveva ad oggetto la qualificazione dell'assunzione del debito antecedente alla erogazione delle prestazioni assistenziali di una casa di riposo nei confronti di un'altra persona, dalla quale sarebbero scaturiti il credito di quest'ultima e il correlativo obbligo di pagamento. Cfr. anche TIMPANO E., *La cassazione nega ancora la validità dell'espromissione di debiti futuri*, in *Riv. not.*, 2011, I, p. 151. Nello stesso senso Cass., 13 dicembre 2003, n. 19118, in *Contratti*, 2004, 7, p.653, nota di MICHETTI.

⁵⁸⁴ In particolare, la funzione economico sociale è individuata, in astratto, nell'aggiunta di un nuovo debitore rispetto a quello originario e nella creazione di una nuova obbligazione solidale (se cumulativa). Funzione che accomuna la delegazione, l'espromissione e l'accollo laddove non siano liberatori.

⁵⁸⁵ Cfr. BIANCA C.M., *L'obbligazione*, cit., p. 666.

È per questa ragione che il terzo (espromittente) può opporre al creditore non le eccezioni basate sul rapporto di provvista (le quali sono irrilevanti, salvo diversa pattuizione), bensì quelle basate sul rapporto di valuta. Ma non tutte. Non sono opponibili: a) le eccezioni personali dell'espromesso (perché prescindono comunque dal rapporto di valuta); b) la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario, quantunque si sia verificata prima dell'espromissione (la compensazione - anche legale - non esclude, quindi, l'espromissione: il legislatore sembra preferire l'estinzione dell'obbligazione attraverso l'adempimento, piuttosto che l'estinzione)⁵⁸⁶; c) le eccezioni che derivano da fatti successivi all'espromissione.

Nella fideiussione vale, in linea generale, la regola dell'opponibilità delle sole eccezioni riguardanti il rapporto di valuta, ma sulla base di una diversa ragione. La prestazione del fideiussore è accessoria, secondaria e con funzione di garanzia⁵⁸⁷. Quest'ultimo promette il pagamento del debito altrui in caso di inadempimento da parte del debitore principale (che rimane sempre lo stesso)⁵⁸⁸.

In caso di espromissione cumulativa, invece, è l'obbligazione dell'originario debitore ad acquistare una funzione che può considerarsi di garanzia, perché rileva nell'eventualità che il nuovo debitore principale non adempia. Con l'espromissione non si garantisce un debito altrui, lo si assume come proprio. Il debitore principale diventa l'espromittente⁵⁸⁹.

Il logico corollario di quanto appena detto è il fatto che mentre la liberazione del debitore originario nella fideiussione estingue tale forma di garanzia, in caso di espromissione la stessa circostanza comporta la liberazione del primo (l'espromesso), ma non quella del nuovo debitore (l'espromittente). Proprio tali considerazioni permettono di tenere distinto il negozio di espromissione (cumulativa) da quello di fideiussione.

⁵⁸⁶ Il fondamento di tale eccezione si rinviene nella considerazione che l'espromittente deve utilizzare ricchezze proprie per estinguere il debito. La particolarità di una tale previsione risiede nel fatto che il legislatore - oltre che impedire la compensazione con riferimento a vicende sorte successivamente - estenda tale divieto anche se la compensazione si è verificata prima. L'efficacia *ipso iure* della compensazione legale trova un limite nell'operatività dell'espromissione.

⁵⁸⁷ *“L'accessorietà - sebbene non implichi necessariamente "una assoluta ed univoca dipendenza del rapporto di garanzia dal rapporto garantito", come si esprime Cass. Sez. U. 18/02/2010, n. 3947 - è peraltro un carattere indefettibile del concetto stesso di garanzia, siccome costantemente e tradizionalmente interpretato nel nostro ordinamento e rispondente del resto ad una nozione comunemente accettata: riconducendosi appunto il senso primordiale del concetto, anche esterno al mondo giuridico, ad un oggetto esterno o diverso al rapporto di garanzia in sé considerato, cui il garante è istituzionalmente ed originariamente estraneo ed al quale sceglie di aggiungere il rapporto ulteriore in cui egli è invece protagonista, a rafforzamento del primo ed al fine di influire sulle vicende (sovente a partire da quella genetica e perfino onde determinare positivamente le parti di quello a concluderlo) del medesimo o comunque di influenzare l'autoregolamentazione di questo”*, cfr. Cass., 7 marzo 2017, in *CED Cassazione*, 2017.

⁵⁸⁸ Nell'espromissione il terzo non può opporre le eccezioni che spetterebbero al debitore originario fondate su fatti successivi all'assunzione della stessa. Invece in caso di fideiussione gli eventi che interessano l'originario debito posson incidere sull'obbligazione del fideiussore nei modi previsti dalla legge.

⁵⁸⁹ I ruoli sono, dunque, invertiti: nella espromissione si degrada la posizione del debitore originario da principale a secondario.

È diversa la funzione ed è diverso anche l'oggetto. Nella prima, come già anticipato, non può che essere l'originario debito⁵⁹⁰, sempre che sia determinabile nei modi già visti in relazione al credito oggetto di cessione.

Inoltre nonostante entrambe siano fattispecie caratterizzate da una forma di sussidiarietà diseguale⁵⁹¹, in caso di espromissione il creditore ha l'onere di chiedere l'adempimento prima all'espromittente e solo in seconda battuta potrà quindi rivolgersi all'espromesso⁵⁹². Se è stata stipulata una fideiussione, invece, non essendoci stata nessuna degradazione della posizione di debitore originario in obbligato sussidiario, il creditore dovrà prima rivolgersi a quest'ultimo e poi al fideiussore⁵⁹³.

I due negozi non sono, dunque, assimilabili e la linea di demarcazione tra gli stessi non può rinvenirsi esclusivamente nell'attualità o meno del debito⁵⁹⁴.

Una volta chiarito ciò e rilevato che non vi sono ostacoli dal punto di vista strutturale all'ammissibilità di una espromissione di debito futuro, si può passare all'analisi del secondo aspetto problematico. L'ulteriore ostacolo da affrontare è, infatti, quello relativo ai requisiti di determinatezza del debito. Posto che anche in questo caso l'oggetto è rappresentato dalla descrizione del debito che si intende assumere (e quindi va indicata la sua natura, il suo valore e il momento in cui sorgerà), la dottrina ha dedicato ancora poca attenzione alla possibilità di assunzione di debiti il cui titolo non si sia ancora perfezionato.

⁵⁹⁰ Differisce per questo motivo anche dalla delegazione pura, in cui il delegato (dietro mandato) si obbliga ad eseguire una prestazione (e non ad assumere il debito altrui), cfr. BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 666.

⁵⁹¹ L'obbligazione solidale può, infatti, essere caratterizzata dalla comunanza di interesse da parte di tutti i condebitori oppure, come si può desumere dall'art 1298, dall'esclusività dell'interesse. Tale differenza non ha valore meramente dogmatico in quanto si ripercuote sulla disciplina dei rapporti interni ed esterni tra condebitori. Per quanto riguarda il primo, come si ricava dagli artt. 1298 e 1299, se la solidarietà è paritaria chi ha pagato ha azione di regresso nei limiti di quanto eccede la sua quota (cioè scomputando questa), che si presume uguale a quella degli altri. In caso di solidarietà diseguale vi è una particolarità di regime: l'obbligazione non si divide in parti uguali, quindi se paga il condebitore che non condivide l'interesse che sta alla base della stessa egli ha regresso per l'intero. Se a pagare è, invece, il debitore principale, non ha regresso nei confronti di quello secondario (es. nella fideiussione se adempie il debitore principale non ha nessun'azione per ripetere quanto pagato nei confronti del fideiussore). Si può affermare, inoltre, che tale caratteristica si riverberi altresì nei rapporti esterni. Infatti mentre i casi di *beneficium excussionis* sono tipici ed espressamente previsti dal legislatore perché comportano un onere gravoso per il debitore, il *beneficium ordinis*, invece, potrebbe considerarsi una naturale facoltà in tutti i quei casi in cui la sussidiarietà è diseguale. Più in generale sulla solidarietà si veda PELLEGATTA S., *Unità e pluralità nell'obbligazione solidale passiva*, Torino, Giapichelli, 2016.

⁵⁹² Si è posto in dottrina il problema della possibilità di invocare il *beneficium ordinis* anche laddove non sia previsto dal legislatore nell'ambito dei negozi che comportano una modificazione dal lato passivo del rapporto obbligatorio (come nel caso della espromissione). L'art. 1269, comma 2, c.c. prevede che il creditore che abbia accettato l'obbligazione del terzo delegato non possa rivolgersi al delegante prima di aver richiesto l'adempimento al delegato. Non essendo prevista una simile facoltà con riferimento all'accollo e all'espromissione dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura eccezionale o meno della disposizione summenzionata. La giurisprudenza ha ritenuto che anche in caso di accollo cumulativo sia possibile ottenere il *beneficium ordinis* in favore dell'accollato. Pertanto lo stesso può valere in caso di espromissione. Quindi, in pratica, si ritiene che non solo la solidarietà tollera la sussidiarietà, ma che quest'ultima, nella forma minima e meno gravosa del *beneficium ordinis*, sia una caratteristica naturale di tutte le ipotesi di sussidiarietà diseguale.

⁵⁹³ Occorre comunque rilevare che il legislatore - nel disciplinare quest'ultimo negozio - ha previsto all'art. 1944 c.c., comma 2, che il fideiussore possa invocare il *beneficium excussionis* solo se espressamente convenuto.

⁵⁹⁴ Riassumendo, si ha una diversa funzione (assunzione del debito, garanzia del debito); un diverso oggetto (il debito originario, la garanzia dell'adempimento del debito originario); diverse caratteristiche (parziale autonomia, accessorietà).

Così come in caso di cessione di crediti futuri ci si domanda se sia necessaria o meno, ai fini della validità, la sussistenza di un rapporto giuridico attuale posto a sostegno dell'aspettativa creditoria (tesi restrittiva) oppure se possano considerarsi sufficienti anche l'indicazione dell'importo massimo garantito (così come è stato stabilito in materia di fideiussione *omnibus*) o il riferimento ad un determinato affare.

3.2.L'accollo

Sia in dottrina che in giurisprudenza si era acceso un dibattito in ordine all'ammissibilità e alla qualificazione giuridica di un accollo di debito futuro.

Occorre premettere che la questione ha riguardato principalmente l'accollo di tipo esterno, con il quale il creditore acquista la facoltà di agire direttamente nei confronti dell'accollante.

L'accollo interno è l'accordo attraverso il quale il terzo (l'accollante) si obbliga a fornire al debitore (l'accollato) quanto necessario per estinguere il debito. In questo caso non c'è un'assunzione del debito altrui *strictu sensu*, ma semplicemente dei suoi effetti economici⁵⁹⁵. L'accollante, ad esempio, può essere obbligato al rimborso di quanto pagato *ex post* o a fornire *ex ante* gli strumenti e le risorse per l'adempimento. Suddetta forma di accollo non incide sul rapporto originario accollato-accollatario e ha effetti meramente interni (non produce effetti nel patrimonio del creditore, il terzo non diventa a sua volta debitore)⁵⁹⁶. Per questo motivo non può essere mai liberatorio. Si tratta di un negozio a struttura bilaterale.

Il codice non lo prevede né lo disciplina, tuttavia, è liberamente utilizzabile dalle parti laddove le stesse perseguano un interesse meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.⁵⁹⁷ e sempre che, ovviamente, siano rispettati i requisiti di determinatezza/determinabilità del debito⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 964.

⁵⁹⁶ “*Nell'accollo semplice (o interno) l'accollante si obbliga nei confronti del solo debitore accollato e non anche verso il creditore il quale non può, quindi, da lui pretendere l'adempimento dell'obbligazione, con la duplice conseguenza che accollante e debitore possono liberamente modificare o revocare in qualsiasi momento l'impegno inizialmente assunto dal primo e che quest'ultimo, nel caso di mancata osservanza dell'obbligo, risponde dell'inadempimento nei confronti del solo accollato e non anche verso il creditore, terzo estraneo all'accollo*”, cfr. Cass., 11 aprile 200, n. 4604, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

⁵⁹⁷ La figura dell'accollo interno - non prevista espressamente dal codice civile, ma riconducibile all'esercizio dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela - ricorre allorché il debitore convenga con il terzo l'assunzione, da parte di costui, in senso puramente economico, del peso del debito, senza, tuttavia, attribuire alcun diritto al creditore e senza modificare l'originaria obbligazione. Il terzo assolve il proprio obbligo di tenere indenne il debitore adempiendo direttamente in veste di terzo o apprestando in anticipo al debitore i mezzi occorrenti, ovvero rimborsando le somme pagate al debitore che ha adempiuto, cfr. Cass., 1 agosto, 1996, n. 6936, in *Mass. Giur. It.*, 1996, cfr. anche PICCININI V., *L'atto di adesione del creditore all'accollo esterno privativo tra criteri interpretativi e produzione in giudizio dell'accordo*, in *Giur. merito.*, 2011, 10, p. 2366.

⁵⁹⁸ La disciplina dell'art. 1273 c.c., che regola l'accollo esterno non è invocabile in relazione all'accollo interno, la cui regolamentazione, risolvendosi esso nell'assunzione di un'obbligazione mediante una convenzione dotata di efficacia circoscritta alle parti, alla quale il creditore rimane estraneo, risulta, invece, dal contenuto della volontà manifestata dalle medesime, che - nell'esercizio dell'autonomia contrattuale - ben possono convenire l'accollo di un debito non ancora accertato nel quantum o di un debito futuro, cfr. Cass., 24 febbraio 1982, n. 1180 in *Mass. Giur. It.*, 1982. La dottrina e

Dal punto di vista causale (così come in caso di l'espromissione) il legislatore ha previsto l'accollo come strumento per favorire l'estinzione del debito altrui. Accanto a tale generica funzione, però, ci sono anche i concreti interessi perseguiti dalle parti con il regolamento contrattuale. Ad esempio può essere qualificato in concreto come un contratto di donazione se viene concluso dal terzo non spinto da alcun tipo di interesse economico. Pertanto, laddove il debito sia futuro, si pone il problema del divieto *ex art. 771 c.c.* e la soluzione non potrà che essere quella della nullità del negozio. Se, invece, lo si qualifica come contratto con prestazioni da eseguirsi ad un terzo (laddove l'accollante paghi il debito dell'accollato *ex art. 1180 c.c.*) ed è mosso da uno spirito di liberalità si ricadrà nel campo delle donazioni c.d. indirette e si pone il problema della tassatività o meno delle norme richiamate dall'art. 809 cc.

L'accollo esterno, invece, rientra pacificamente tra le vicende successorie disciplinate nel capo VI del libro sulle obbligazioni in generale. In questo caso l'accollatario viene portato a conoscenza dell'accordo tra debitore e terzo e ciò determina la nascita dell'obbligo per l'accollante di pagare il debito⁵⁹⁹.

Se l'accollo è cumulativo il creditore può decidere se aderire o meno a tale negozio. Nel primo caso rende irrevocabile la stipulazione a suo favore, ma comunque non assume la qualifica di parte del contratto.

L'adesione del creditore importa la liberazione del debitore solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se lo dichiara espressamente.

Anche in questo caso la causa è l'assunzione del debito altrui⁶⁰⁰ e la solidarietà è di tipo diseguale⁶⁰¹. Rilevano sia il rapporto di valuta che di provvista, al contrario di quanto accade nella espromissione e nella delegazione.

la giurisprudenza hanno ritenuto valido l'accollo di un debito futuro interno giustificato da una logica di scambio (e sia quindi qualificabile come oneroso o comunque animato di un interesse di natura patrimoniale, anche se gratuito).

⁵⁹⁹ L'oggetto è, quindi, il debito dell'obligato, così come in caso di espromissione (e diversamente dalla delegazione e dalla fideiussione). Un esempio molto diffuso nella prassi è l'accollo del mutuo da parte dell'acquirente di un immobile.

⁶⁰⁰ Il contratto a favore di terzo è quel contratto attraverso il quale le parti possono attribuire dei diritti al beneficiario (e non obblighi). Il terzo non è parte né formale né sostanziale dell'accordo. Egli acquista il diritto per effetto della sola stipulazione. La sua adesione comporta l'immodificabilità e irrevocabilità della stipulazione (lo stipulante, infatti, può revocarla e modificarla sino a tale momento). Secondo parte della dottrina esistono delle differenze tra accollo esterno e contratto a favore di terzo. Il primo nasce come esterno e poi, laddove le parti decidano in tale senso, può essere portato a conoscenza dell'accollatario. Invece il contratto *ex art. 1411 c.c.* produce effetti immediati nel patrimonio del terzo. Ancora, è discusso se la revoca spetti solamente al debitore accollato (come per lo stipulate), oppure serva un accordo risolutorio con l'accollante. Infine se l'accollatario è a sua volta debitore deve dimostrare di aver eseguito la propria prestazione prima di esigere quella dell'accollante, cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 964 e RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 243 ss.

⁶⁰¹ Cfr. Cass., 24 febbraio 2010, n. 4482 in *CED Cassazione*, 2010 ("l'obbligazione dell'accollato, in analogia alla disciplina dettata per la delegazione dall'art. 1268, secondo comma, cod. civ., degrada ad obbligazione sussidiaria, con la conseguenza che il creditore ha l'onere di chiedere preventivamente l'adempimento all'accollante, anche se non è tenuto ad escuterlo preventivamente, e soltanto dopo che la richiesta sia risultata infruttuosa può rivolgersi all'accollato").

Secondo il comma 3 dell'art. 1273, c.c., infatti, il terzo è obbligato nei confronti del debitore nei limiti in cui ha assunto il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale la stipulazione è avvenuta. Il rapporto di valuta rileva perché ne rappresenta la giustificazione causale (assumo quello specifico diritto). Quello di provvista, invece, è esplicitato e formalizzato nel contratto di accollo, che attribuisce al creditore il diritto di pretendere la prestazione anche da lui. Pertanto con l'adesione allo stesso ne subisce anche i limiti e le eccezioni (in caso di accollo esterno, infatti, il rapporto di provvista è proprio il contratto di accollo, di conseguenza non può non rilevare).

La giurisprudenza non sempre è stata univoca con riferimento all'ammissibilità della figura di un accollo esterno di debito futuro⁶⁰².

L'orientamento contrario ha sostenuto che l'incompatibilità della fattispecie dell'accollo rispetto ad un debito futuro sia desumibile fondamentalmente da due elementi: la struttura trilatera del negozio (come si vedrà a breve) e l'interpretazione letterale dell'art. 1273 c.c.⁶⁰³. In particolare la locuzione “*assuma il debito dell'altro*” sarebbe indicativa del fatto che non si può che fare riferimento a ciò che è (già) dovuto: è necessaria la preesistenza di un debito per potersi impegnare ad assumerlo. Inoltre vi sarebbe un altro argomento a sostegno. L'espressa previsione che “*il debitore e un terzo convengono*” fa supporre che se è necessaria l'adesione del creditore, questi debba essere già titolare di un credito.

Nel caso in cui una parte abbia assunto il debito di un altro soggetto, pertanto, si avrà un mero contratto preliminare di accollo.

In realtà l'argomento letterale è debole e poco convincente. Dalla struttura dell'art. 1273 c.c. non si evince nessuna doverosa preesistenza del debito. Anche l'art. 1260 c.c. in materia di cessione dei crediti fa riferimento al trasferimento di un “credito”, ma non si dubita che esso possa essere anche futuro⁶⁰⁴.

⁶⁰² Nello stesso anno, il 1974, la Cassazione prima ammette e poi nega l'ammissibilità dell'accollo su debito futuro, cfr. Cass., 10 luglio 1974, n. 2042, in *Mass. Giur. It.*, 1974, e Cass., 9 dicembre 1974, n. 4109, sempre in *Mass. Giur. It.*, 1974. Qualche anno dopo affermano che la futurità è compatibile solo con la struttura dell'accollo di tipo interno (perché la disciplina dell'art. 1273 c.c., che regola l'accollo esterno non è invocabile in relazione all'accollo interno, la cui regolamentazione risulta dal contenuto della volontà manifestata dalle parti medesime che, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, ben possono convenire l'accollo di un debito non ancora accertato nel *quantum* o di un debito futuro), cfr. Cass., 24 febbraio 1982, n. 1180 in *Mass. Giur. It.*, 1982. Fino ad arrivare agli anni 1988 e 1994 in cui la Cassazione stabilisce che l'accollo di debito futuro non è in contrasto con l'art. 1273 c.c., cfr. Cass., 8 settembre 1988, n. 5102, in *Mass. Giur. It.*, 1988 e Cass., 23 settembre 1994, n. 7831, in *Giur. It.*, 1996, p. 6.

⁶⁰³ Si leggano le motivazioni di Cass., 5 aprile 1966, n. 881, in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 1155 e Cass., 6 dicembre 1974, n. 4109, in *Foro.it*, 1975, I, c. 1141.

⁶⁰⁴ Cfr. GIACOBBE G., *op. cit.*, p. 110 e CARINGELLA F., *L'accollo di debiti futuri torna all'attenzione della suprema corte*, in *Corriere Giur.*, 1995, 3, p. 330: “Non si riesce a capire quale possa essere, in assenza di un qualsivoglia sostrato normativo, l'elemento discrezionale della fattispecie dell'accollo esterno di debiti futuri, rispetto a quello della cessione dei crediti, futuri, analogamente postulante un fenomeno successorio, anche sul versante attivo del rapporto obbligatorio, eppure pacificamente ammessa in sede pretoria come in ambito dottrinale”.

La stessa Cassazione ha affermato successivamente che non è rinvenibile alcun contrasto con gli artt. 1273, 1346 e 1348 c. c. “*come è dimostrato dalla validità della fideiussione per debito futuro e della fideiussione "omnibus", nonché dalla larga autonomia dei contraenti, che non trova limiti nella materia*”⁶⁰⁵.

Di conseguenza non rimane che approfondire l’ulteriore argomento della struttura dell’accollo in caso di assunzione di un debito non ancora venuto ad esistenza.

3.2.1. *Natura giuridica*

La tesi tradizionale incline ad escludere l’ammissibilità dell’accollo esterno, come premesso, ha sempre sostenuto che l’adesione del creditore fosse un presupposto imprescindibile ai fini del perfezionamento della fattispecie. L’operazione giuridica voluta dalle parti era ricostruita come contratto plurilaterale. Fino alla nascita del rapporto obbligatorio (cioè alla venuta ad esistenza del bene), non essendo possibile individuare uno dei contraenti (l’accollatario), nessuna fattispecie giuridica poteva dirsi perfezionata⁶⁰⁶.

Inoltre l’effetto principale del negozio di accollo – ossia quello di rendere debitore principale l’accollante e secondario l’accollato – era considerato di natura sfavorevole per il creditore. Pertanto, sulla base del principio generale secondo il quale nessun effetto sfavorevole può essere prodotto nella sfera giuridica della parte senza il suo consenso, l’accollatario doveva necessariamente partecipare alla fase genetica del negozio.

In realtà la dottrina e la giurisprudenza (a partire dalla storica sentenza del 23 settembre 1994) hanno qualificato l’accollo esterno come contratto a favore di terzo⁶⁰⁷.

Lo schema *ex art.* 1411 c.c. per l’accollo cumulativo è perfettamente compatibile con la futurità dell’oggetto. Il contratto è immediatamente vincolante tra le parti e fa sorgere l’obbligo di adoperarsi (attraverso comportamenti positivi o meramente negativi) al fine della venuta ad esistenza del diritto. L’effetto che consegue dalla sua stipulazione è rinvenibile nell’aggiunta di un nuovo debitore (di un nuovo patrimonio) al rapporto originario di credito-debito e non può che essere favorevole per il creditore. È vero che quest’ultimo sarà tenuto a chiedere l’adempimento prima all’accollante e poi all’accollato, ma il *beneficium ordinis* non può essere considerato un effetto svantaggioso. Sorge un nuovo onere, ma contemporaneamente anche un secondo patrimonio sul quale potersi rivalere.

⁶⁰⁵ Cfr. Cass., 23 settembre 1994, n. 7831, in *Giur. It.*, 1996, p. 6.

⁶⁰⁶ Tra i sostenitori della tesi tradizionale si veda MANCINI T., *Accollo*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 9, *Obbligazioni e contratti*, Torino, UTET, 1999, p. 509. Secondo l’autore l’adesione del creditore è un elemento perfezionativo del negozio di accollo esterno. Dello stesso avviso RESCIGNO P *op. cit.*, p. 167.

⁶⁰⁷ Si veda CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile. III, Le obbligazioni in generale*, Roma, DIKE, 2011, p. 912.

L'accettazione del creditore serve esclusivamente a rendere immodificabile tale stipulazione e può avvenire in un momento successivo alla venuta ad esistenza del debito.

Diverso è il caso in cui l'accollo esterno sia liberatorio. In questo caso l'accettazione del creditore determina il subingresso dell'accollante e del suo patrimonio al posto di quello dell'accollato (la dottrina ha qualificato tale atto di volontà come autorizzazione⁶⁰⁸). L'obbligazione dell'accollante, in questo caso, è sì futura, ma è anche sottoposto alla condizione sospensiva della liberazione. Pertanto la venuta ad esistenza del diritto e l'autorizzazione sono necessarie ai fini della modificazione soggettiva⁶⁰⁹.

Nulla esclude che comunque le parti possano decidere di optare per la stipulazione di un contratto preliminare di accollo di debito futuro. In tal caso occorre verificare - attraverso l'applicazione dei criteri interpretativi previsti dagli artt. 1362 e ss c.c. - se l'accordo mediante il quale le parti si obbligano prevede la futura stipulazione di un contratto (ossia una futura ed ulteriore manifestazione di volontà). Il contratto preliminare è fonte di un obbligo a contrarre e genera il diritto alla conclusione del contratto definitivo e non direttamente alla prestazione che ne forma oggetto. Laddove invece le parti abbiano previsto l'automaticità degli effetti dell'accollo (ossia l'aggiunta del nuovo debitore) alla sola venuta ad esistenza del bene, lo schema sarà quello *ex art. 1273 c.c.*.

Ovviamente il debito deve essere determinato, pena l'invalidità del contratto.

Inoltre se lo stipulante è mosso dallo spirito di liberalità si pone il problema della tassatività o meno delle norme richiamate dall'art. 809 cc. (se sia quindi applicabile l'art. 771 c.c.).

3.2.2. L'accollo legale di debito futuro

All'interno del codice esistono diverse ipotesi di accollo *ex lege*. Ad esempio: l'art. 2031 (qualora la gestione di affari altrui sia stata utilmente iniziata, l'interessato deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto), l'art. 1408 (in caso di cessione del contratto, se il cedente non è stato liberato); l'art. 2269 (sulla responsabilità del nuovo socio per le obbligazioni sociali anteriori)⁶¹⁰. Più problematica è, invece, la ricostruzione dogmatica della responsabilità per i debiti futuri in capo all'acquirente a seguito della cessione dell'azienda.

Nel campo dottrinale e giurisprudenziale è discussa la riconducibilità di tale ipotesi al fenomeno dell'accollo.

⁶⁰⁸ In dottrina nel senso dell'autorizzazione: GALLI R., *op. cit.*, p. 657 e CARINGELLA F., *op. cit.*, p. 913.

⁶⁰⁹ Nel caso in cui l'accollatario rifiuti di accettare la modifica, l'accordo tra debitore originario e terzo non sempre potrà trasformarsi in accollo interno. Occorrerà verificare se l'intenzione e la volontà dell'accollante era o meno quella di impegnarsi ad assumere il debito solo nel caso in cui fosse intervenuto il subingresso.

⁶¹⁰ All'interno della legislazione speciale si può citare l'accollo del debito di imposta *ex art. 8 della legge 27 luglio 2000*, n. 212.

Secondo la giurisprudenza, ad esempio, la solidarietà *ex art. 2560*, comma 2, c.c. è stata prevista dal legislatore a favore dei creditori dell'azienda ceduta, non dell'alienante. Di conseguenza non si verifica alcuna inversione della posizione debitoria: il nuovo debitore non diventa il debitore principale (così come accade in caso di accollo esterno). Colui che è tenuto ad adempiere rimane il soggetto cui è imputabile il fatto costitutivo del debito, cioè il cedente⁶¹¹. A sostegno di tale orientamento è stato spesso richiamato l'art. 58 del d.lgs. 10 settembre 1993, n. 385, il quale in caso di cessione di aziende bancarie, prevede il trasferimento delle passività del cessionario e non la mera aggiunta della responsabilità di quest'ultimo a quella del cedente.

Tuttavia è stato obiettato che se così non fosse non si spiegherebbe come mai il primo comma preveda la liberazione dell'alienante dietro consenso dei creditori. Dalla lettura dell'articolo emerge lo schema tipico dell'accollo esterno. L'art. 58 del d.lgs. del 1993 è speciale rispetto all'art. 2560 c.c. in relazione ad alcuni aspetti (prevede un limite temporale e la liberazione senza richiedere il consenso dei creditori), ma non in relazione alla struttura della responsabilità per i debiti antecedenti. Si tratta di una norma derogatoria proprio perché non nasce la responsabilità solidale⁶¹².

In particolare, è sorto recentemente il problema della responsabilità per i debiti restitutori derivanti dall'azione revocatoria fallimentare per i pagamenti ricevuti dall'imprenditore alienante prima della cessione. L'art. 2560, comma 2, cc prevede che, in caso di trasferimento di azienda, l'acquirente risponda dei debiti inerenti l'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se risultano dai libri contabili obbligatori.

Si contrappongono sul punto due distinti orientamenti.

Il primo ritiene che l'azione revocatoria abbia natura costitutiva e pertanto il debito che ne deriva non possa essere considerato esistente al momento della cessione⁶¹³. Di conseguenza non risulta integrato

⁶¹¹ *“In tema di cessione d'azienda, la previsione, di cui al secondo comma dell'art. 2560 cod. civ., della solidarietà dell'acquirente dell'azienda nella obbligazione relativa al pagamento dei debiti dell'azienda ceduta è posta a tutela dei creditori di questa, e non dell'alienante, sicché, essa non determina alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale, nel senso che il debitore effettivo rimane pur sempre colui cui è imputabile il fatto costitutivo del debito, e cioè il cedente, nei cui confronti può rivalersi in via di regresso l'acquirente che abbia pagato, quale coobbligato in solido, un debito pregresso dell'azienda, mentre il cedente che abbia pagato il debito non può rivalersi nei confronti dell'eventuale coobbligato in solido. Ciò comporta, sul piano processuale, la conservazione da parte del cedente della legittimazione ad agire, relativamente al contratto che si riferisce all'attività connessa all'acquisto dell'azienda, con la conseguenza che l'inutile decorso del termine per l'impugnazione per effetto dell'inerzia del cedente l'azienda comporta l'inammissibilità dell'impugnazione da parte del cessionario e l'impossibilità della integrazione del contraddittorio nei confronti del cedente quale unico soggetto legittimato all'impugnazione”, cfr. Cass., 03 ottobre 2011, n. 20153, in CED Cassazione, 2011.*

⁶¹² In tema di cessione di azienda in favore di una banca l'art. 58 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 - nel prevedere il trasferimento delle passività al cessionario in forza della sola cessione e del decorso del termine di tre mesi dalla pubblicità notizia di essa e non la mera aggiunta della responsabilità di quest'ultimo a quella del cedente - deroga all'art. 2560 c.c., su cui prevale in virtù del principio di specialità, cfr. Cass., 26 agosto 2014, n. 18258, in *Foro It.*, 2015, 5, 1, p. 1706. E comporta altresì il trasferimento dei debiti per sanzioni irrogate dopo la cessione per fatti commessi in precedenza, cfr. Cass., 29 ottobre 2010, n. 22199, in *CED Cassazione*, 2010.

⁶¹³ In ipotesi di vittorioso esperimento della revocatoria fallimentare relativa ad un pagamento eseguito dal fallito nel “periodo sospeso”, l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens* soccombente in revocatoria ha “*natura di debito di valuta e*

il requisito *ex art. 2650, comma 2, c.c.* (“*se risultano dai libri contabili obbligatori*”). Inoltre la situazione di soggezione all’azione revocatoria fallimentare non può qualificarsi come posizione utile e attinente all’esercizio dell’attività aziendale oggetto di trasferimento. La stessa è prevista nel nostro ordinamento unicamente a favore dei creditori. Non può essere considerata equipollente alle altre situazioni giuridiche oggetto di cessione.

Secondo l’orientamento opposto, invece, la cessione dell’azienda ha carattere unitario e comporta il trasferimento non solo di tutti gli elementi costituenti l’*universitas*, ma anche di tutti i rapporti giuridici attivi (i crediti) e passivi (i debiti). Pertanto l’accollo dei debiti futuri derivanti dall’accoglimento delle domande di revoca di pagamenti eseguiti da terzi debitori dell’azienda ceduta è valido ed efficace per due motivi. Anzitutto perché è ormai, come già visto, ammesso dalla giurisprudenza e soprattutto perché i debiti oggetto di accollo cumulativo sono determinati: i pagamenti risultano dai libri contabili obbligatori e sono inclusi esclusivamente quelli effettuati entro un preciso limite temporale dettato dalla norma sull’azione revocatoria fallimentare⁶¹⁴.

Recentemente si sono espresse sul punto le Sezioni Unite⁶¹⁵. Secondo il Supremo consesso il cessionario non può considerarsi legittimato passivo dell’azione revocatoria fallimentare, perché dall’interpretazione letterale dell’art. 2560, comma 2, c.c si evince che oggetto di cessione sono esclusivamente i debiti maturati annotati nei libri contabili. La situazione di debito non coincide né include lo stato di soggezione ad una successiva azione revocatoria fallimentare. Si addosserebbe

non di valore, atteso che l’atto posto in essere dal fallito è originariamente lecito e la sua inefficacia sopravviene solo in esito alla sentenza di accoglimento della revocatoria, dovendosi ritenere la natura costitutiva di tale sentenza e perciò qualificare come diritto potestativo (e non come diritto di credito) la situazione giuridica facente capo al curatore fallimentare che agisce in revocatoria”, cfr. Cass., Sez. Un., 15 giugno 2000, n. 437, in Corriere Giur., 2000, 11, p. 1489 nota di TARZIA.

⁶¹⁴ In un caso di cessione di azienda bancaria è stato affermato che “*possono, pertanto, essere oggetto di trasferimento anche i debiti futuri derivanti dall’esercizio di detta azione revocatoria, trattandosi di obbligazioni ad oggetto determinabile, in quanto all’atto della stipula della convenzione gli eventuali debiti sono identificabili sulla base dei pagamenti eseguiti dai debitori poi falliti, risultanti dalla contabilità dell’azienda ceduta e considerato, altresì, che il limite alla responsabilità posto dal citato art. 90, risponde non solo all’interesse del cessionario, ma anche a quello pubblico a circoscriverne la responsabilità, per rendere più agevole la collocazione dell’azienda dell’impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa, o di sue porzioni o dei beni o rapporti che ad essa fanno capo, interesse che è tuttavia soddisfatto da una disciplina legale derogabile*”, cfr. Cass., 7 dicembre 2012, n. 22253 in *Fallimento*, 2013, 8, p. 999; Cass., 28 luglio 2010, n. 17668, in *Fallimento*, 2011, 3, p. 373.

⁶¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Unite, 28 febbraio 2017, n. 5054, in *Società*, 2017, 7, p.834 nota di PLATANIA; *Fallimento*, 2017, 8-9, p. 947 nota di DE CRESCIENZO: “*il cessionario dell’azienda è obbligato, ai sensi dell’art. 2560, comma 2, c.c., alla restituzione conseguente alla revoca fallimentare di un pagamento ricevuto dal cedente anteriormente alla cessione solo se tale debito risulti dai libri contabili obbligatori, sempre che sussista un’effettiva alterità soggettiva delle parti titolari dell’azienda (non ravvisabile, ad esempio, nelle ipotesi di trasformazione, anche eterogenea, della forma giuridica di un soggetto ed in quella di conferimento dell’azienda di un’impresa individuale in una società unipersonale) e salvo che il cessionario stesso abbia inteso assumere anche il futuro debito derivante dall’esercizio dell’azione revocatoria dei pagamenti risultanti dalla contabilità aziendale*”.

Il fatto concreto da cui ha avuto origine l’intera vicenda era l’incorporazione da parte della società x della società y. Quest’ultima aveva ricevuto dei pagamenti da un fornitore, il quale era stato successivamente dichiarato insolvente. Il commissario giudiziale dell’amministrazione straordinaria ha chiesto la restituzione del pagamento effettuato dal fornitore alla società x (incorporante). Nonostante si tratti di un caso di conferimento di azienda in una società, il problema si pone negli stessi termini in caso di cessione.

all'accollante, altrimenti, un mero rischio di sopravvivenza passiva, sulla base di un “*documentato fatto genetico mediato*”. La responsabilità deve essere fondata su elementi che abbiano, invece, una evidenza diretta, quali appunto i libri contabili. La norma, inoltre, rappresenta il giusto compromesso tra la tutela dell'affidamento del cessionario (il quale non deve essere esposto ad acquisti che possono rivelarsi più onerosi di quello che sembrano, altrimenti si scoraggerebbe il traffico giuridico in relazione al bene specifico “azienda”) e i creditori (che possono contare su un secondo patrimonio su cui rivalersi grazie al meccanismo dell'accollo).

La natura costitutiva dell'azione revocatoria non è invece dirimente ai fini in esame poiché non escludere di per sé, la possibile retroattività *ex tunc* degli effetti⁶¹⁶.

La ricostruzione ermeneutica così delineata dell'ambito applicativo dell'art. 2560 cpv. c.c., non si estende laddove non vi sia una effettiva alterità soggettiva tra le parti (ad esempio in caso di mera trasformazione giuridica)⁶¹⁷ o se il cessionario abbia concluso un accollo esterno di natura convenzionale in relazione a tali debiti.

Parte della dottrina ha criticato la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite. È stato affermato che se il debito è determinato ai fini di un accollo esterno di natura convenzionale (in quanto sono sufficienti il dato temporale e l'indicazione del pagamento) non si capisce perché non potrebbe valere lo stesso in caso di accollo legale. Il mero dato letterale dell'art. 2560 non sarebbe sufficiente ad escluderlo, anche perché la probabile esistenza dei soli rischi può portare ad una iscrizione contabile⁶¹⁸.

3.3. La delegazione

L'art. 1260 c.c. prevede che il debitore (il delegante) possa ordinare ad un terzo (il delegato) di obbligarsi o di adempiere una sua obbligazione nei confronti del proprio creditore (delegatario). Nel primo caso si ha una *delegatio promittendi*, mentre nel secondo una *delegatio solvendi*⁶¹⁹.

È proprio lo *iussum* che caratterizza la delegazione e la distingue rispetto alle altre due vicende modificative del rapporto obbligatorio (le quali, in caso contrario, sarebbero sufficienti ad esaurire le vicende di assunzione del debito altrui)⁶²⁰.

⁶¹⁶ Si pensi, ad esempio, all'azione di risoluzione o di annullamento del contratto.

⁶¹⁷ Oppure anche in caso di conferimento dell'azienda di un'impresa individuale in una società unipersonale (che non costituisce una trasformazione in senso tecnico), in cui, pure, è ravvisabile una perdurante identità soggettiva - sostanziale, se non formale - significativa di una conoscenza diretta dei rapporti giuridici *in fieri*, estranea alla *ratio* protettiva del successore a titolo particolare nell'azienda, sottesa all'art. 2560 c.c., cfr. Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2017, n. 5054, *cit.*.

⁶¹⁸ Cfr. PLATANIA F., *Revoca fallimentare del pagamento e disciplina dell'art. 2560 cc*, in *Società*, 2017, 7, p. 834, il quale trova la sentenza delle Sezioni Unite contraddittoria.

⁶¹⁹ L'ipotesi della *delegatio promittendi* è quella disciplinata dall'art. 1268 c.c. e può essere cumulativa se il debitore originario assegna al creditore un altro debitore che diventa, quindi, quello principale oppure liberatoria (ma serve che il delegatario lo dichiari espressamente, cfr. Cass., 24 gennaio 2002, n. 848 in *Contratti*, 2002, 6, p.615 e Cass., 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro It.*, 2008, 6, 1, p.1966 nota di RENDA).

⁶²⁰ Ed è sempre lo *iussum* – come si vedrà – a giustificare l'ammissibilità nel nostro ordinamento della delegazione non titolata (astratta).

La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto la possibilità che il debito possa essere anche futuro. In particolare, è stato affermato che può considerarsi ammissibile sia una delegazione di crediti che, ancorché esistenti, non siano ancora liquidi ed esigibili, sia una delegazione di crediti futuri, i quali, pur non potendo ancora considerarsi esistenti, risultino, tuttavia, collegati ad un non ancora avvenuto svolgimento di rapporti già in atto al momento in cui viene attuato il rapporto di delegazione⁶²¹.

3.3.1. *Natura giuridica*

La ricostruzione della struttura e della natura giuridica della delegazione è più complessa rispetto a quella dell'espromissione e dell'accollo. È stata qualificata in dottrina sia come un contratto trilaterale che come collegamento negoziale tra più autonomi negozi⁶²².

Si ha, innanzitutto, un ordine (lo *iussum*) da parte del delegante al delegato, il quale rileva sul piano giuridico perché derivante da un accordo (qualificabile come mandato). Serve quindi l'accettazione del delegato ed ha lo scopo di assicurare al delegante l'impegno del delegato (che non è obbligato ad accettarlo anche se c'è il rapporto di provvista)⁶²³. L'oggetto del mandato è il pagamento o l'assunzione del debito. Se la delegazione non è allo scoperto (e quindi il delegato è a sua volta debitore del delegante) lo *iussum* è un mandato misto a una *datio in solutum*⁶²⁴.

Poi c'è l'adempimento da parte del delegante, che può avvenire tramite il pagamento diretto del debito originario oppure la promessa di adempiere. In quest'ultimo caso secondo parte della dottrina si ha a che fare con una promessa unilaterale vincolante la quale può essere qualificato o come promessa tipica in quanto prevista dell'art. 1268⁶²⁵ oppure ricondotta sotto lo schema generale del contratto con obbligazioni del solo proponente *ex art. 1333 c.c.*. È stato obiettato, tuttavia, che l'art. 1268, comma 2, c.c. parla espressamente di "*creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo*", pertanto serve un negozio bilaterale⁶²⁶. In più può esserci, eventualmente, anche un contratto tra delegante e delegatario attraverso il quale il primo assegna il nuovo o l'ulteriore debitore e il secondo si obbliga a ricevere il pagamento o ad accettare la promessa.

⁶²¹ Sulla futurità del debito e delegazione cfr. Cass., 19 maggio 2004, n. 9470, in *Foro It.*, 2005, 1, p. 823 e Cass., 11 luglio 1969, n. 2549, in *Giust. Civ. Mass.*, 1969, I, p. 1820.

⁶²² In relazione al collegamento negoziale si veda in dottrina BIANCA C.M., *op. cit.*, p.635 e in giurisprudenza cfr. Cass., 17 maggio 2000, n. 6387, in *Fallimento*, 2001, 4, 410 nota di FONNESU ("*la delegazione può essere realizzata attraverso una pluralità di distinti negozi bilaterali ed unilaterali, dotati ciascuno di una propria causa, pur se tra loro finalisticamente collegati*").

⁶²³ Rapporto di provvista che è e rimane un rapporto diverso da quello che nasce a seguito della stipulazione del mandato, cfr. Cass., 19 settembre 2008, n. 23864, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 4, 1, 336 nota di ALVISI.

⁶²⁴ Cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 630.

⁶²⁵ Si tratterebbe di uno di quei casi espressamente previsti dalla legge in cui una promessa unilaterale produce effetti giuridici *ex art. 1987 cc.*

⁶²⁶ Proprio il dato letterale ha indotto la dottrina a ritenere che serva l'accettazione del creditore. L'effetto della delegazione è quello di trasformare il terzo/delegato in debitore principale con l'onere di previo *beneficius ordinis* nei confronti di quest'ultimo soggetto e lo stesso può considerarsi come sfavorevole nei confronti del delegatario (così come già visto per l'accollo).

Il rapporto tra delegante e delegatario è il c.d. rapporto di valuta, mentre quello tra delegante e delegato è il rapporto di provvista. È importante sottolineare l'esistenza di questi due rapporti ai nostri fini perché l'obbligazione futura potrebbe essere sia quella dell'originario debitore nei confronti del creditore, sia quella del delegato nei confronti del delegante.

Se la futurità investe il rapporto di valuta si ritiene che non vi sia alcuna incompatibilità strutturale che possa comportare un giudizio negativo in ordine alla sua ammissibilità. Il delegante ben può ordinare al delegato di adempiere in relazione ad un suo futuro credito (senza che sia a tal fine necessaria l'esistenza o l'accettazione del creditore). Il requisito necessario è che l'impegno sia sufficientemente determinato, al fine di evitare che il delegato assuma obbligazioni delle quali non riesca a prevedere l'entità perché future.

Se non esiste, tuttavia, il rapporto di valuta, potrebbe profilarsi una donazione indiretta di diritto futuro⁶²⁷.

Anche nell'ipotesi in cui ad essere futuro è il debito che il delegato ha con il delegante non si riscontrano particolari problemi. In questi casi il primo si impegna ad adempiere nei confronti del creditore per poi ottenere in futuro l'estinzione di una sua futura obbligazione con il delegante⁶²⁸.

Le conseguenze in caso di mancata venuta ad esistenza del credito divergono a seconda che si sia fatto riferimento o meno al rapporto di provvista al momento dell'impegno nei confronti del creditore. In caso positivo (*"Tizio mi ha ordinato di pagarti questa somma, che è quella che io devo a lui"*), il delegato potrà opporre al delegatario la mancata venuta ad esistenza del credito. Se, invece, la delegazione non è titolata (o manca la menzione del solo rapporto di provvista: *"Tizio mi ha ordinato di pagarti 100"* o *"Tizio mi ha ordinato di pagarti 100, che è quanto ti deve"*) il delegante dovrà comunque adempiere e se il credito non verrà ad esistenza il suo pagamento sarà indebito. Il delegato dovrà allora agire contro il delegante e poi quest'ultimo contro il delegatario.

Come anticipato, il rapporto di provvista è quello che generalmente giustifica lo *iussum*, ma può anche mancare (delegazione allo scoperto) oppure esserci e comunque non essere menzionato al momento dell'assunzione del debito.

⁶²⁷ Si rimanda alla nota 573 per il dibattito in relazione all'applicabilità della nullità *ex art. 771 c.c.* alle donazioni indirette.

⁶²⁸ In dottrina v. GALLI R., *op. cit.*, p. 656. Ed è proprio il caso concreto che ha dato vita alla pronuncia del 19 maggio 2004: il delegante aveva assegnato al suo creditore (delegatario), come nuovo e ulteriore debitore, un terzo (il delegato). Il tutto sulla base dei due preesistenti rapporti di debito: l'uno (il c.d. rapporto di valuta) intercorrente tra delegante e delegatario ed avente ad oggetto l'obbligazione di pagamento del prezzo delle azioni e degli interessi sugli importi rateizzati; l'altro (il c.d. rapporto di provvista) intercorrente tra delegante e delegato ed avente ad oggetto, tra l'altro, l'obbligazione del secondo di corrispondere al primo gli interessi nella misura complessivamente concordata, al fine di esercitare il diritto di opzione per l'acquisto delle azioni. Il credito del delegante nei confronti del delegato era, all'epoca della stipulazione, un credito futuro perché geneticamente collegato al negozio attuativo del patto d'opzione, che non era intervenuto.

Si ha delegazione pura e astratta quando non si fa riferimento (o mancano) al rapporto di provvista, o a quello di valuta⁶²⁹.

In questo caso il mandato rappresenta la causa esterna dell'intera operazione. Per questo deve essere esplicitato nel momento in cui il delegato andrà ad adempiere. Il pagamento o l'assunzione del debito, infatti, non sono altro che atti di adempimento a causa esterna (il mandato). Il rapporto di provvista e quello di valuta non sono necessari dal punto di vista causale. Il negozio di mandato è da solo sufficiente a giustificare il pagamento. La mancanza dei rapporti non incide sulla validità dell'obbligazione assunta dal delegato, ma sulla stabilità di quella attribuzione patrimoniale dove l'azione di ripetizione sarà esperita dal delegante verso il delegatario.

Quindi la delegazione non è necessariamente sempre una vicenda modificativa del lato passivo del rapporto obbligatorio, ma può assumere le forme di strumento gestorio⁶³⁰.

Laddove, invece, rilevino i rapporti di provvista e di valuta la delegazione sarà titolata e potranno essere opposte al delegatario le relative eccezioni⁶³¹.

⁶²⁹ La *delegatio solvendi* pura sembrerebbe avvicinarsi ad un'ipotesi di adempimento del terzo *ex art. 1180 c.c.*. Tuttavia il delegato dichiara espressamente di agire su incarico del delegante e quindi l'adempimento è a quest'ultimo imputabile, cfr. GAZZONI F., *op. cit.*, p. 630.

⁶³⁰ Il delegato esegue un incarico gestorio derivante dal contratto di mandato, senza assumere un debito altrui come ad esempio in caso di espromissione.

⁶³¹ L'art. 1271 c.c. disciplina il regime delle eccezioni: il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo (comma I) né quelle relative ai rapporti tra delegante e delegatario, se ad esso le parti non hanno fatto riferimento (comma III). Inoltre se le parti non hanno diversamente pattuito, il delegato non può opporre al delegatario, benché questi ne fosse stato a conoscenza, le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante, salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario (comma II): è la nullità della doppia causa che rappresenta un limite all'astrattezza della delegazione.

Capitolo V

LA SORTE DEI CONTRATTI AD OGGETTO FUTURO IN CASO DI CRISI DELL'IMPRESA E ACCERTAMENTO DELLO STATO DI INSOLVENZA.

Sommario: 1. Premessa - 2. La liquidazione giudiziale e i contratti ad oggetto futuro - 2.1. I contratti ad effetti reali - 2.1.1. La vendita ad oggetto futuro in generale - 2.1.1.1. La vendita avente ad oggetto beni da costruire - 2.1.2. La permuta di bene presente con bene futuro - 2.2. I contratti reali - 2.2.1. Il pegno non possessorio - 2.3. Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio dal lato attivo e passivo - 2.3.1. La cessione del credito futuro - 2.3.2. Il *factoring* - 2.3.3. La delegazione di debiti futuri - 2.3.4. L'accollo e l'espromissione di debito futuro - 3. Il concordato preventivo e i contratti ad oggetto futuro

1. Premessa

Nei capitoli precedenti si è accennato alle problematiche relative alle sopravvenienze che possono minacciare la venuta ad esistenza del bene e ai relativi rimedi.

Tra le vicende che - nelle more tra l'avvenuta stipulazione del contratto e la sua compiuta esecuzione - incidono in maniera rilevante sulla vicenda contrattuale sicuramente merita una menzione speciale l'accertamento dello stato di insolvenza di uno dei due contraenti (dal quale può derivare la liquidazione giudiziale del patrimonio o la richiesta di concordato preventivo⁶³²).

È opportuno premettere che in data 19 ottobre 2017 è stata emanata la legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Il primo dei principi generali indicati all'art. 1 - che dovranno essere seguiti dal Governo nell'esercizio della delega - è la sostituzione del termine fallimento e dei suoi derivati⁶³³. Tale scelta si pone in linea di continuità con un profondo

⁶³² Entrambe le procedure sono di competenza dell'autorità giudiziaria. I presupposti della liquidazione giudiziale (il fallimento) sono: la qualità di imprenditore commerciale del soggetto (e il superamento di uno dei limiti *ex art. 1, comma 2, l. fall*); lo stato di insolvenza *ex art. 5 l. fall.* (e inadempimenti superiori a quanto fissato dal legislatore). Per il concordato preventivo, invece, basta il mero stato di crisi economica e ha effetti diversi (meno gravosi per il debitore), in quanto non è soggetto allo spossessamento e può continuare a esercitare la sua attività di impresa (può compiere, tuttavia, in autonomia solo gli atti di ordinaria amministrazione).

⁶³³ Tra gli altri principi generali si segnalano: l'introduzione di una definizione dello stato di crisi (inteso come probabilità di futura insolvenza) e insolvenza; l'eliminazione delle ipotesi di dichiarazione di fallimento d'ufficio; l'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore (più celere) e l'assoggettamento di ogni tipo di debitore (persona fisica, giuridica, consumatore o professionista ecc, con esclusione dei soli enti pubblici); il recepimento della nozione di "centro degli interessi principali del debitore"; la trattazione prioritaria

ripensamento della figura del soggetto insolvente nell'ambito dell'ordinamento giuridico (sia penale che civile)⁶³⁴. L'espressione che dovrà essere utilizzata è quella di "liquidazione giudiziale".

A partire dal momento in cui viene accertata la situazione di crisi, il contraente *in bonis* si trova coinvolto in un meccanismo complesso che coinvolge tutti gli altri creditori e l'intero patrimonio del debitore. Non può più esperire singolarmente tutte quelle azioni di cui si è già trattato (ad esempio quella di adempimento o la diffida ad adempiere⁶³⁵), ma è costretto a intervenire in un'articolata procedura ispirata al principio della *par condicio creditorum* (salvo deroghe per particolari categorie di creditori).

Di conseguenza, emerge la necessità di tirare le fila del ragionamento svolto in ordine all'impatto della deduzione di un oggetto futuro sulla struttura ordinaria dei contratti analizzati e porsi le seguenti domande: qual è la sorte del contratto: si scioglie o prosegue? Si tratta di un rapporto pendente o di un rapporto esaurito *ex uno latere*?⁶³⁶

Non è facile all'inizio districarsi tra i vari effetti derivanti dall'apertura di una procedura concorsuale. Ne esistono, infatti, più tipologie (a seconda della qualità del debitore insolvente e del rapporto giuridico in questione) e in ognuna di esse la sorte dei rapporti giuridici preesistenti è trattata in

delle proposte che comportino il superamento della crisi, assicurando la continuità aziendale; l'uniformazione e semplificazione dei riti speciali; la notificazione via PEC; la riduzione dei costi e della durata delle procedure; la riformulazione delle disposizioni che hanno originato dei contrasti interpretativi; la specializzazione dei giudici; l'istituzione di un albo dei soggetti destinati a svolgere gli incarichi di gestione o controllo nell'ambito delle procedure (con indicazione dei requisiti di professionalità, indipendenza e esperienza); l'armonizzazione delle procedure di gestione della crisi con le forme di tutela del lavoro e dell'occupazione. In più il rafforzamento dei poteri del curatore.

Inoltre si segnalano: l'introduzione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi (di natura confidenziale e non giudiziale) per incentivare l'emersione anticipata di quest'ultima.

Il Governo dovrà procedere, altresì, all'aggiornamento e al ritocco della disciplina della procedura di liquidazione giudiziale e di concordato preventivo (oltre che degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati di risanamento, dell'esdebitazione, del sovraindebitamento, della liquidazione coatta amministrativa, dell'amministrazione straordinaria e della crisi dei gruppi di imprese).

⁶³⁴ L'origine del termine bancarotta è da ricercarsi nell'antica usanza medioevale della rottura violenta del banco del mercante da parte della corporazione. Il significato simbolico era forte: il mercante - colpevole di non aver rispettato le regole - era espulso dalla corporazione. Il fallimento era in qualche modo equiparato alla frode e il soggetto insolvente qualificato come infame. Oltre alla confisca del patrimonio, quest'ultimo rischiava il bando o addirittura la morte, cfr. ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 16 ss.. Si vedano anche le ricostruzioni di PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 76 ss e PANZANI L., *Le procedure concorsuali*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali* (diretto da CAGNASSO O. e PANZANI L.), Torino, UTET, 2017.

⁶³⁵ La diffida ad adempiere non può essere richiesta perché, una volta nominato il curatore ed intervenuti gli effetti di natura personale e patrimoniale in capo al debitore, non può più essere indirizzata a quest'ultimo e anche se rivolta al curatore, egli non è tenuto e obbligato ad alcun adempimento.

⁶³⁶ In caso di liquidazione giudiziale le conseguenze sulle situazioni giuridiche soggettive in capo al soggetto insolvente divergono a seconda che la situazione giuridica di riferimento sia di natura dinamica o statica. Fanno parte di quest'ultima categoria i crediti e i debiti, con relativa disciplina in relazione al loro accertamento e liquidazione. Laddove invece il rapporto obbligatorio sia inserito all'interno di un contratto preesistente ancora ineseguito o non compiutamente eseguito (e sia quindi dinamico), salvo espresse deroghe, l'esecuzione del contratto sarà sospesa e il curatore avrà diritto di scegliere in ordine alla sorte dello stesso.

Come rilevato in dottrina "*i rapporti giuridici preesistenti sono connotati da un dinamismo costitutivo, che loro deriva dall'essere suscettibili di vicende evolutive, tendenzialmente dissonanti rispetto alla generalità del quadro di riferimento che è, al contrario, caratterizzato dalla sostanziale cristallizzazione della complessiva condizione dell'imprenditore insolvente*", cfr. DIMUNDO A., PATTI A., *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 8.

maniera diversa a seconda della finalità che si intende perseguire (prosecuzione impresa o liquidazione patrimonio).

Ad esempio la procedura di liquidazione giudiziale (o quella di liquidazione coatta amministrativa), come si evince dalla terminologia utilizzata, è finalizzata alla redistribuzione dell'attivo tra i creditori (per questo il legislatore si è preoccupato di individuare i contratti che devono proseguire o sciogliersi *ex lege* e ha previsto, in generale, la sospensione degli altri per lasciare al curatore il tempo di capire come realizzare meglio il soddisfacimento della massa nel rispetto della *par condicio*). Profondamente diversa è, invece, la logica che ispira i casi di esercizio provvisorio dell'impresa (*ex art. 104 l. fall.*) in cui i contratti proseguono, salvo diversa decisione da parte del curatore.

Nel concordato preventivo si dà ampio spazio all'autonomia contrattuale del debitore, il quale – nell'elaborazione del piano da sottoporre al vaglio dei creditori – può indicare i contratti che ritiene debbano essere sciolti⁶³⁷.

Il diritto che regola la crisi dell'impresa rappresenta un importante banco di prova per il giurista. Come affermato da recente dottrina “*scrivere di diritto fallimentare è come cercare di colpire un bersaglio in rapido movimento, attraverso un inseguimento ermeneutico delle continue novità*”⁶³⁸. Si cercherà dunque di elaborare alcune riflessioni di ordine sistematico tra la disciplina dei rapporti pendenti all'interno delle procedure concorsuali, con un occhio di riguardo alle riforme in corso e agli istituti generali del diritto civile.

2. La liquidazione giudiziale e i contratti ad oggetto futuro

La disciplina degli effetti della crisi dell'impresa e dell'insolvenza sui rapporti giuridici pendenti è ad oggi contenuta all'interno degli artt. 72 e ss della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n.267). Dalla lettura delle varie sezioni emerge lo sforzo del legislatore di trovare una soluzione alla contrapposizione tra esigenze facenti capo a diverse categorie di soggetti, innanzitutto la massa dei creditori e il contraente *in bonis*.

L'interesse dei primi è quello di non subire alcuna diminuzione né dal punto di vista qualitativo né quantitativo del patrimonio a causa dell'esecuzione dei contratti stipulati dal soggetto insolvente. Il contraente *in bonis*, invece, mira a tutelare la sua posizione negoziale.

Con riferimento a quest'ultimo, tuttavia, sono opportune delle precisazioni. Non bisogna farsi influenzare dalla *ratio* e dalla disciplina codicistica in caso di inadempimento di una parte, la quale è

⁶³⁷ Uno dei criteri direttivi indicati dal legislatore al Governo per la riforma della disciplina della procedura concorsuale è la previsione dell'ammissibilità di proposte che abbiano natura liquidatoria esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori (art. 6, comma 1, lett a).

⁶³⁸ Si veda SPIOTTA M., *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo – riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2016, 4, p. 1020.

chiaramente sbilanciata in favore del contraente che ha tenuto fede all'impegno contrattuale o, comunque, non impossibilitato a rispettarlo. Quest'ultimo, infatti, può beneficiare di quegli strumenti previsti in suo favore dal codice civile, come ad esempio l'eccezione *ex art. 1460* o l'azione di adempimento.

Il dato che giustifica una disciplina differente della mancata esecuzione della prestazione nella fase che segue l'apertura della procedura concorsuale è la non imputabilità della stessa al debitore⁶³⁹. Una volta innescato il meccanismo di liquidazione giudiziale, il soggetto insolvente perde, infatti, l'amministrazione e il possesso dei suoi beni *ex art. 42 l. fall*⁶⁴⁰. A partire da quel momento in poi, il contraente in *bonis* dovrà interloquire e subire le conseguenze delle scelte di un nuovo soggetto, un organo della procedura concorsuale: il curatore⁶⁴¹. Neanche quest'ultimo, inoltre, può considerarsi inadempiente durante il periodo di sospensione o in caso di decisione di scioglimento perché è per legge investito di tali poteri.

Il contraente in *bonis* non ha strumenti di "difesa": non può opporsi al subentro o allo scioglimento; non può più imporre la continuazione (come previsto nella precedente formulazione dell'*art. 72 l. fall.*⁶⁴²); né inserire una clausola risolutiva in caso di sopravvenuta procedura concorsuale (*art. 72, comma 6, l. fall.*); né chiedere il risarcimento del danno in caso di scioglimento⁶⁴³. In realtà, se decide di opporsi non rispettando il vincolo e il curatore ha optato per il subentro, il suo comportamento rileva come inadempimento colpevole sanzionabile secondo le norme del codice civile.

La logica che ispira tale sezione è quella di tenere in vita e proseguire i rapporti negoziali che possono portare ad un incremento (o comunque effetti vantaggiosi, come in caso di assicurazione contro i danni) del patrimonio da liquidare e, invece, sciogliere quelli svantaggiosi (con conseguente indennizzo del contraente). L'esigenza di fondo è quella di conservare e ricostruire il patrimonio e successivamente ripartirlo tra tutti i soggetti coinvolti rispettando le regole del concorso.

⁶³⁹ Si consulti sul punto: INZITARI B., *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 313.

⁶⁴⁰ Tutti gli atti e i pagamenti compiuti dal soggetto insolvente dopo la dichiarazione giudiziale sono inefficaci rispetto ai creditori, così come previsto dall'*art. 44 l. fall.*

⁶⁴¹ La Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'*art. 72 l. fall.* per contrasto con l'*art. 3 Cost.* nella parte in cui attribuisce al solo curatore la facoltà di scegliere tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto. Non possono essere collocate sullo stesso piano le posizioni del singolo contraente e quelle del curatore (un organo fallimentare), il quale mira a conservare, nell'interesse della massa dei creditori, la garanzia costituita dal patrimonio del debitore fallito ed a realizzare la *par condicio*, cfr. Cass., 24 febbraio 1999, n. 1601, in *Fallimento*, 2000, 6, p.600 nota di APRILE e in *Dir. Fall.*, 2000, II, p. 576.

Attenta dottrina rileva che - tra le possibili strade che potevano essere percorse dal legislatore in caso di rapporti pendenti - si sarebbe potuta adottare la soluzione prevista dal codice in caso di cessione di azienda e quindi trasferire il rapporto in persona del curatore, cfr. INZITARI B., *op. cit.*, p. 307.

⁶⁴² Il vecchio comma 1 dell'*art. 72* prevedeva che: "*Se un contratto di vendita è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando il compratore è dichiarato fallito, il venditore ha diritto a compiere la sua prestazione, facendo valere nel passivo del fallimento il suo credito per il prezzo*".

⁶⁴³ Al curatore è attribuita dalla legge una facoltà di scelta. Pertanto non può configurarsi l'antigiuridicità. Deve sin da ora segnalarsi la diversa soluzione in caso di concordato preventivo. L'*art. 169bis*, comma 2, l. fall. prevede, infatti, la corresponsione di un indennizzo in caso di scioglimento.

La regola generale e residuale è contenuta - come premesso - all'interno dell'art. 72 l. fall., il quale prevede che, se interviene l'accertamento dei presupposti per l'apertura della procedura concorsuale e un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, l'esecuzione di quest'ultimo rimane sospesa⁶⁴⁴.

L'effetto sul rapporto contrattuale è dunque il seguente: rimane fermo quanto già accaduto in precedenza (come ad esempio gli adempimenti) ed entra in fase di quiescenza tutta quella parte del regolamento ancora ineseguita⁶⁴⁵. Dato che la fase di incertezza in ordine alla sorte del negozio può comportare delle conseguenze negative in capo all'altra parte, quest'ultima può mettere in mora il curatore. In tal caso il giudice delegato assegnerà un termine (non superiore a sessanta giorni) decorso il quale il contratto si intenderà sciolto⁶⁴⁶.

In linea generale il curatore (e non il debitore) può decidere di: a) subentrare nel contratto, assumendo tutti i relativi obblighi; b) sciogliersi⁶⁴⁷.

Il subentro deve essere autorizzato dal comitato dei creditori⁶⁴⁸. Si tratta di un atto di disposizione che può avere delle ricadute sull'entità del patrimonio. Il contraente viene, infatti, soddisfatto in via

⁶⁴⁴ La sospensione del contratto discende automaticamente dalla dichiarazione giudiziale di apertura della procedura di liquidazione. Secondo alcuni autori tale evento rappresenta una delle cause previste *ex lege* che secondo l'art. 1372 c.c. comportano lo scioglimento del contratto. Esistono delle deroghe in caso di continuità dell'impresa, ipotesi ispirata, invece, a favorire la prosecuzione dei rapporti negoziali.

⁶⁴⁵ La fase di sospensione che determina l'esonero dalla responsabilità per inadempimento è stata assimilata alla situazione generata dall'impossibilità temporanea *ex art. 1256, comma 2, c.c.*, cfr. LUMINOSO A., *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, in *Giur. Comm.*, 1988, II, p. 73.

⁶⁴⁶ La dottrina ha assimilato la "messa in mora" da parte del contraente *in bonis* alla diffida ad adempiere (che non può trovare spazio, come già visto, nella procedura di liquidazione giudiziale). Sarebbe un'*actio interrogatoria* di natura fallimentare che avrebbe come conseguenza lo scioglimento, dopo un periodo determinato, del negozio (analogamente a quanto accade *ex art. 1454 c.c.*), cfr. GABRIELLI E., *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., (diretto da), *Gli effetti del fallimento*, III, Torino, Giappichelli, 2014, p. 155 e GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 126.

⁶⁴⁷ La stessa soluzione è stata seguita dal legislatore all'interno del Codice Antimafia (D.lgs 6 settembre 2011, n. 159) in casi di contratti pendenti al momento dell'esecuzione del sequestro un contratto relativo al bene o all'azienda sequestrata. Se il negozio, infatti, è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, l'esecuzione dello stesso rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Il contraente può mettere in mora l'amministratore giudiziario, facendosi assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto. In più è previsto che se dalla sospensione di cui al comma 1 può derivare un danno grave al bene o all'azienda, il giudice delegato autorizza, entro trenta giorni dall'esecuzione del sequestro, la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti. L'autorizzazione perde efficacia a seguito della dichiarazione prevista dal comma 1. In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento secondo le disposizioni previste al capo II del presente titolo. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli da 72 a 83 della l. fall. In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare, trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis c.c., l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito secondo le disposizioni del capo II del presente titolo e gode del privilegio previsto nell'articolo 2775-bis c.c. a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data del sequestro. Al promissario acquirente non è dovuto alcun risarcimento o indennizzo.

⁶⁴⁸ Si vedano in dottrina: INZITARI, secondo il quale è il subentro è considerabile come ipotesi eccezionale (rispetto alla *ratio* di conservazione del patrimonio), infatti, è richiesta l'autorizzazione dell'organo rappresentativo del ceto creditorio, in *op. cit.*, p. 313 ss. e anche GABRIELLI E., *op. cit.*, p. 141.

prioritaria⁶⁴⁹. Se si opta per la realizzazione del programma negoziale, così come il curatore può pretendere l'adempimento del contraente *in bonis*, allo stesso modo deve essere garantito all'altra parte di essere soddisfatto attraverso le modalità ordinarie e non con moneta fallimentare.

Tale fenomeno non è, comunque, equiparabile all'omonima modificazione soggettiva prevista dal codice civile. Non si tratta né di una cessione della intera posizione contrattuale *ex art. 1460 c.c.*, né delle singole posizioni di debito o credito *ex art. 1260 e ss c.c.*. Il curatore non subentra e risponde delle obbligazioni con il suo patrimonio. Né potrebbe ipotizzarsi che a succedere nella posizione del soggetto investito dalla crisi sia la massa dei creditori. Il titolare rimane sempre il soggetto insolvente (sia del contratto, che delle situazioni giuridiche che sorgono dallo stesso). Al curatore è affidato *ex lege* il compito di esercitare i diritti nascenti dal negozio (per questo può pretendere l'adempimento). L'altra opzione, lo scioglimento del contratto, non può comportare oneri per il fallito⁶⁵⁰. In quest'ultimo caso il contraente *in bonis* ha diritto di far valere nel passivo il suo credito conseguente al mancato adempimento. Lo scioglimento ha efficacia *ex tunc* per i contratti ad efficacia istantanea ed *ex nunc* per quelli di durata⁶⁵¹.

In giurisprudenza è stato affermato che la mancanza dell'autorizzazione vizi l'atto di subentro del curatore e lo renda annullabile. Tale ipotesi di invalidità può essere fatta valere o eccepita dal fallimento. Inoltre *"i vizi della suddetta dichiarazione, compreso quello derivante dalla mancanza della menzionata autorizzazione, che si riflettono sul provvedimento finale di assegnazione del credito devono essere fatti valere, a pena di preclusione, nelle forme proprie del tipo procedimentale in cui l'atto inficiato di annullabilità si inserisce e nei termini concessi per la proposizione delle necessarie impugnazioni, in difetto delle quali l'ordinanza di assegnazione resta opponibile al terzo debitore dichiarante"*, cfr. Cass., 08 agosto 1995, n. 8669, in *Fallimento*, 1996, 2, p. 145.

⁶⁴⁹ È in qualche modo parificato parificato – quanto a regime giuridico – ai contratti stipulati direttamente da quest'ultima ed è quindi esclusa l'applicazione della regola del concorso, cfr. LUMINOSO A., *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., (diretto da), *Gli effetti del fallimento*, III, Torino, Giappichelli, 2014, p. 221

⁶⁵⁰ La dottrina si è interrogata sulla necessità o meno, in caso di scioglimento, dell'atto di approvazione da parte della massa dei creditori. Secondo un primo orientamento in caso di scioglimento i creditori subiscono, comunque, un pregiudizio, rappresentato dalla rinuncia ad una prestazione che avrebbe potuto avere effetti favorevoli sulla situazione patrimoniale, cfr. JORIO A., *I rapporti giuridici pendenti*, in AMBROSINI S., CAVALLO G., JORIO A., *Il fallimento*, in *Trattato Cottino*, XI, 2, CEDAM, 2009, p. 477. In realtà la lettura del dettato legislativo (in particolare il comma 2 dell'art. 72) e dalla ratio della norma (che mira più che altro alla conservazione del patrimonio) portano a ritenere che l'intenzione del legislatore sia stata quella di prescindere dall'autorizzazione in caso di scioglimento, cfr. INZITARI B., *op. cit.*, p. 316 e GUGLIELMUCCI L., *Sub. art 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 1131.

⁶⁵¹ In giurisprudenza cfr. Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 3233 (in relazione ad una permuta di bene presente con bene futuro – la costruzione di un edificio - e fallimento del costruttore): qualora il curatore fallimentare opti, *ex art. 72 comma 4 l. fall.*, a favore dello scioglimento del contratto, si deve reputare che *"la relativa dichiarazione abbia effetti più ampi di quelli scaturenti nel suddetto senso dalla dichiarazione di fallimento ed espliciti un'efficacia di caducazione della promessa di vendita fin dall'origine, facendola venir meno con effetti retroattivi e definitivi, equiparabili alle ipotesi di nullità o di risoluzione del suddetto contratto preliminare in cui si verifica il venir meno dell'originario titolo negoziale con effetto "ex tunc"*". Nello stesso senso Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Fallimento*, 2001, 8, 911 nota di PLENTEDA (*la scelta del curatore fallimentare nel senso dello scioglimento del contratto preliminare di vendita, non è assimilabile all'esercizio della facoltà di recesso e fa venire meno il vincolo contrattuale con effetto "ex tunc"*) e Cass., 24 luglio 2009, n. 17405, in *Fallimento*, 2010, 4, p. 494.

In dottrina *ex multis*: GUGLIELMUCCI L., *op. cit.*, p. 141; JORIO A., *op. cit.*, p. 513; LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 222. Qualche autore ha messo in discussione tale assunto. È stato sostenuto che l'efficacia dello scioglimento del contratto *ex art. 72 l. fall.* presenti una fisionomia in parte diversa rispetto all'omonimo caso disciplinato dal codice civile: non ha efficacia retroattiva - diversamente dall'ipotesi di scioglimento per inadempimento - così come espressamente previsto dall'art.

Gli effetti sono definitivi nel senso che non vengono travolti in caso di revoca della procedura.

Non è, quindi, indifferente per il contraente *in bonis* la scelta del curatore. In un caso diventa creditore concorsuale (scioglimento), nell'altro, invece, creditore che va soddisfatto in prededuzione (subentro)⁶⁵².

Esistono delle categorie di contratti in relazione ai quali il curatore non ha possibilità di scelta. Tali ipotesi eccezionali sono disciplinate dagli artt. 72*bis* a 83 l. fall..

Gli artt. 76, 77 e 78 prevedono tre categorie di negozi i quali si sciolgono di diritto: i contratti di borsa a termine su merci o titoli (se il termine scade dopo la dichiarazione giudiziale); l'associazione in partecipazione (nel caso in cui la procedura concorsuale coinvolga l'associante); il contratto di conto corrente (sia ordinario che bancario), la commissione (a prescindere dalla parte che versa in stato di insolvenza) e il mandato (se la crisi economica ha investito il mandatario). Secondo autorevole dottrina la *ratio* di una tale limitazione ai poteri del curatore è rinvenibile nelle seguenti ragioni: i primi due negozi hanno carattere speculativo e quindi possono essere pregiudizievoli per l'intera procedura; il conto corrente necessita della reciprocità delle rimesse e infine il soggetto la cui attività è soggetta a liquidazione giudiziale non può assolvere il compito di mandatario⁶⁵³.

L'apertura della procedura non scioglie il contratto di locazione di immobili (art. 80)⁶⁵⁴, di affitto di azienda (art. 79)⁶⁵⁵, di assicurazione (art. 82), i quali sono considerati vantaggiosi e le relative obbligazioni dovranno essere adempiute in prededuzione.

Si tratta di espresse deroghe previste dalla legge al principio sancito dall'art. 1372 c.c. "*il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso*" e alle regole che governano la successione delle parti nei contratti.

1458 c.c., cfr. e per questo motivo è stato assimilato all'istituto del recesso, cfr. FERRARA F., BORGIOLI A., *Il fallimento*, I, Milano, Giuffrè, 1995, p. 378.

⁶⁵² I creditori concorsuali (specie se non assistiti da alcuna garanzia e, quindi, meramente chirografari) partecipano alla liquidazione del patrimonio secondo le regole della *par condicio creditorum* e sono soddisfatti – proporzionalmente all'entità del loro credito – in misura percentuale uguale. Invece, laddove si tratti di crediti prededucibili, i relativi creditori hanno diritto ad essere soddisfatti per intero e prima che inizi la ripartizione dell'attivo. Tuttavia se la non applicazione della *par condicio* ben si spiega con la situazione in cui entrambe le prestazioni contrattuali vengano adempiute dopo la dichiarazione giudiziale (vi è corrispettività tra quanto entra e quanto esce dal patrimonio), più difficile – secondo la dottrina – risulta spiegare perché non si abbia lo stesso meccanismo quando il contraente *in bonis* ha già adempiuto al momento dell'apertura della procedura, cfr. PATTI A., *Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in JORIO A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, UTET, 2016, p. 1611.

In dottrina, in generale sullo scioglimento: LUMINOSO A., *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall., cit.*, p. 69 ss.

⁶⁵³ Si vedano: CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, UTET, 2015, p. 605; INZITARI B., *op. cit.*, p. 309 (il contratto di mandato è, inoltre, una di quelle ipotesi negoziali in cui hanno un ruolo determinante le qualità soggettive delle parti); DIMUNDO A., PATTI A., *op. cit.*, p. 338 ss.

⁶⁵⁴ Se la procedura di liquidazione giudiziale investe il locatore e la durata del contratto è superiore a quattro anni dalla dichiarazione di fallimento, il curatore può recedere ma deve corrispondere al conduttore un equo indennizzo (e il recesso ha effetto decorsi quattro anni dalla dichiarazione di fallimento). Se invece riguarda il conduttore, il curatore può recedere in qualunque momento corrispondendo un equo indennizzo. In entrambi i casi quest'ultimo è soddisfatto in prededuzione.

⁶⁵⁵ Le parti possono, comunque, recedere, dietro pagamento di un indennizzo.

La legge delega ha previsto che il Governo intervenga al fine di integrare la disciplina dei rapporti giuridici pendenti. In particolare deve essere limitata la prededuzione – in ogni caso di prosecuzione o subentro del curatore (compreso l'esercizio provvisorio e salva diversa previsione normativa) – ai soli crediti maturati nel corso della procedura. I contratti aventi carattere personale (che non proseguono con il consenso della controparte) devono, inoltre, essere sciolti⁶⁵⁶. Pertanto la riforma avrà un grosso impatto nei confronti del contraente *in bonis*.

A questo punto rimane da capire come debba essere qualificato il rapporto che discende dalla stipulazione di un contratto ad oggetto futuro nella fase che precede la venuta ad esistenza del bene o diritto.

Tale categoria negoziale non è espressamente contemplata nella sezione IV relativa ai rapporti pendenti.

Innanzitutto è opportuno fare chiarezza sulla nozione di contratti pendenti, o meglio di “*contratto ancora ineseguito o non compiutamente eseguito*”⁶⁵⁷.

Sicuramente si tratta di negozi validi e perfetti dal punto di vista genetico ed i contratti ad oggetto futuro vi rientrano oramai senza alcun dubbio. Sono state da tempo abbandonate le teorie del negozio imperfetto (caratterizzato dalla indeterminatezza dell'oggetto) o a formazione progressiva⁶⁵⁸.

Come si vedrà meglio più avanti, lo stato di pendenza non deve avere ad oggetto prestazioni accessorie, ma si ha riguardo all'assetto di interessi voluto dalle parti e agli effetti da questi ultimi ritenuti come rilevanti.

Dal punto di vista funzionale il rapporto non deve essere esaurito, altrimenti si ricade nell'ambito della disciplina dei singoli crediti o debiti. Non sono considerati contratti pendenti i negozi unilaterali o quelli in relazione ai quali una delle parti abbia interamente adempiuto prima della dichiarazione giudiziale⁶⁵⁹. In questi casi, se ad essere insolvente è chi non ha ancora adempiuto, il creditore avrà diritto all'insinuazione al passivo. Laddove, invece, sia il curatore a poter vantare il diritto all'adempimento, si applicheranno gli ordinari rimedi di diritto civile volti al soddisfacimento della sua pretesa.

⁶⁵⁶ In più va dettata una autonoma regolamentazione del contratto ad effetti preliminari, anche in relazione agli immobili da costruire (art. 7, comma 6, lett c).

⁶⁵⁷ Secondo JORIO A., *Il fallimento*, XI, 2, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 2009, p. 476 si tratta di quei contratti di durata le cui prestazioni siano state eseguite solo in parte e quelli sottoposti a condizione sospensiva (si rimanda, tuttavia, alla nota 662 con riferimento a questi ultimi).

⁶⁵⁸ O anche quella della incompletezza dal punto di vista procedimentale, cfr.: FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 190; SCONAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 335; GAZZARA G., *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 118.

⁶⁵⁹ Si è discusso della sorte dei contratti con obbligazioni di una sola parte, cfr. DIMUNDO A., PATTI A., *op. cit.*, p. 16.

2.1. I contratti ad effetti reali

L'esame della sorte dei contratti ad oggetto futuro sarà effettuata seguendo lo schema già utilizzato per l'articolazione del lavoro. Pertanto si procederà all'analisi anzitutto dei contratti ad effetti reali, per poi passare a quelli reali e infine alle vicende modificative del rapporto obbligatorio.

2.1.1. La vendita ad oggetto futuro in generale

Il contratto di vendita, prima della importante riforma del 2006, era stato utilizzato dal legislatore come paradigma normativo per la disciplina della sorte dei rapporti pendenti in caso di liquidazione giudiziale.

Oggi l'art. 72 l. fall. si esprime in termini generali ed è applicabile a tutte le tipologie negoziali (compresa quindi la vendita ad oggetto futuro), salvo diversa disposizione legislativa.

Il curatore ha il potere di scegliere se subentrare nel contratto oppure se esercitare il diritto di recesso. Ma ciò è vero solo laddove si qualifichi il contratto ad oggetto futuro come contratto cd. pendente.

Un trattamento completamente diverso è, invece, riservato ai contratti traslativi in relazione ai quali l'effetto reale si sia già verificato. Il diritto reale è oramai acquisito e intangibile⁶⁶⁰. La legge fallimentare prevede l'esplicito limite al potere di subentro o recesso del curatore in caso di contratti laddove sia già avvenuto il trasferimento del diritto. In questo caso non rimane che l'applicazione della disciplina relativa al recupero dei singoli crediti o debiti (e la consegna del bene). Il diritto reale una volta entrato nel patrimonio dell'acquirente non può essere intaccato dall'apertura della procedura concorsuale (salvo che ci siano i presupposti per l'azione revocatoria). Il complesso meccanismo volto a tutelare i creditori concorsuali ha ad oggetto, infatti, i diritti di credito non ancora soddisfatti⁶⁶¹.

Autorevole dottrina ha sottolineato come sia irrilevante ai fini della verifica dello stato di inesecuzione (o non completa esecuzione) dell'adempimento delle obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna. Ciò che rileva è capire se si verificato o meno l'effetto reale. Solo nel primo caso il contratto non è più assoggettato alla disciplina dell'art. 72 l. fall.. Se invece, si è già pagato il prezzo, ma non si è ancora alienato il bene, il curatore ha il diritto di scelta⁶⁶².

Tale riflessione risulta estremamente importante ai fini di questo lavoro in quanto il contratto ad oggetto futuro è - al pari degli altri casi di vendita obbligatoria - un negozio ad effetti obbligatori immediati

⁶⁶⁰ Salvo la sussistenza, comunque, dei presupposti dell'azione revocatoria, ma si tratta di un piano diverso. Secondo la dottrina va ricompreso nella nozione di diritto reale intangibile sia quello del contraente *in bonis* rispetto al venditore insolvente, che quello oramai acquisito nel patrimonio oggetto di liquidazione giudiziale. Non ha importanza chi sia il soggetto che è divenuto proprietario, cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 216.

⁶⁶¹ Si veda: INZITARI B., *op. cit.*, p. 311 e GUGLIELMUCCI L., *op. cit.*, p. 1121.

⁶⁶² Cfr. sul punto LUMINOSO A., *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi, cit.*, p. 214.

ed effetti reali differiti (al contrario di quello condizionato in cui è sospesa l'intera esecuzione del negozio⁶⁶³).

Di conseguenza, possono aprirsi diversi scenari. Innanzitutto il caso in cui l'obbligazione di pagamento del prezzo sia stata differita al momento in cui il bene venga ad esistenza (o alla consegna, così come previsto in linea generale all'art. 1498 c.c.). In questo caso l'unico obbligo immediatamente esigibile è quello *ex art. 1476, n. 2, c.c.* (ossia far acquistare la proprietà) e il contratto può considerarsi pendente.

Più problematico (e più frequente) è il negozio ad oggetto futuro in cui il pagamento del prezzo è richiesto prima del passaggio di proprietà⁶⁶⁴. L'acquirente potrebbe aver già adempiuto la sua prestazione nel momento in cui l'altra parte viene dichiarata insolvente. Dalla lettura dell'art. 72 l. fall., tuttavia, si evince che *“il concetto di esecuzione risulta assorbito in quello di trasferimento del diritto, ma quest'ultimo viene considerato l'effetto fondamentale cui il contratto (traslativo) è preordinato”*⁶⁶⁵.

Che sia stato o meno pagato il prezzo, quindi, se il bene non è ancora venuto ad esistenza, il curatore ha il diritto di scegliere se subentrare o meno (sia che si amministri il patrimonio dell'alienante che dell'acquirente).

Nel caso in cui la procedura di liquidazione giudiziale investa il compratore (e il bene non sia ancora venuto ad esistenza), se il curatore opta per il subentro la parte alienante potrà ottenere l'integrale pagamento del prezzo in prededuzione.

Se, invece, il soggetto dichiarato insolvente è il venditore e comunque si decida per la continuazione del rapporto negoziale, rimane in piedi l'obbligo di procurare l'acquisto del bene *ex art. 1476, comma 2, c.c.*. Questo significa che il curatore dovrà astenersi dal compiere qualsiasi atto che possa determinare il non trasferimento, l'estinzione del diritto o una diminuzione del valore dello stesso. Il

⁶⁶³ Sugli effetti dell'apposizione della condizione si vedano: CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, vol I, Milano Giuffrè, 1988, p. 97 e BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, vol. VII, Torino, UTET, 1972, p. 83.

In dottrina è in realtà discusso se la vendita sottoposta a termine (iniziale) o condizione (sospensiva) possa considerarsi un contratto pendente. È vero che l'effetto dell'apposizione di entrambi gli elementi accidentali è quello di sospensione di tutti gli effetti, ma l'avveramento della seconda è retroattivo cfr. GUGLIELMUCCI L., *op. cit.*, p.158 e BIANCA C.M., *op. cit.* p. 1115 (nota 5).

In giurisprudenza Cass., 14 maggio 1996, n. 4483, in *Fallimento*, 1996, 12, p. 1201 ha optato per la validità della scelta del curatore *ex art. 72 l. fall.* in ordine ad un contratto di vendita immobiliare non ancora eseguito per mancato avveramento di condizione sospensiva.

⁶⁶⁴ L'opinione secondo la quale nella compravendita di cosa futura commutativa l'obbligazione di pagare il prezzo dipenda dalla venuta ad esistenza della cosa *“appare del tutto priva di fondamento, deducendo dalla necessaria sinallagmaticità e reciprocità delle prestazioni la loro necessaria contestualità”*, cfr. PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri*, Napoli, Jovene, 1962, p. 214.

⁶⁶⁵ Si veda LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 214.

contenuto dell'obbligazione di cui trattasi può essere anche di tipo positivo⁶⁶⁶. La diligenza richiesta è quella del buon padre di famiglia.

La dottrina ritiene che in presenza di un inadempimento rispetto a tale obbligo, possano essere esperite da parte dell'aspirante acquirente tutte le azioni in caso non solo di mancata (o parziale) venuta ad esistenza del bene, ma anche per la presenza di vizi⁶⁶⁷.

Come premesso, la scelta, invece, di sciogliere il contratto di vendita produce effetti definitivi *ex tunc* nei contratti ad esecuzione istantanea (ed *ex nunc* in quelli di durata). Dalla retroattività degli effetti discende il diritto delle parti alla restituzione di quelle attribuzioni che sono oramai prive di giustificazione causale. A prescindere da chi sia il soggetto insolvente, dunque, il contraente che ha eseguito la sua prestazione (pagamento del prezzo, della caparra o trasferimento della proprietà) avrà diritto ad insinuarsi nel passivo ed essere soddisfatto nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

In caso di dichiarazione di insolvenza, affinché trovi applicazione la disciplina di cui sopra, il contratto deve però essere opponibile agli organi della procedura. Questo significa che le alienazioni

⁶⁶⁶ Ad es. interrompere l'usucapione di un terzo o a compiere atti conservativi. Inoltre il diritto deve essere fatto acquistare nello stato di consistenza giuridica e materiale in cui si trovava al momento della conclusione del contratto, cfr. RUBINO D., *Compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. a cura di Cicu – Messineo*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 312 ss.

⁶⁶⁷ Si veda - in ambito concorsuale - sul punto LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 222. L'eventualità della mancata venuta ad esistenza del bene in caso di vendita è espressamente contemplata e disciplinata dal legislatore all'interno dell'art. 1472 c.c. (che prevede la nullità del negozio). Come si è già argomentato, suddetta norma va interpretata nel senso che il negozio deve considerarsi inutile, cfr. in tal senso anche: BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1952, p. 242 e GAZZARA G., *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 178. Non può ammettersi che un contratto inizialmente valido possa successivamente essere dichiarato nullo per una invalidità cd sopravvenuta. Se l'inadempimento è imputabile, sorgerà il diritto al risarcimento del danno dell'interesse positivo. In caso contrario si avrà la risoluzione automatica del contratto: secondo una parte della dottrina *ex art. 1463 c.c.*, secondo altri direttamente *ex art. 1472 c.c.* La risoluzione *ex art. 1472 c.c.* differirebbe da quella per impossibilità sopravvenuta, perché quest'ultima può avere luogo anche in caso di impossibilità parziale e impossibilità totale solo provvisoria se la parte non ha più un apprezzabile interesse all'adempimento. Anche laddove fosse totale non equivarrebbe comunque alla risoluzione di diritto per la non venuta ad esistenza del bene perché l'impossibilità può essere non definitiva, ma temporanea e non equivalente, quindi, all'inesistenza della cosa, cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 229.

Si ha inadempimento anche laddove la prestazione eseguita sia diversa da punto di vista quantitativo rispetto a quella prevista nel regolamento contrattuale. Qualora il bene venga ad esistenza, ma in misura quantitativamente inferiore rispetto a quella prevista, il compratore potrà scegliere tra la risoluzione (se l'inadempimento è di non scarsa importanza) e la riduzione del prezzo, a prescindere dalla sussistenza o meno della colpa (la quale rileva esclusivamente in caso di richiesta di risarcimento del danno). Laddove, invece, la diminuzione non sia imputabile si applicherà l'art. 1464 c.c. sull'impossibilità parziale.

La pretesa alla eliminazione materiale dei vizi (riparazione) o delle inesattezze giuridiche (regolarizzazione) viene tradizionalmente ricondotta sotto l'alveo della più generale azione di esatto adempimento. In caso di vendita di una cosa specifica di proprietà del compratore, il legislatore ha predisposto un complesso ed esaustivo apparato rimediabile: le azioni edilizie, pertanto prevale in dottrina e in giurisprudenza l'orientamento negativo in ordine alla sua ammissibilità (anche laddove il venditore sia in grado di sostituire il bene o di eliminare i vizi tali attività non sono comunque previste all'interno della sua obbligazione, che si sostanzia fondamentalmente in un *dare*). Laddove invece l'effetto reale si abbia con riferimento a cose generiche o future la responsabilità del venditore è collegata all'inadempimento di una specifica obbligazione, quella di far acquistare la cosa *ex art. 1476, n. 2*, con i caratteri e le qualità pattuiti. Dalla promessa di vendere sorge a carico del promittente un'obbligazione ad ampio spettro che include qualunque prestazione, anche di "fare", necessaria ad assicurare la realizzazione del risultato finale conforme, anche sotto il profilo qualitativo, a quello programmato. Sicché dovrebbe coerentemente ammettersi anche l'azione di esatto adempimento (così come previsto dalla giurisprudenza in caso di stipulazione di un contratto preliminare).

dei beni immobili, devono essere state trascritte in un momento precedente alla iscrizione della sentenza nel registro delle imprese⁶⁶⁸. Lo stesso vale, con qualche particolarità, per la cessione dei crediti futuri: deve essere stata accettata o notificata prima.

Il contratto avente ad oggetto l'alienazione di beni immobili futuri è trascrivibile prima della venuta ad esistenza dello stesso. Si tratta, infatti, comunque di un contratto ad effetti reali (seppur differiti) ricompreso all'interno delle ipotesi *ex art. 2643, n. 1, c.c.*⁶⁶⁹.

Se, invece, il tribunale abbia disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa (anche in riferimento a specifici rami) i contratti pendenti proseguono, salvo diversa scelta del curatore.

Viste le profonde e importanti conseguenze che investono il rapporto contrattuale in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, la dottrina si interroga sull'esistenza o meno di possibili rimedi concessi all'altra parte per evitare le ripercussioni negative derivanti dalla stessa.

Per espressa disposizione legislativa, non è possibile inserire nel contratto una clausola che faccia dipendere l'azione di risoluzione dall'apertura della procedura (art. 72, comma 6, l. fall)⁶⁷⁰.

Se l'inadempimento si è verificato prima della dichiarazione di fallimento occorre operare una distinzione. Il comportamento antidoveroso del debitore continua ad avere rilevanza nell'ambito della procedura. È vero che tale dichiarazione sospende tutti gli effetti del negozio, ma tutto ciò che è accaduto prima di tale evento rimane fermo. Ciò che ha importanza è se sia antecedente anche l'esperimento o meno dell'azione giudiziale di risoluzione.

Se il debitore ha attivato tale rimedio, la domanda di risoluzione ha effetto anche nei confronti del curatore e potrà ottenere lo scioglimento del rapporto (non potrà invece richiedere l'esatto adempimento, pena una inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria agli organi della

⁶⁶⁸ Le alienazioni di universalità di mobili e di immobili devono, invece, avere data certa (per le seconde è sufficiente anche il trasferimento del possesso) così come previsto in materia di pignoramento dall'art. 2914 c.c., cfr. BIANCA C.M., *op. cit.* p.1115 e GABRIELLI E., *op. cit.*, p. 159.

In giurisprudenza si veda Cass., 16 novembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 3, p. 354 (“l’opponibilità al fallimento del venditore di un suo atto di vendita immobiliare richiede che l’atto stesso abbia data certa, a norma dell’art. 2704 cod. civ. e che le formalità necessarie a rendere opponibili gli atti ai terzi, nella specie la trascrizione, siano compiute, *ex art. 45 legge fall., in data anteriore all’apertura della procedura concorsuale*”).

⁶⁶⁹ Per approfondimenti sul punto si rimanda al § 4.2. del primo capitolo.

⁶⁷⁰ Più problematico è l'inquadramento di quelle clausole risolutive che prevedono il mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente quale evento da cui far discendere in automatico lo scioglimento negoziale (e con le quali si tenta di aggirare il divieto *ex art. 72, comma 6, l. fall.*). Sono opportune delle precisazioni sul punto. Il semplice mutamento delle condizioni patrimoniali può sicuramente rappresentare uno dei più importanti indici di pericolo di futuro inadempimento. Tuttavia il codice prevede che, al ricorrere di un tale rischio, si possa (esclusivamente) sospendere l'esecuzione della prestazione (*ex art. 1460*) oppure la parte possa optare per la decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186*. Solo laddove il creditore utilizzi quest'ultimo strumento di tutela, chieda immediatamente l'adempimento e il debitore si rifiuti si può parlare di inadempimento. Non può essere saltato tale fondamentale passaggio e ricollegare la risoluzione al mero mutamento della situazione economica del debitore (e quindi al mero rischio). Se il contraente *in bonis*, dunque, vorrà rendere opponibile al curatore la sua azione di risoluzione dovrà aver compiuto tutti i seguenti passaggi: richiesta adempimento, attivazione meccanismo di risoluzione (giudiziale o stragiudiziale) e adempimento degli oneri pubblicitari, cfr. INZITARI B., *op. cit.*, p. 315.

procedura). Lo stesso vale, ovviamente, in caso di esperimento di uno degli strumenti di risoluzione stragiudiziale previsti dagli artt. 1454 e ss c.c..

Se, invece, non ha prontamente adito il giudice, non potrà più chiedere la risoluzione, nonostante il fatto che l'inadempimento si sia verificato prima della dichiarazione di insolvenza.

Se è ancora in corso il termine previsto dall'art. 1454 c.c. per la diffida ad adempiere, questo si sospende. In caso di termine essenziale *ex art. 1457 c.c.*, invece, è dubbio se possa risolversi comunque di diritto, anche se la scadenza risulta successiva all'apertura della procedura di liquidazione⁶⁷¹.

2.1.1.1. La vendita avente ad oggetto beni da costruire

I negozi giuridici utilizzati con più frequenza nella prassi per il trasferimento di beni da costruire sono la vendita (preceduta, talvolta, da un preliminare) e la permuta di cosa presente con cosa futura.

A fronte della portata delle conseguenze della dichiarazione dello stato di insolvenza del costruttore non solo nella sfera giuridica dell'acquirente, ma soprattutto all'interno del più ampio ambito economico e sociale del Paese (considerato che molto spesso si trattava di immobili da costruire da adibire a prima casa), il legislatore è intervenuto al fine di rafforzare le tutele *ex lege* della parte contraente debole⁶⁷².

Inizialmente sono stati inseriti nel codice un nuovo privilegio in ordine ai crediti sull'immobile oggetto del contratto e la trascrivibilità del contratto preliminare. Tuttavia tali strumenti si rivelarono ben presto insufficienti davanti alla crisi del costruttore.

L'acquirente infatti, nonostante il differimento del momento di acquisto della proprietà, è comunque tenuto a pagare il prezzo e si assume così il rischio dell'insolvenza dell'altra parte⁶⁷³.

⁶⁷¹ Dopo il fallimento del debitore il creditore non può proporre domanda di risoluzione del contratto, neanche nell'ipotesi di domanda diretta a far accertare, con riferimento ad inadempimento anteriore, l'avveramento di una condizione risolutoria, a meno che la domanda non sia stata "quesita" prima della dichiarazione di fallimento, "*atteso che la relativa pronuncia produrrebbe effetti restitutori e risarcitori lesivi del principio di paritario soddisfacimento di tutti i creditori e di cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche*", cfr. Cass., 4 marzo 2013, n. 5298, in *Fallimento*, 2013, 11, p. 1402. In dottrina è stato sottolineato che ciò che assume rilevanza è – oltre al verificarsi dell'inadempimento in un momento precedente – l'aver promosso l'azione prima (o comunque aver adempiuto tutti gli oneri pubblicitari, come la trascrizione), cfr. INZITARI B., *op. cit.*, p. 313.

⁶⁷² È considerato "acquirente" - ai sensi dell'art. 1 della l. n. 122/2005 - la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire (ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa).

⁶⁷³ Spesso il corrispettivo non viene pagato integralmente al momento della venuta ad esistenza, ma viene frazionato nel tempo per assicurare l'auto-finanziamento del costruttore.

La circostanza che l'immobile sia ancora in costruzione, inoltre – secondo l'opinione prevalente – renderebbe impossibile l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c., privando l'acquirente di un importante strumento di tutela⁶⁷⁴.

Per questo motivo, con il d.lgs. 20 giugno 2005, n.122, si è tentato di tutelare l'acquirente sin dal momento della conclusione del contratto. La novella legislativa è caratterizzata da un significativo intervento di eterointegrazione del contratto e prevede, altresì, la stipulazione di una fideiussione bancaria o assicurativa a pena di nullità da parte del promissario venditore, destinata ad operare in caso di sopravvenuta crisi del costruttore⁶⁷⁵. Quest'ultima forma di garanzia è estremamente rilevante, dunque, non solo in ambito puramente civilistico, ma anche concorsuale.

In particolare, prima degli interventi legislativi summenzionati, il promissario acquirente era costretto a insinuarsi nel passivo per le somme anticipate in caso di scelta di scioglimento da parte del curatore⁶⁷⁶.

A partire dal 2006 furono inseriti prima l'ottavo comma dell'art. 72 (che riguarda più nello specifico il contratto preliminare) e poi l'art. 72 *bis*, entrambi a protezione degli interessi dell'acquirente.

Quest'ultimo, in deroga alla disciplina generale, attribuisce alla parte la facoltà di determinare lo scioglimento del contratto attraverso l'escussione della fideiussione a garanzia di quanto versato al costruttore⁶⁷⁷.

In linea con tutta una serie di interventi normativi che si analizzeranno a breve, il legislatore ha concesso al contraente “debole” uno strumento di autotutela, l'escussione della fideiussione entro un preciso lasso temporale, in grado di tutelare efficacemente le esigenze abitative di quest'ultimo rispetto all'interesse dei creditori concorsuali alla più efficace realizzazione del loro credito.

Si tratta quindi di una espressa deroga al potere di scelta attribuito all'organo della procedura dall'art. 72 l. fall., con due temperamenti.

⁶⁷⁴ Di questo avviso: CALANDRINO R., *L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *NLCC*, 1, 2015, p. 67.

⁶⁷⁵ Il costruttore è obbligato a rilasciare la fideiussione a pena di nullità sia che debba realizzare lui stesso personalmente l'opera sia che decida di appaltarla a terzi. Si tratta di una nullità protettiva che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente ed è derogabile *in melius*. È una nullità peculiare (e testuale) perché viene ricollegata alla violazione di una regola di comportamento, in deroga al tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, cfr. Cass., Sez. Unite., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. It.*, 2008, 2, p. 347, nota di COTTINO; *Contratti*, 2008, 3, p. 221, nota di SANGIOVANNI; *Dir. Fall.*, 2008, 1, 1, nota di SARTORI; *Resp. civ.*, 2008, 6, p. 525, nota di TOSCHI VESPASIANI.

Sulla derogabilità *in melius*, ad esempio attraverso un contratto autonomo di garanzia, si veda CALANDRINO R., *op. cit.*, p. 86. L'importo di quest'ultima corrisponde alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso (o deve ancora riscuotere) dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

⁶⁷⁶ Inoltre il curatore, generalmente, si disinteressava della sorte del preliminare, il quale non era né trascrivibile né opponibile alla massa.

⁶⁷⁷ Per questo motivo si tratta di una norma eccezionale, cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 261.

L'acquirente può esercitare tale facoltà prima che il curatore comunichi la sua scelta tra esecuzione e scioglimento. Se l'organo della procedura ha già reso edotta la parte di voler subentrare nel contratto, la garanzia personale dovuta *ex art. 5 del d.lgs. 122/2005* non può più essere escussa (il curatore non viene dunque privato *tout court* del suo potere)⁶⁷⁸.

Infine non si deve ancora essere verificato l'effetto reale: il bene non deve essere ancora venuto ad esistenza. Il concetto di costruzione "ultimata" ai sensi dell'art. 1 lett. d) (e cioè tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità) è diverso da quello di costruzione "esistente" ai sensi dell'art. 1472 c.c.. La proprietà in caso di vendita di bene futuro passa in un momento antecedente a quello in cui l'immobile diventa agibile ai fini della richiesta del certificato. In questo caso la garanzia fideiussoria cessa nel momento in cui si verifica l'effetto traslativo⁶⁷⁹. Pertanto, secondo alcuni autori, è preferibile che, nel caso in cui l'oggetto della vendita sia un bene da costruire, le parti stabiliscano - in deroga all'art. 1472 c.c. - che il fabbricato si intende venuto ad esistenza solo nel momento in cui lo stesso versi in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità.

Gli effetti dello scioglimento ad opera della fideiussione sono gli stessi analizzati nel paragrafo di vendita, con una particolarità. Il contraente *in bonis* (ossia l'acquirente) ha diritto alla restituzione di quanto in precedenza versato in ragione della stipulazione del contratto (più gli interessi maturati⁶⁸⁰), ma invece che insinuarsi nel passivo insieme a tutti gli altri creditori può beneficiare della garanzia

⁶⁷⁸ Il comma 8, relativo al contratto preliminare avente ad oggetto gli immobili ad uso abitativo o destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa, prevede la continuazione *ex lege* degli stessi, senza facoltà di recesso. Le due nuove disposizioni non risultano, comunque, coordinate tra loro: il medesimo rapporto potrebbe infatti essere disciplinato da entrambe le norme, considerato che la prima non contiene alcun riferimento alla disciplina d'uso del bene. L'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza è comunque nel senso che il regime di continuazione è riservato ai soli preliminari trascritti aventi ad oggetto immobili già ultimati al momento dell'apertura del concorso e destinati all'uso abitativo, invece l'art. 72 *bis* si applichi ai contratti relativi ad immobili da costruire o in costruzione indipendentemente dalla destinazione (sempre però in presenza dei requisiti del d.lgs 122/2005). Solo in tal modo è possibile assicurare l'esigenza abitativa del promissario acquirente senza compromettere sensibilmente l'interesse dei creditori: infatti nel primo caso prevale la prima e ne consegue per i secondi comunque la sola impossibilità di acquisizione del bene, mentre nel secondo prevale l'interesse del ceto creditorio a non sopportare i costi dell'edificazione.

⁶⁷⁹ Secondo PETRELLI G., in *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, IPSOA, 2005, p. 67, sarebbe preferibile che le parti sottopongano il contratto alla "condizione sospensiva dell'accertamento - ad opera di un tecnico a tal fine idoneo - dell'agibilità del fabbricato ultimato" (da operarsi preferibilmente nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, al fine di consentire la formazione di un titolo che, oltre ad essere munito di data certa, abbia i requisiti necessari ai fini della pubblicità immobiliare e della voltura catastale del fabbricato ultimato a favore dell'acquirente). Nel caso in cui sia già passata la proprietà dell'immobile, il contraente *in bonis* potrà comunque beneficiare delle altre forme di tutela previste dalla legge 122, come ad esempio i limiti all'esperibilità dell'azione revocatoria. L'art. 10 prevede, infatti, che gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 l. fall. Norma che ha creato dei problemi di coordinamento con l'art. 67, comma 3, lett. c) l. fall. che contiene l'espressa deroga all'azione revocatoria fallimentare in caso di immobili venduti a giusto prezzo e destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado o destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente, cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 266.

⁶⁸⁰ Secondo l'espressa previsione *ex art. 3, comma 1, l. 122/2005*.

personale fideiussoria e potrà quindi ottenere il soddisfacimento integrale tramite tale canale preferenziale.

Anche la legge delega per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza si occupa delle garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (art. 12). Il Governo dovrà prevedere che l'atto o il contratto avente come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire, nonché qualunque atto avente le medesime finalità, debba essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata.

In tal modo il notaio potrà controllare e assicurare il rispetto dell'adempimento dell'obbligo di stipulazione della fideiussione, nonché di quello di rilascio della polizza assicurativa indennitaria previsti dal d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

2.1.2. La permuta di bene presente con bene futuro

In caso di permuta di bene presente con bene futuro è opportuno precisare che ciascuna parte riveste allo stesso tempo il ruolo di alienante e di acquirente (ci sono due momenti traslativi cui fare riferimento e da tenere presenti ai fini che qui ci interessano). Come si pone allora la regola generale *ex art. 72 l. fall?*

Anche in caso di permuta, infatti, vale quanto già affermato in relazione alla vendita: è pendente laddove non si sia ancora verificato l'effetto reale.

Di conseguenza solo nel caso in cui ad essere differito è non solo il passaggio di proprietà del bene futuro (per ovvie ragioni, visto che è ancorato alla venuta ad esistenza dello stesso), ma anche quello relativo al bene presente (in deroga a quanto previsto dall'art. 1376 c.c.) e al momento della dichiarazione giudiziale nessuno dei due si sia ancora verificato, il contratto potrà considerarsi non ancora eseguito. Il curatore avrà quindi la possibilità di valutare l'opportunità di subentrare (dietro autorizzazione della massa dei creditori) o di sciogliere il vincolo, con tutte le conseguenze già viste nei paragrafi precedenti.

Se, invece, la proprietà di uno dei due beni oggetto del contratto sia già stata trasferita prima della dichiarazione giudiziale di apertura della procedura, posta l'inapplicabilità dell'art. 72 l.fall. per mancanza di uno dei presupposti, le soluzioni possibili sono le seguenti.

Laddove, la procedura di liquidazione giudiziale investa il patrimonio del permutante che ha già trasferito la proprietà del bene presente, il curatore sarà obbligato a consegnare il bene, laddove tale obbligazione fosse ancora rimasta inadempita. L'attivo fallimentare potrà, comunque, beneficiare del futuro passaggio di proprietà cui il contraente *in bonis* è tenuto in base alla permuta (contratto che il curatore non ha la possibilità di sciogliere).

Nel caso inverso, ossia l'insolvenza del permutante che è diventato proprietario del bene presente ed è obbligato a trasferire il bene futuro non appena lo stesso verrà ad esistenza, il curatore potrà ottenere la consegna del bene e il contraente *in bonis* potrà insinuarsi nel passivo per ottenere il valore pecuniario del bene che avrebbe dovuto acquistare⁶⁸¹. In base all'art. 59 l. fall., infatti, i crediti aventi per oggetto una prestazione diversa dal denaro, concorrono in base al loro valore alla data di dichiarazione del fallimento.

Se la cosa oggetto di trasferimento è un immobile da costruire, le riflessioni di cui sopra vanno coordinate con la disciplina del d.lgs. n. 122 del 2005.

In particolare la dottrina si è chiesta se il permutante *in bonis* possa comunque determinare lo scioglimento del contratto attraverso l'escussione della fideiussione.

Teoricamente, una volta verificatosi l'effetto reale, non sussisterebbe più alcun potere in ordine allo scioglimento o meno del contratto. Le situazioni giuridiche soggettive che residuano dovrebbero essere trattate alla stregua di ordinari crediti o debiti. Si rischia però così di frustrare e disattendere le tutele imposte dal legislatore con la novella del 2005. L'acquirente perderebbe la possibilità di ottenere per intero quanto già pagato per la costruzione dell'immobile.

Per questo motivo parte della dottrina preferisce andare oltre il dato strettamente letterale dell'art. 72 l. fall. e ritenere che – così come previsto in altre ipotesi – nonostante il trasferimento della proprietà il contratto possa essere sciolto a causa della scelta del permutante *in bonis* di escussione della fideiussione⁶⁸².

2.2. I contratti reali

La deduzione di un bene futuro all'interno di una fattispecie reale comporta il mutamento della struttura di quest'ultimo, la quale non può che essere quella prevista per i contratti consensuali⁶⁸³.

Tranne i casi in cui la realtà non può essere derogata dalle parti⁶⁸⁴, le varianti consensuali o atipiche non presentano profili peculiari tali da ricevere una disciplina diversa rispetto a quella generale *ex* art. 72 l. fall.

⁶⁸¹ Cfr. LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 255.

⁶⁸² Si veda sul punto sempre LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 264.

⁶⁸³ La cui natura giuridica può essere quella di variante consensuale di un contratto reale tipico oppure di negozio atipico. Per approfondimento sul punto si veda il capitolo terzo § 2 e ss.

⁶⁸⁴ Si tratta delle ipotesi di donazione di modico valore (art. 783), riporto (art. 1548) e – anche se non unanimemente condivisa – caparra. Nel primo caso la realtà è prevista come alternativa alle esigenze di solennità e di certezza assolute dalla stipulazione di un atto pubblico. La realtà del riporto, invece, è giustificata da una esigenza di ordine pubblico: la repressione della mera speculazione, cfr. sul punto Cfr. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 110 e ss e CENNI D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, CEDAM, 1998, p. 263. La funzione della caparra è, invece, notoriamente quella di rafforzare l'impegno contrattuale. È evidente allora che la semplice promessa non può in nessun modo portare allo stesso risultato. Qualora venisse conclusa una sua variante consensuale, probabilmente andrebbe riqualficata come clausola penale.

Se nella fase che va dalla stipulazione degli stessi alla venuta ad esistenza del bene sopraggiunge l'insolvenza del debitore (e si apra la procedura di liquidazione giudiziale), il curatore avrà il potere di sciogliere il negozio oppure di subentrare.

2.2.1. Il pegno non possessorio

Una trattazione a parte merita la figura del nuovo pegno non possessorio ad oggetto futuro per due motivi. Il primo è che il pegno non è solo un contratto reale, ma è una garanzia e, dunque, riceve già di per sé una disciplina diversa. Inoltre il legislatore ha predisposto degli strumenti nuovi a tutela del creditore.

Summenzionata nuova garanzia reale garantisce una rapida realizzazione del credito. È stata introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59 (il c.d. decreto Banche, convertito con la l. 30 giugno 2016, n. 119). I suoi caratteri fondamentali, come già sottolineato, sono: la neutralità del valore, la naturale rotatività⁶⁸⁵, la specificità e il non spossessamento⁶⁸⁶.

L'ambito di applicazione della norma è limitato sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. Può essere costituito solo da imprenditori iscritti al registro delle imprese (che possono essere anche terzi datori di pegno) e tale garanzia può essere utilizzata per garantire i crediti (concessi a loro o a terzi) sia presenti che futuri, inerenti però l'esercizio dell'attività imprenditoriale⁶⁸⁷. Nel caso siano futuri gli stessi devono essere determinati o determinabili e deve essere previsto l'importo massimo garantito, di modo da poter permettere alle parti di comprendere quale sia in concreto l'impegno contrattuale che andranno ad assumere. Anche i beni mobili futuri oggetto del pegno devono essere

⁶⁸⁵ La garanzia è naturalmente rotativa e si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia (codificando gli approdi dottrinali e giurisprudenziali oramai pacifici in relazione al pegno rotativo). Aggiunge il legislatore che se il prodotto risultante dalla trasformazione ingloba, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà di escussione in autotutela ex comma 7 (vendita, locazione, appropriazione...) spettano a ciascun creditore pignoratizio con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a), il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate. È fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.

⁶⁸⁶ Cfr. GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. It.*, 2017, 7, p. 1728.

In realtà nel nostro ordinamento già esistevano ipotesi di pegno senza spossessamento create al fine di mantenere la destinazione di determinati beni all'esercizio dell'attività imprenditoriale: si tratta del pegno sui prosciutti e del pegno sui prodotti lattiero-caseari (ferma restando, comunque, l'annotazione del vincolo su appositi registri, vidimati annualmente). Nonché di pegni in relazione ai quali era prevista "sin dall'origine la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità, ma per il relativo valore economico", cfr. Cass., 11 novembre 2003, n. 16914 in *Contratti*, 2004, 4, p. 361, nota di SCACCIA; *Fallimento*, 2004, 11, p. 1210, nota di PANZANI.

⁶⁸⁷ Ai fini dell'individuazione di cosa sia inerente o meno all'impresa e cosa si veda l'art. 2217, comma 1, c.c.

caratterizzati dalla stessa destinazione (a pensa di nullità secondo alcuni autori⁶⁸⁸). Si tratta, dunque, di una espressa tipizzazione di pegno non possessorio e rotativo avente ad oggetto un bene futuro.

Il comma 8 dell'art. 1 del decreto Banche prevede che in caso di procedura concorsuale a carico del debitore pignoratizio, il creditore possa procedere in via di autotutela all'escussione della garanzia laddove siano rispettati i seguenti adempimenti.

Innanzitutto deve aver stipulato il negozio in forma scritta e aver rispettato gli specifici obblighi contenutistici⁶⁸⁹. Perché sia opponibile al curatore (e in generale ai terzi) serve, tuttavia, un ulteriore passaggio. Il legislatore ha previsto, a tal fine, l'iscrizione nel Registro informatizzato dei pegni non possessori costituito presso l'Agenzia delle entrate⁶⁹⁰, che in questo caso deve essere stata effettuata prima della dichiarazione di insolvenza.

Una volta aperta la procedura di liquidazione giudiziale, il creditore interessato alla soddisfazione del suo credito garantito da pegno *ex* d.l. n.59/2016 dovrà fare la domanda di ammissione (specificando la sua prelazione). In caso di esito positivo del ricorso potrà essere soddisfatto attraverso più rapide ed efficienti modalità di escussione.

Egli - dopo aver intimato il debitore e informato gli eventuali titolari di pegno⁶⁹¹ - potrà infatti:

- a) vendere i beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita con obbligo di restituire l'eccedenza (ricalcando lo schema del patto marciano)⁶⁹²;

⁶⁸⁸ Secondo la dottrina tale inerenza risulta necessaria a pena di nullità proprio perché colorerebbe la causa del contratto di pegno, cfr. SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 884.

⁶⁸⁹ Il comma terzo prevede che debbano essere specificamente indicati: i soggetti (debitore, creditore e eventuale terzo concedente il pegno), la descrizione del bene dato in garanzia; il credito garantito e l'importo massimo garantito.

⁶⁹⁰ Nella precedente versione, invece, era previsto che “*il pegno non possessorio si costituisse esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato “registro dei pegni non possessori”*”. La data dell'iscrizione è estremamente importante perché alla stessa è collegato il grado del pegno (avvicinando la disciplina di quest'ultimo a quella dell'ipoteca). Il legislatore sembra dunque aver voluto dirimere gli eventuali conflitti tra più creditori pignoratizi non più attraverso il requisito del possesso (dato che l'esigenza è quella di prescindere da qualsiasi forma di *traditio*), bensì con quello della priorità dell'iscrizione, con una eccezione. Una novità della nuova garanzia è rappresentata, infatti, dal fatto che quest'ultima non è opponibile a colui il quale abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato destinato all'esercizio dell'impresa (e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio successivo). L'iscrizione ha una durata di dieci anni, rinnovabile per mezzo di una nuova iscrizione nel registro effettuata prima della scadenza del decimo anno. La cancellazione della iscrizione può essere richiesta di comune accordo da creditore pignoratizio e datore del pegno o domandata giudizialmente.

⁶⁹¹ Tale comunicazione è importante ai fini dell'opposizione del debitore e del terzo concedente *ex* art. 7bis. Il creditore potrebbe, infatti, decidere di svendere il bene (che ha un valore maggiore rispetto al credito) oppure non rispettare le indicazioni legislative.

⁶⁹² La vendita può essere effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate da parte di operatori esperti (salvo il caso di beni di non apprezzabile valore), assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. L'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, designato dal giudice. In ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche *ex* art. 490 cpc. Tutte queste precauzioni – la restituzione dell'eccedenza e la stima da parte dell'esperto – sono le caratteristiche fondamentali dello schema del patto marciano e che vanno a differenziarlo dal patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c. In tal modo si attribuisce al creditore una forma di autotutela esecutiva (con conseguente deflazione del contenzioso), tutelando allo stesso tempo il debitore da comportamento abusivi o usurari. Una delle *ratio* che giustificano il divieto del patto commissorio è, infatti, quella di

- b) escutere o cedere i crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita;
- c) locare il bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, sempre che ciò sia stato previsto nel contratto insieme all'importo del canone;
- d) appropriarsi lui stesso dei beni oggetto del pegno, salvo però che tale facoltà sia stata prevista nel contratto e che siano stati concordati i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene e dell'obbligazione garantita (la cd escussione in autotutela mediante appropriazione).

Il creditore non deve essere autorizzato alla vendita da parte del giudice delegato, così come previsto dall'art. 53 della l. fall⁶⁹³. Si tratta di modalità di realizzazione del credito attivabili in via di autotutela, così come previsto anche in materia di contratti di garanzia finanziaria. In realtà la disciplina del d.lgs. 170 del 2004 è ancora più favorevole perché il creditore pignoratizio può procedere alla vendita delle attività finanziarie anche senza la previa ammissione al passivo fallimentare (art. 4)⁶⁹⁴.

La costituzione del pegno non possessorio, così come quello ordinario, può essere oggetto di azione revocatoria ordinaria (*ex art. 66 l. fall.*) o fallimentare (*ex artt. 64, 65 e 67 l. fall.*)⁶⁹⁵. Il d.l. Banche,

evitare che quest'ultimo sia spinto ad accettare qualsiasi condizione e cifra pur di ottenere il credito. La posizione dell'“aspirante debitore” è normalmente debole. Laddove, invece, il rapporto obbligatorio sia già sorto ed in prossimità della scadenza ci si renda conto dell'impossibilità dell'adempimento nelle forme pattuite, si può optare per una sorta di *datio in solutum* (quale può essere l'esercizio delle facoltà di autotutela del creditore) nelle forme di cui sopra. Non c'è il rischio di impoverimento ingiusto perché c'è la restituzione dell'eccedenza (si estingue il credito e esce un bene dal patrimonio). L'aspetto più importante dello schema è sicuramente quello della stima, la quale deve essere quanto più possibile attendibile, imparziale e fondata su criteri oggettivi (predeterminati). Ovviamente ciò è possibile soprattutto con riferimento ai beni mobili e con un certo valore di mercato. Non è un caso che le prime figure di patto marciano siano nate con riferimento a operazioni in cui l'individuazione e la stima del bene e della eccedenza siano facili, come ad esempio il pegno irregolare o quello su crediti. Negli ultimi anni si è assistito ad una ampia diffusione di tale meccanismo in favore della realizzazione del credito: ad esempio l'art. 6 d.lgs. n. 170/2004 (in attuazione della Dir. 2002/47/CE e che contiene una espressa deroga al divieto di patto commissorio); l'art. 11 *quaterdecies* della legge sul vitalizio ipotecario (L. 248/05); l'introduzione (ad opera del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, attuativo della Dir. 2014/17/UE) del nuovo capo I bis nel T.U.B.; al nuovo art. 48 bis sempre nel T.U.B..

Pegno non possessorio e patto marciano sono due meccanismi che si inseriscono nella fase patologica del rapporto e sono entrambi eventuali, tuttavia vanno tenuti distinti. Il secondo è infatti destinato a produrre l'effetto traslativo definitivo del bene e la correlata estinzione dell'obbligazione, cfr. CIPRIANI N., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 2017, 7, p. 1715.

⁶⁹³ Secondo il quale il giudice delegato, in caso di crediti muniti di pegno ordinario, deve altresì sentire il curatore e il comitato dei creditori e stabilire con decreto i tempi e le modalità della vendita.

⁶⁹⁴ Si veda sul punto la giurisprudenza citata in MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2, 2017, p. 231 (nota 166).

⁶⁹⁵ L'art. 2901, comma 2 - ai fini dell'azione revocatoria - stabilisce che le prestazioni di garanzia, anche per i debiti altrui, siano considerate atti a titolo oneroso quando sono contestuali al credito garantito. Tale presunzione, secondo la dottrina, non vale indiscriminatamente in tutti gli ambiti (si può avere, infatti, gratuità anche se c'è contestualità e viceversa onerosità laddove sia stipulato in un momento successivo), cfr. NATOLI U., *I contratti reali*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 128. Il principio stabilito per l'azione revocatoria ordinaria dall'art. 2901, secondo comma, c.c., secondo il quale le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso quando sono contestuali al sorgere del credito garantito, è applicabile anche al sistema revocatorio fallimentare, rispondendo tale disciplina a criteri di razionalità ed equità. Tali principi hanno portata generale e sarebbero disattesi ove si privasse il creditore di una garanzia, senza la quale non avrebbe affatto erogato il credito (si tratta di una interpretazione confermata dall'art. 2, primo comma, del d.l. n. 35 del 2005, che, modificando l'art. 67, comma 2, l. fall., ha reso esplicito tale precetto), cfr. Cass., 04 febbraio 2010, n. 2610, in *Fallimento*, 2010, 8, p. 994.

infatti, equipara agli effetti di cui agli articoli 66 e 67 l. fall. il pegno non possessorio a quello ordinario, con ciò apportando un'altra differenza di disciplina rispetto ai contratti di garanzia finanziaria⁶⁹⁶.

In caso di revocatoria fallimentare il curatore è dispensato dall'onere di provare l'*eventus damni* e il *consilium fraudis*⁶⁹⁷. I presupposti fondamentali per l'esercizio di tale azione sono: lo stato di insolvenza e la consapevolezza dello stesso da parte del terzo.

Con riferimento al pegno bisogna operare una distinzione: se è stato costituito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti, sarà l'altra parte a dover fornire la prova della non conoscenza dello stato di insolvenza del debitore.

Se, invece, il pegno è stato costituito contestualmente al sorgere del debito nei sei mesi precedenti, sarà il curatore a dover dare la prova della conoscenza di cui sopra da parte del creditore⁶⁹⁸.

Le azioni revocatorie non potranno trovare applicazione nel caso in cui il pegno non possessorio sia stato costituito in esecuzione di un piano di risanamento attestato, un concordato preventivo, un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato⁶⁹⁹.

Se l'escussione avviene in violazione delle modalità previste, il debitore, entro tre mesi, può chiedere il risarcimento del danno. Si tratta di una responsabilità di tipo contrattuale. Oltre a tale forma di tutela del debitore – attivabile solo *ex post* – il legislatore ha stabilito che - in caso di escussione abusiva della garanzia – il debitore possa opporsi (con un ricorso secondo il rito ordinario di cognizione) entro 5 giorni dalla data di notifica dell'intimazione.

“Quando rimangono immutati natura e valore dell'oggetto costituito in pegno, deve ritenersi che, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria, la genesi del diritto reale di garanzia debba farsi risalire al momento della stipulazione originaria”, cfr. Cass., 1 febbraio 2008, n. 2456 (che conferma e richiama Cass., 27 settembre 1999, n. 10685), in *Mass. Giur. It.*, 2008; in *Fallimento*, 2008, 7, p. 757 nota di COSTANZA.

⁶⁹⁶ Dal combinato disposto degli artt. 9, comma 2 e 5, commi 2 e 3, d.lgs. n. 170 del 2004 emerge una importante deroga rispetto ai normati criteri che regolano l'azione fallimentare: l'irrevocabilità della prestazione di garanzie sostitutive ed integrative, alle quali viene riconosciuto il carattere della contestualità rispetto al sorgere del credito garantito (o in alcuni casi rispetto al momento della stipula dei contratti di garanzia finanziaria), cfr. GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 323. L'art. 3, comma 1, l. n. 190 del 2008 sottrae alla revocatoria fallimentare anche le garanzie prestate in favore della Banca d'Italia (la garanzia si intende prestata, con effetto nei confronti del debitore e dei terzi aventi causa, all'atto della sottoscrizione del contratto di garanzia finanziaria).

⁶⁹⁷ Si presume infatti che *“tutti gli atti posti in essere dal debitore in stato di insolvenza (anche se il fallimento non è stato ancora dichiarato) siano pregiudizievoli per i creditori perché idonei quantomeno ad alterare la par condicio creditorum”*, cfr. CAMPOBASSO G.F., *op. cit.*, p. 599.

⁶⁹⁸ Le negoziazioni e le garanzie collaterali nel mercato finanziario godono di un regime probatorio più favorevole. L'art. 9 prevede, infatti, che la garanzia finanziaria prestata, anche in conformità ad una clausola di integrazione o di sostituzione, ed il contratto relativo alla garanzia stessa non possono essere dichiarati inefficaci nei confronti dei creditori soltanto in base al fatto che la prestazione della garanzia finanziaria o il sorgere dell'obbligazione finanziaria garantita siano avvenuti: a) il giorno di apertura della procedura medesima e prima del momento di apertura di detta procedura; b) il giorno di apertura della procedura medesima e dopo il momento di apertura di detta procedura, qualora il beneficiario della garanzia possa dimostrare di non essere stato, né di aver potuto essere, a conoscenza dell'apertura della procedura. cfr. GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali, cit.*, p. 323.

⁶⁹⁹ GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali, cit.*, p. 1715 ss.

La legge delega per la riforma del diritto della crisi di impresa ha dedicato un articolo alle garanzie non possessorie (art. 11).

Il Governo dovrà regolamentare una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito (eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati).

Dovranno esserne indicati i requisiti, compresa la forma (necessariamente scritta), le modalità di costituzione (anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato⁷⁰⁰), nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione.

In linea con l'evoluzione legislativa in materia di garanzie è altresì previsto che - salvo diverso accordo delle parti - il soggetto costituente la garanzia possa essere riconosciuta la facoltà di utilizzare i beni oggetto di garanzia, anche nell'esercizio della propria attività economica. In tal caso la prelazione si estende dai beni originari a quelli che risulteranno all'esito degli atti di disposizione, senza effetto novativo per la garanzia originariamente concessa (a conferma della naturale rotatività). Il debitore dovrà comunque e sempre rispettare l'immanente principio di buona fede e di correttezza e la destinazione economica dei beni.

Al creditore dovrà comunque essere garantita una forma di tutela in questa fase. È vero, infatti, che il legislatore in questi anni ha manifestato l'esigenza di favorire la prosecuzione dell'attività dell'imprenditore consentendogli di costituire garanzie e non subire lo spossessamento, tuttavia tutto ciò va bilanciato con le esigenze del primo.

Quest'ultimo, infatti, non solo potrà promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso del costituente, ma gli dovrà essere concessa la facoltà di escutere stragiudizialmente la garanzia anche in deroga al divieto del patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore (o ad altri creditori), l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l'importo del credito.

I requisiti indicati (stima indipendente del valore dei beni, restituzione dell'eccedenza) e la funzione immanente della previsione (quella deflattiva) richiamano gli elementi costitutivi del patto marciano (il nocciolo duro delle sue garanzie).

⁷⁰⁰ In particolare sul registro è previsto che il Governo debba regolamentare forme, contenuto, requisiti ed effetti dell'iscrizione. Inoltre lo stesso deve essere direttamente accessibile per via telematica secondo modalità che salvaguardino la protezione dei dati, al fine di consentire le operazioni di consultazione, iscrizione, annotazione, modifica, rinnovo ed estinzione delle garanzie, nonché la regolazione del concorso conseguente all'eventualità di plurime annotazioni. Le operazioni di consultazione, iscrizione, modifica, annotazione e rinnovo dovrenno essere subordinate al pagamento di un importo in denaro, in modo da assicurare la copertura delle spese di gestione del registro

L'esecuzione del credito in via di autotutela dovrà essere adeguatamente pubblicizzata e sottoposta al controllo giurisdizionale, al fine di evitare abusi. Andranno altresì regolati i rapporti tra la stessa e le procedure esecutive forzate e concorsuali.

Infine il Governo dovrà occuparsi delle misure di protezione del debitore consumatore nonché tutelare i terzi che abbiano contrattato con il debitore non spossessato o abbiano acquistato in buona fede diritti sul bene mobile oggetto del pegno (coordinando la nuova disciplina con le disposizioni normative vigenti).

2.3. Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio dal lato attivo e passivo

2.3.1. La cessione del credito futuro

Il negozio di cessione avente ad oggetto crediti futuri è soggetto ad una disciplina talvolta non coincidente con quella prevista per la vendita di beni futuri.

In entrambi i casi la struttura contrattuale è la medesima: si tratta di un contratto ad effetti obbligatori e effetti reali differiti. La proprietà del diritto o del bene non può passare in capo al cessionario o all'acquirente dato che il bene non esiste ancora in nessun patrimonio.

Questa è la fondamentale differenza che intercorre tra cessione di crediti futuri e cessione di crediti condizionati. Secondo la dottrina e la giurisprudenza nella cessione sottoposta a condizione si dispone di un diritto che già esiste nel patrimonio del cedente (e solo gli effetti della cessione sono subordinati ad un evento futuro e incerto), mentre in caso di cessione di credito futuro il credito ancora non è sorto⁷⁰¹. Questo significa che la prima cessione, in caso di procedura di liquidazione giudiziale è qualificabile come rapporto non più pendente, ma esaurito⁷⁰². Il trasferimento dell'aspettativa è immediato.

Laddove nelle more tra la stipulazione della cessione e la venuta ad esistenza del bene sopraggiunga la crisi dell'impresa, il cessionario dovrà far valere e opporre tale rapporto contrattuale all'organo competente. L'art. 45 l. fall. prevede a tale fine che debbano essere state compiute tutte le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, pena l'inefficacia degli stessi rispetto agli organi della procedura.

⁷⁰¹Secondo Cass., 10 gennaio 1966, n. 184, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1307, “non si possono ricondurre ad un'unica disciplina due figure nettamente distinte, quali la cessione condizionata e quella di un credito futuro. Nel primo caso il credito già esiste nel patrimonio del cedente nel momento in cui il negozio si conclude pur essendo la produzione degli effetti del negozio stesso subordinata ad un avvenimento futuro e incerto. Nella cessione di crediti futuri il credito non esiste ancora nel patrimonio del cedente, onde gli effetti traslativi non si verificano al momento del perfezionamento del negozio, ma non appena il credito verrà ad esistenza”.

⁷⁰²Cfr. TROIANO S., *La cessione dei crediti futuri*, Padova, CEDAM, 1999, p. 99. Tuttavia il punto è discusso in dottrina e in giurisprudenza.

Il curatore deve considerarsi terzo ogni qualvolta lo stesso agisca non in sostituzione del fallito, ma nell'esercizio delle prerogative concessegli dalla legge nell'interesse dei creditori (es. in caso di azione revocatoria o accertamento dello stato passivo)⁷⁰³.

La cessione di un credito è opponibile ai terzi quando è stata (per prima) notificata o accettata dal debitore con data certa. In caso di liquidazione giudiziale (così come in caso di pignoramento *ex art. 2914, comma 1, n.2, c.c.*) non hanno effetto in pregiudizio dei creditori le cessioni di crediti che siano state notificate al debitore o accettate dallo stesso dopo la dichiarazione di fallimento (o successive al pignoramento).

È oramai pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza che, ai fini dell'opponibilità della notificazione *ex art. 1265 c.c.*, non siano necessarie le stesse forme previste dal codice di procedura civile⁷⁰⁴.

L'esigenza della data certa può essere soddisfatta con altri mezzi previsti dal nostro ordinamento: un atto notarile, una raccomandata senza busta con timbro di spedizione, una raccomandata con avviso di ricevimento ed altresì mediante strumenti informatici. I nuovi mezzi di comunicazione grazie alla loro rapidità e semplicità vengono, infatti, sempre più spesso utilizzati per le cessioni in blocco⁷⁰⁵.

Si è acceso un dibattito in merito alla interpretazione di tale ultima norma (in combinato disposto con l'art. 2914 c.c.) quando l'oggetto della cessione siano debiti futuri. Secondo un orientamento, infatti, non sarebbe possibile notificare o accettare una cessione di debiti futuri finché il diritto non sia venuto ad esistenza: la cessione, infatti, non ha ancora prodotto i suoi effetti fino a tale momento⁷⁰⁶.

È per questo motivo che in materia di *factoring* si è ancorato il requisito dell'opponibilità al requisito del pagamento del corrispettivo della cessione. Una volta che il cessionario abbia pagato in tutto o in parte il prezzo ed il pagamento abbia data certa, la modificazione soggettiva è opponibile in caso di insolvenza del cedente dichiarata successivamente (oltre che agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi anteriormente alla data del pagamento e

⁷⁰³ Cfr. Cass., Sez. Unite, 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Fallimento*, 2013, 8, p. 925 nota di BOSTICCO e *Fallimento*, 2014, 2, p. 175 nota di FICARELLA.

⁷⁰⁴ Tale presa di posizione viene ritenuta eccessivamente rigorosa proprio sulla base della constatazione che la notificazione non costituisce una vera e propria forma di pubblicità. Pertanto si richiede che sia soddisfatto esclusivamente il requisito della data certa richiesto *ex art. 2704 c.c.* ai fini dell'efficacia degli atti privati nei confronti dei terzi cfr. in dottrina: PERLINGERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982, p.253 ss.; BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 608; PANUCCIO V., *op. cit.* p.876.

In giurisprudenza si veda Cass., 21 dicembre 2005, n. 28300, in *Contratti*, 2006, 8-9, p. 765: "la opponibilità a terzi della cessione del credito non presuppone che la relativa notifica al debitore ceduto venga necessariamente eseguita a mezzo ufficiale giudiziario, costituendo quest'ultima una semplice "species" (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio "genus" costituito dalla notificazione, intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario. Ne consegue che, tanto ai fini di cui all'art. 1264, quanto a quelli di cui ai successivi artt. 1265 e 2914, n.2, c.c., la notificazione della cessione (così come il correlativo atto di accettazione), non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità."

⁷⁰⁵ Per approfondimenti e citazioni giurisprudenziali e dottrinali più precise sul punto si rimanda al capitolo IV, § 2.1.3.

⁷⁰⁶ In giurisprudenza: Cass. 17 gennaio 2011, n. 501, in *Fallimento*, 2012, 11, p. 1387; Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Guida al Diritto*, 2005, 41, p. 70; *Fallimento*, 2006, 4, p. 477; *Fallimento*, 2006, 5, p. 538 nota di TRENTINI; Cass., 22 novembre 1993, n. 11516 in *Mass. Giur. It.*, 1993.

al creditore del cedente, che abbia pignorato il credito dopo la data del pagamento). L'efficacia della cessione verso i terzi non è opponibile al curatore che amministri i beni del cedente solo nel caso in cui l'organo della procedura provi che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente quando ha eseguito il pagamento (e sempre che il pagamento sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa e prima della scadenza del credito ceduto). In caso di cartolarizzazione, invece, la legge 30 aprile 1999, n. 130 ricollega l'opponibilità della cessione a banche di rapporti giuridici individuabili in blocco (salve le forme integrative eventualmente stabilite dalla Banca d'Italia) alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, richiamando l'art. 58 del Testo Unico in materia bancaria.

Per questo motivo la giurisprudenza ha più volte affermato che, in caso di sopravvenuta insolvenza del cedente di un credito futuro, la successione nel lato attivo - anche se sia stata tempestivamente notificata o accettata *ex art. 2914, n. 2, c.c.* - non sia opponibile al fallimento se, alla data della dichiarazione con sentenza, il credito non era ancora sorto e non si era verificato l'effetto traslativo della cessione⁷⁰⁷.

In realtà la stessa Cassazione in alcune pronunce ha affermato che ai fini dell'efficacia della cessione di crediti futuri in pregiudizio della procedura di liquidazione giudiziale del cedente (o del creditore pignorante *ex art. 2914, n. 2, c.c.*) è sufficiente che la notifica o l'accettazione della cessione sia stata effettuata con atto avente data certa anteriore alla dichiarazione giudiziale (o al pignoramento). L'art. 1265 c.c. in relazione all'“*efficacia della cessione riguardo ai terzi (tali devono considerarsi il creditore pignorante e il fallimento) richiede la certezza della data dell'atto di cessione, e non d'altro*”⁷⁰⁸. Tale principio vale, però, con riferimento a quelle cessioni che abbiano ad oggetto crediti aventi origine da un rapporto base unico e già esistente. Solo nel caso in cui, invece, i crediti siano solo “eventuali”, ossia non necessariamente identificati in tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, l'opponibilità può essere ancorata non solo alla notificazione o accettazione, ma anche alla venuta ad

⁷⁰⁷ Secondo quest'ultima ricostruzione, inoltre, in caso di cessione, il credito si materializzerebbe prima nel patrimonio del cedente per poi essere trasferito in quello del cessionario. Il corollario di una simile ricostruzione è quello della cristallizzazione del diritto una volta venuto ad esistenza all'interno del patrimonio del cedente, cfr. Cass., 17 gennaio 2012, n. 551, in *Fallimento*, 2012, 11, p. 1387; Cass. civ. Sez. I, 31-08-2005, n. 17590 in *Fallimento*, 2006, 4, p. 477; *Fallimento*, 2006, 5, 538 nota di TRENTINI.

Parte dalla dottrina ha messo in discussione l'approdo giurisprudenziale di cui sopra. La cessione del credito futuro, come premesso, ha la stessa struttura della vendita obbligatoria avente ad oggetto un bene non ancora esistente nel patrimonio dell'alienante. Quest'ultima viene disciplinata in maniera del tutto diversa: è un contratto pendente fino a quando non si verifica l'effetto traslativo e il curatore può scegliere se subentrare o meno. Anche in caso di *factoring* il curatore può decidere se recedere dalle cessioni stipulate dal cedente, limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa.

⁷⁰⁸ Si fa riferimento a: Cass., 14 aprile 2010, n. 8961, in *Massima redazionale*, 2011; Cass. 21 dicembre 2005, n. 28300, *cit.*; Cass., 26 ottobre 2002, n. 15141 (la quale però aveva introdotto anche un limite temporale), in *Giur. It.*, 2003, p.1786 nota di STORTO; *Giur. It.*, 2005, 636 nota di TUCCI. È vero che “*nel caso dei crediti futuri l'efficacia immediata della cessione è meramente obbligatoria, e che l'effetto traslativo del credito si verifica solo al momento successivo in cui il credito viene ad esistenza, come è stato costantemente affermato da questa corte; tuttavia, tale effetto è sottratto alla disponibilità delle parti, e per esso non si pone un problema di opponibilità ex art. 2914 c.c.*”.

esistenza del credito. Sia la notificazione che l'accettazione, infatti, presuppongono che sia già identificato o identificabile il debitore (per questo non si potrebbe prescindere dall'esistenza del rapporto base).

È tutt'ora discussa in dottrina, inoltre, la modalità con cui il diritto futuro, una volta venuto ad esistenza, si trasferisca nel patrimonio del cessionario.

Secondo una teoria il diritto di credito transiterebbe prima nel patrimonio del cedente per poi passare immediatamente in quello del cessionario⁷⁰⁹. La logica conseguenza, in caso di insolvenza del cedente, sarebbe che il credito rimarrebbe cristallizzato insieme a tutti gli altri nel patrimonio del cedente. In questo caso - per sbloccare la situazione - si dovrebbe ammettere la possibilità di procedere attraverso il meccanismo *ex art. 72 l. fall.* per regolare la sorte del contratto oppure non potrebbe mai verificarsi l'acquisto automatico in pregiudizio dei creditori concorsuali.

In ragione di ciò è stata avanzata la tesi della venuta ad esistenza direttamente nel patrimonio del cedente⁷¹⁰. Viene da molti auspicato un ripensamento dottrinale sul punto, magari valorizzando la questione dell'autonomo valore delle aspettative⁷¹¹.

La questione è ancora aperta. Infatti, è stato rilevato in dottrina che è “*estranea al nostro sistema una distinzione tra credito semplicemente futuro e credito per il quale già sussista il fondamento giuridico del suo sorgere, e per il quale allora si potrebbe pensare a un acquisto dell'aspettativa, intesa come acquisto di una posizione giuridica opponibile al fallimento*”⁷¹².

2.3.2. *Il factoring*

L'analisi delle conseguenze in caso di sopraggiunta insolvenza di una delle parti del contratto di *factoring* deve fare i conti con la natura atipica e cangiante che tale negozio riveste⁷¹³.

⁷⁰⁹ Questo passaggio non è contraddistinto da alcun intervallo cronologico, cfr. RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. a cura di Cicu – Messineo*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè editore, 1962, p. 187; LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 69; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, cit. p. 376.

⁷¹⁰ Cfr. PERLINGIERI P., *op. cit.*, p. 193. Nello specifico, in materia di cessione del credito e *factoring*, è stato sostenuto che al momento della conclusione del negozio ci sia l'immediato trasferimento di una posizione giuridica prodromica in capo al cessionario, cfr. GUERRIERI G., *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 163.

⁷¹¹ Si veda TRENTINI C., *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri*, in *Fallimento*, 2006, 5, p. 538. In questi casi, tuttavia, il trasferimento dell'aspettativa non inciderebbe sulla valutazione in ordine allo stato di pendenza o meno del contratto. L'aspettativa è, infatti, una situazione meramente strumentale rispetto all'acquisto del diritto finale. Solo quest'ultimo momento avrà rilievo ai sensi dell'art. 72 l. fall., cfr. TROIANO S., *La cessione dei crediti futuri*, Padova, CEDAM, 1999, p. 123.

⁷¹² Opinione espressa da CIAN G., in *Commento alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, Disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 263.

⁷¹³ Recentemente la giurisprudenza ha affermato che, nella prassi commerciale, il contratto di *factoring* presenta una serie di varianti, ma il suo nucleo fondamentale e costante è costituito da un “*accordo complesso in forza del quale un'impresa specializzata, il factor, si obbliga ad acquistare (pro soluto o pro solvendo), per un periodo di tempo determinato e rinnovabile salvo preavviso, la totalità o parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare; il factor paga i crediti ceduti secondo il loro importo nominale decurtato di una commissione che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata o, talvolta, si stabilisce che al cedente il factor conceda delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual*

Come già visto nel capitolo precedente, oltre alla ordinaria funzione di scambio (cessione dietro corrispettivo), la dottrina ha individuato la possibilità di coesistenza di ulteriori funzioni: quella di finanziamento, allorquando il *factor* anticipi la somma corrispondente al credito ceduto⁷¹⁴; una *latu sensu* di assicurazione, quando la cessione è *pro soluto*; oppure di organizzazione, qualora venga data maggiore rilevanza all'operazione di razionalizzazione della contabilizzazione e del recupero crediti. Il contratto c.d. di *factoring*, pertanto, non può essere equiparato *sic et simpliciter* alla cessione del credito disciplinata all'interno del codice (anche la legge 52 del 1991 ne disciplina solo alcuni aspetti). Per questi motivi la giurisprudenza continua a considerarlo come contratto atipico⁷¹⁵.

A seconda - poi - della causa concreta che colora il singolo negozio può cambiare la natura giuridica dello stesso, con conseguenti riflessi in ambito concorsuale.

Secondo una parte della dottrina, dalla disciplina della legge n. 52, si ricava la conferma della (ormai maggioritaria tesi della) natura del contratto *de quo* come negozio ad effetti reali differiti. L'art. 7 attribuisce al curatore la possibilità di recedere in relazione ai “*crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa*”. In particolare è la scelta del verbo “*sorgere*” che depone in tale senso. Se, infatti, il negozio avesse effetti meramente obbligatori (così come in caso di sequenza preliminare – definitivo) il legislatore avrebbe dovuto utilizzare la locuzione “*crediti per i quali non è ancora stato adempiuto l'obbligo di trasferimento*”⁷¹⁶.

Se la crisi e l'insolvenza riguardino il cedente/fornitore, sempre l'art. 7 della legge sul *factoring* prevede che il curatore possa recedere dalle cessioni stipulate limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa. In tal caso l'organo della procedura dovrà restituire al cessionario il corrispettivo.

Il curatore ha comunque e sempre la possibilità di scelta *ex art. 72 l. fall.*

Procedendo per gradi deve innanzitutto premettersi che occorrerà verificare che siano state adempiute tutte quelle formalità previste dal legislatore per l'opponibilità del contratto a terzi (e quindi al curatore).

caso al *factor* spetteranno, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate”, cfr. Cass., 7 luglio 2017, n. 16850, in *CED Cassazione*, 2017.

In dottrina si veda PICCININI V., *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente*, in *Banca borsa tit. cred.* 2008, 5, p. 610 ss.

⁷¹⁴ Somma decurtata, comunque, dell'importo pari agli interessi convenzionalmente fissati per il periodo intercorrente tra il versamento e la scadenza, con una attualizzazione del valore come avviene nello sconto bancario.

⁷¹⁵ “*Va ribadito l'insegnamento di questa Corte secondo il quale la l. 52 del 1991 sulla cessione dei crediti di impresa non ha inciso sulla natura del factoring che è rimasto un contratto atipico il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa (Cass. 24.6.2003, n. 10004; Cass. 27.8.2004, n. 17116)*”, cfr. Cass., 08 febbraio 2007, n. 2747 e Cass., 11 maggio 2007, n. 10833, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

⁷¹⁶ Cfr. GUERRIERI G., *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 173.

Il cessionario potrebbe aver scelto di seguire i criteri stabiliti dalla legge sul *factoring* e quindi aver proceduto al pagamento in tutto o in parte il corrispettivo della cessione (con data certa *ex art. 5*) prima della dichiarazione di insolvenza⁷¹⁷. L'organo della procedura ha, però la possibilità di provare che il cessionario conosceva lo stato di crisi del cedente quando ha eseguito il pagamento (sempre che tale adempimento sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa e prima della scadenza del credito ceduto).

Oppure può aver utilizzato i criteri previsti dal codice civile per gli stessi fini⁷¹⁸, riaprendosi in talo modo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale citato nel paragrafo dedicato alla cessione del credito futuro in generale.

Non esiste una gerarchia tra i vari criteri indicati dal legislatore ai fini dell'opponibilità: prevale il cessionario che per primo ha pagato, notificato o ha ottenuto l'accettazione⁷¹⁹.

Anche se opponibile, la cessione non deve essere soggetta ad azione revocatoria (né a quella speciale di inefficacia *ex art. 7*, primo comma, della legge del 1991).

Solo dopo summenzionate verifiche si porrà il problema per il curatore di scegliere se recedere *ex art. 5* o comunque procedere *ex art. 72 l. fall.*

Laddove opti per il subentro può chiedere al *factor* la somma incassata, decurtata da quanto allo stesso dovuto a titolo di corrispettivo o per le anticipazioni ricevute. In caso di scioglimento, invece, non essendosi verificato alcun effetto traslativo, può riavere indietro i crediti (retrocessione) e il *factor* si potrà insinuare nel passivo per ottenere il rimborso degli eventuali anticipi o dei corrispettivi non pagati.

Esiste – come accennato - un'altra strada percorribile da parte del curatore: l'art. 7 della legge sul *factoring* gli attribuisce la facoltà di recesso in relazione ai crediti non ancora sorti⁷²⁰. In questo caso,

⁷¹⁷ È sufficiente l'annotazione del contante sul conto di pertinenza del cedente, in conformità al disposto dell'articolo 2, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170.

⁷¹⁸ In giurisprudenza Cass., 14 novembre 1996, n. 9997, in relazione ad una vicenda avente ad oggetto un "contratto quadro di *factoring*" la cui opponibilità era regolata dagli artt. 1265 e 2914 cc (non essendoci stato il pagamento), ha affermato che per poter opporre al fallimento la cessione di crediti futuri, è necessario non solo che tali crediti, sorti dopo il perfezionamento della cessione, siano comunque anteriori al fallimento, ma che essi siano divenuti esigibili prima di tale data e che siano stati singolarmente notificati o accettati dal debitore con atto avente data certa, in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1879; *Fallimento*, 1997, 8, p.787 nota di BADINI CONFALONIERI; *Giur. It.*, 1997, I,1, 1558; *Nuova Giur. Civ.*, 1998, 1, 24 nota di SCORZA. Sul punto si veda comunque l'evoluzione giurisprudenziale riportata nel paragrafo precedente in materia di cessione di crediti futuri.

⁷¹⁹ V. GUERRIERI G., *op. cit.*, p. 113.

⁷²⁰ "Il curatore del fallimento del cedente può recedere dalle cessioni stipulate dal cedente, limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa". I crediti devono comunque essere ancora esistenti, pertanto non può essere in alcun modo esercitata la facoltà di recesso laddove i crediti futuri si siano estinti in automatico con la dichiarazione di fallimento perché correlati all'esistenza e alla continuazione dell'attività di impresa, cfr. PATTI A., *op. cit.*, p. 1672.

l'organo della procedura liquidativa è comunque tenuto a restituire al cessionario il corrispettivo (pagato dal cessionario al cedente per le cessioni) in prededuzione⁷²¹.

Stante il silenzio della norma, dovrebbe dedursi che anche in caso di recesso – così come in quello di scioglimento – non si è necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori.

Tale atto di scioglimento del vincolo, benché intercorrente esclusivamente tra curatore e cessionario, ha delle ripercussioni anche nella sfera giuridica del debitore ceduto. Quest'ultimo, infatti, sarà tenuto ad adempiere nuovamente nei confronti del cedente (c'è stata una ulteriore modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio). L'automaticità del ri-trasferimento va però coordinata con l'immanente principio di buona fede. Il debitore, infatti, può confidare nella preesistente titolarità del credito e adempiere nelle mani del cessionario. Pertanto, il curatore dovrà comunicargli l'avvenuto recesso in analogia con quanto previsto dall'art. 1264 cc.

Laddove sia insolvente, invece, il debitore ceduto, il *factor* potrà insinuarsi nel passivo per i crediti oggetti di cessione. Tra *factor* e debitore, infatti, generalmente non intercorre alcun rapporto contrattuale (come già visto il negozio di cessione è sufficiente che intercorra tra il primo e il cedente. Il curatore potrà al massimo agire per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto-base (invece che dei singoli pagamenti)⁷²².

C'è però il rischio che, a seguito della liquidazione del patrimonio, i crediti vantati non vengano soddisfatti integralmente. Il *factor*, se la cessione era *pro solvendo*, potrà allora rivolgersi per il residuo sul cedente.

A conclusioni diverse invece deve giungersi nel caso in cui il contratto di *factoring* sia assimilabile al mandato⁷²³ o sia prevalente la funzione di finanziamento⁷²⁴.

⁷²¹ In prededuzione perché il curatore agisce nelle vesti di contraente e quindi la restituzione andrebbe collocata tra i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento ex art. 111 l. fall., cfr. GUERRIERI G., *op. cit.*, p.190 e BUSSANI M., INFANTINO M., *Cessione del credito e factoring*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 462.

⁷²² Per approfondimenti: GUERRIERI G., *op. cit.*, p. 98.

⁷²³ “L'art. 78 comma 2 prevede lo scioglimento del contratto in caso di insolvenza e procedura concorsuale a carico del mandatario (e quindi del factor). Il curatore, poi, dovrà retrocedere le cessioni e richiedere indietro le anticipazioni e i pagamenti effettuati. Il mandante, invece, potrà insinuarsi nel passivo nel caso in cui il factor abbia incassato delle somme relative a crediti non retrocessi. Durante la vigenza della precedente versione della disciplina dei contratti pendenti la giurisprudenza riteneva che in caso di mandato "in rem propriam", ossia conferito anche nell'interesse del mandatario (o di terzi), il principio di cui all'art.1723, secondo comma, cod. civ. - che ne prevede la non estinzione per morte o incapacità del mandante – poteva trovare applicazione in via analogica solo in caso di fallimento del mandante, e non anche del mandatario (non potendosi per tale circostanza ritenere derogata la regola generale dell'estinzione automatica, posta dall'art. 78 legge fall., nel testo, "ratione temporis" vigente, anteriore al d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5)”, Cfr., Cass. 16 giugno 2011, n. 13243, in *Fallimento*, 2011, 11, p. 1309 nota di CATALDO. Se, invece, dovesse essere dichiarato insolvente il fornitore, il curatore ha nuovamente la possibilità di decidere se subentrare o meno nel contratto, con tutte le conseguenze che ne derivano in base alla scelta effettuata. Per approfondimenti si consulti: INZITARI B., *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, CEDAM, 2000, p. 525 ss.

⁷²⁴ Non sembra applicabile la speciale disciplina della locazione finanziaria ex art. 72 quater, pertanto si applicherà quella ordinaria e generale. Parte della dottrina ritiene che in questi casi il contratto non possa più considerarsi pendente, in quanto il *factor*/finanziatore ha integralmente eseguito la sua prestazione, cfr. PATTI A., *op. cit.*, p.1673.

2.3.3. *La delegazione di debiti futuri*

Il rapporto tra delegazione, espromissione e acollo e le procedure concorsuali è “*antitetico*”, in quanto le prime sono state previste e disciplinate dal legislatore per estinguere più velocemente il debito nei confronti del delegatario/espromissario/accollatario, mentre la seconda mira a tutelare allo stesso modo tutti i creditori⁷²⁵.

In caso delegazione e di insolvenza del delegante, l’articolo da cui partire è il 1270, comma 2, cc secondo il quale il delegato può assumere l’obbligazione o eseguire il pagamento anche dopo la sopravvenuta incapacità del delegante. Il problema che si pone in questo caso è il seguente: il pagamento da parte del terzo è in grado di alterare la *par condicio creditorum*?

Bisogna distinguere l’ipotesi in cui alla data della dichiarazione giudiziale il delegato che si obbliga a pagare il debito abbia già accettato l’incarico (lo *iussum*) o meno e se si sia poi obbligato o abbia adempiuto nei confronti del creditore.

Laddove non abbia ancora accettato l’incarico si contrappongono diverse tesi.

Secondo parte della dottrina non si può parlare neanche di delegazione⁷²⁶. La giurisprudenza, invece, ha parlato di “*perdita di efficacia*” della stessa⁷²⁷.

Un’altra corrente dottrinale equipara la delegazione al contratto di mandato e opta per l’applicazione dell’art. 78 l. fall⁷²⁸. Tuttavia è stato obiettato che la soluzione non può essere ricercata all’interno della disciplina delle sorti del contratto gestorio in caso di liquidazione giudiziale. È sufficiente applicare i criteri generali in materia concorsuale. Infatti, dopo la dichiarazione giudiziale, tutte le obbligazioni non possono essere assunte che dal curatore.

⁷²⁵ Per approfondimenti si veda GRECO P., voce *Delegazione*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960, p. 349.

Recentemente è stato posto in dottrina il seguente interrogativo: può il fideiussore o il coobbligato in solido insinuarsi “con riserva” per il proprio credito, prima ancora di aver pagato? La giurisprudenza, inizialmente possibilista, a partire dal 2008 ha affermato che il coobbligato prima dovrebbe effettuare il pagamento e solo successivamente potrebbe surrogarsi nei diritti del creditore garantito. In realtà è stato sostenuto che sarebbe più opportuno riconoscergli la possibilità di insinuarsi nel passivo anche prima di aver adempiuto (oltre alla possibilità di surrogarsi). In particolare “*la pretesa di rivalsa — anche se nasce da una solutio successiva al fallimento — può essere qualificata (se ci si riporta al momento dell’apertura del concorso) come un credito futuro, da insinuare al passivo “con riserva”*”, cfr. TERRANOVA G., *Fideiussore e coobbligati in solido nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, I, 2017, p. 5.

⁷²⁶ Cfr. GIACOBBE G., *La delegazione*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1992, p. 55.

⁷²⁷ Si veda Cass., 22 giugno 1994, n. 5963, in *Giust. Civ.*, 1995, I, p. 1039; *Fallimento*, 1995, p. 155: “*lo sconto di tratta non accettata deve essere qualificato come “delegatio promittendi”, e non come anticipazione di danaro da parte della banca contro il trasferimento del credito di provvista nei confronti del trattario, trasferimento la cui prassi generalizzata (che deve essere stata provata) opererebbe soltanto tra il traente e la banca e non consentirebbe l’esatta individuazione dell’oggetto della cessione; consegue che il fallimento del traente, successivo allo sconto ed anteriore all’accettazione o al pagamento da parte del trattario, determina l’acquisizione alla massa del credito del traente nei confronti del trattario, con conseguente legittimazione del curatore all’azione causale nei confronti del trattario stesso*”.

In questo caso se il delegatario ha comunque ricevuto un pagamento sarà tenuto a restituirlo, cfr. PELIZZI G.L., *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del “iussum”*, in *Riv.dir.civ.*, 1958, II, p. 556. Il delegato che ha adempiuto senza prima accettare non è liberato, cfr. BIANCA C.M., *L’obbligazione*, cit., p. 661 (nota 101).

⁷²⁸ V. PROVINCIALI R., *op. cit.*, p. 155. Per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali più puntuali in merito ai sostenitori di tale tesi si veda: PELIZZI G.L., *op. cit.*, p. 559, nota 16.

Se non c'è stata ancora assunzione o pagamento al momento della dichiarazione giudiziale, ma lo *iussum* sia stato accettato, il delegatario non potrà più ricevere il pagamento da parte del delegato. Quest'ultimo è un atto comunque imputabile al soggetto insolvente, il quale ha subito gli effetti patrimoniali derivanti dalla dichiarazione giudiziale (spossessamento e la conseguente perdita dei poteri di amministrazione del patrimonio)⁷²⁹. Tale assunto non è pacifico in dottrina vista l'autonomia che può assumere il rapporto delegato – delegatario. Inoltre alcuni autori ritengono che anche in questo caso la delegazione rimanga valida e non si estingua⁷³⁰.

In caso di *delegatio promittendi* e dichiarazione di insolvenza prima del pagamento, si pone altresì il problema di stabilire se l'adempimento successivo estingua l'obbligazione derivante dal rapporto di provvista.

In linea generale è stato sostenuto in dottrina che se la delegazione è liberatoria e il creditore ha accettato, l'estinzione del rapporto debito-credito tra delegante e delegato è immediata e - essendo precedente alla procedura - è efficace⁷³¹. Tuttavia questo ragionamento è valido quando oggetto del rapporto di provvista sia un diritto presente e non futuro. Infatti, se il delegato ha assunto un debito in funzione di una successiva estinzione con una futura obbligazione con il delegante, il rapporto rimane ancora in piedi. Dovrà quindi insinuarsi nel passivo al pari di tutti gli altri creditori⁷³².

Se, invece, la delegazione era cumulativa, il pagamento successivo dovrebbe considerarsi inefficace ai sensi dell'art. 44 l. fall.

Laddove il delegato abbia già adempiuto alla data di dichiarazione di insolvenza, egli sarà liberato se al contempo rivestiva la qualifica di debitore sulla base di un precedente rapporto di provvista.

Deve precisarsi che trattandosi di debito futuro, nel caso in cui il diritto non venga ad esistenza si estinguerà l'obbligazione del delegato di assumere il debito del delegante.

Si rileva, comunque, un aspetto problematico ai fini della procedura concorsuale: il debito del delegatario non è pagato con moneta fallimentare. Pertanto potrebbero sussistere i presupposti per l'azione revocatoria *ex art. 67 l. fall*⁷³³.

Secondo la giurisprudenza, infatti, i mezzi normali di pagamento di estinzione del debito, diversi dal denaro sono soltanto quelli comunemente accettati nella pratica commerciale in sostituzione dello stesso, come gli assegni circolari e bancari ed i vaglia cambiari. È, quindi, qualificabile come mezzo

⁷²⁹ In dottrina, ROLLI R., *Della delegazione*, in GABRIELLI E. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, UTET, 2013, p. 855. In giurisprudenza, Cass., 21 gennaio 1970 n.122, in *Giur. It.* 1970, I, 1, p. 1046.

⁷³⁰ Nel senso che il fallimento non estingue lo *iussum*: GIACOBBE G., *op. cit.*, p. 52; MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario UTET*, Torino, 1982, p. 568; BIGIAMI W., *La delegazione*, Padova, CEDAM, 1940, p. 210.

⁷³¹ Di questo avviso CANTILLO M., *Le obbligazioni*, III, Torino, UTET, 1992, p. 1254.

⁷³² In questo senso in dottrina: GRECO P., *op. cit.*, p. 349; ROLLI R., *op. cit.*, p. 852; BIANCA C.M., *op. cit.*, p. 660; CANTELE V., *Delegazione cumulativa e fallimento del delegato*, in *Fallimento*, 1988, p. 710.

⁷³³ Se però il delegato ha pagato con denaro proprio (e non riesce a rivalersi sul fallito) l'atto non arreca alcun pregiudizio alla massa dei creditori e dunque sarebbe irrevocabile (così PORTALE G.B., *Delegazione "allo scoperto" e revocatoria fallimentare*, in *Giust. Civ.* 1984, II, p. 451 ss. e BOTTIGLIERI E., voce *Delegazione*, in *Enc. Treccani*, X, 1988, p. 24 ss.).

anormale idoneo a ledere la *par condicio creditorum*, una delegazione che il debitore abbia posto in essere allo scopo di estinguere la preesistente obbligazione pecuniaria, già scaduta ed esigibile⁷³⁴.

Il delegatario in questo caso, una volta restituito quanto pagato dal delegato, potrà insinuarsi nel passivo⁷³⁵.

L'atto da revocare è la delegazione è sicuramente il pagamento o l'assunzione del debito nei confronti del delegatorio da parte del cedente⁷³⁶.

Se la dichiarazione di insolvenza investe il delegato e si tratta di una delegazione liberatoria, ossia il delegatario ha già liberato il delegante, il creditore non potrà più richiedere l'adempimento a quest'ultimo e dovrà insinuarsi nel passivo. Tuttavia ai sensi dell'art. 1274 c.c. se il delegato era già insolvente al tempo in cui assunse il debito nei confronti del creditore, il debitore originario non è liberato (il cd. caso di reviviscenza dell'obbligazione).

Se, invece, il delegato non abbia ancora accettato l'incarico (non è obbligato anche se c'è il rapporto di provvista, che è e rimane un rapporto diverso da quello che nasce a seguito della stipulazione della delegazione), il curatore non avrà alcun interesse ad assumersi un debito.

Laddove la procedura concorsuale investa il delegatario, secondo la dottrina, l'unico che potrebbe ricevere un pregiudizio sarebbe il delegante nel caso in cui non esista il rapporto di provvista e sia diventato, tramite la delegazione, debitore del primo.

In ogni caso, se non sussiste il rapporto di valuta e l'atto del delegante è animato da uno spirito di liberalità, si pone il problema della disciplina delle liberalità indirette aventi ad oggetto un diritto futuro⁷³⁷.

⁷³⁴ In giurisprudenza *ex multis*: Cass. 23 dicembre 2015, n. 25928 in *Fallimento*, 2016, 12, p. 1380; Cass., 15 luglio 2011, n. 15691 (secondo la quale “non rileva la convinzione del creditore, che risulti consapevole dello stato d'insolvenza dell'obbligato, in ordine alla utilizzazione da parte del “solvens” di denaro proprio”) in *Fallimento*, 2012, 5, p. 621; Cass., 19 luglio 2000, n. 9479, in *Foro It.*, 2001, I, p. 1665 nota di TARZIA; *Fallimento*, 2001, p. 660 nota di GIULIANI.

⁷³⁵ Sul punto cfr. RESCIGNO P., *Delegazione di pagamento e fallimento del delegante*, in *Giur. It.*, 1985, IV, p. 369.

⁷³⁶ Per questo motivo “non ha ragione d'essere il problema della buona fede del delegato, nel senso che se egli conosce il fallimento del delegante non può conteggiare alla massa l'avvenuta prestazione”. *Contra* DISTASO N., *Le obbligazioni in generale*, Torino, UTET, 1970, p. 726.

⁷³⁷ È discusso in dottrina se il divieto *ex art.* 771 c.c. sia comunque applicabile in quanto – anche se non espressamente richiamato dall'art. 769 c.c. – è possibile ritenerla una c.d. “norma materiale” in materia di donazione. Come approfondito meglio nel capitolo II, autorevole dottrina ritiene che laddove attraverso il negozio si produca comunque una liberalità, allo schema negoziale prescelto si applichino le cd. norme materiali della donazione, ossia un “*quelle dettate per la donazione per espressa disposizione di legge o per la ratio propria delle disposizioni stesse*”, cfr. TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. in CARNEVALI U.- MORA A. (a cura di), in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, p. 78. Di conseguenza se la *ratio* dell'art. 771 c.c. è quella di porre un freno alla prodigalità potrebbe essere considerata una norma materiale. Secondo un altro orientamento invece l'art. 771 c.c. sarebbe una norma eccezionale e pertanto non suscettibile di applicazione analogica, cfr. Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596, in *Riv. Notar.*, 2001 nota di GAZZONI; *Corriere Giur.*, 2001, 6, 756 nota di MARICONDA; *Giur. It.*, 2001, 1595 nota di D'AURIA; *Nuova Giur. Civ.*, 2001, 1, 679 nota di RINALDI; *Nuovo Dir.*, 2001 nota di SANTARSIERE; *Nuove Leggi Civili*, 2001, 943 nota di SANTARSIERE; *Notariato*, 2001, 5, 454 nota di LOMONACO; *Giust. Civ.*, 2002, 1, 471; *Riv. Notar.*, 2002, 404 nota di VISALLI.

2.3.4. *L'accollo e l'espromissione di debito futuro*

Ai fini del presente lavoro rileva esclusivamente la figura dell'accollo esterno, con riferimento alla quale si era aperto e poi risolto positivamente il dibattito in ordine alla deducibilità di un debito futuro. Pertanto la procedura concorsuale deve intervenire quando ormai il fenomeno di assunzione del debito ha assunto efficacia esterna con l'adesione del creditore.

Laddove la crisi investa l'accollante e l'accordo abbia ancora valenza interna, secondo la dottrina, l'accollato avrebbe il dovere di impedire il completamento della fattispecie⁷³⁸.

Se, invece, ad essere dichiarato insolvente è l'accollato, l'accollo potrebbe essere portato a conoscenza del creditore, ma in questo caso sorgerebbe il problema di un eventuale intento illecito per alterare la *par condicio creditorum*.

Con riferimento all'accollo di tipo esterno si ripropongono in parte i problemi già esaminati in caso di delegazione di debito futuro e liquidazione giudiziale. Il pagamento da parte dell'accollante è in grado di alterare la *par condicio creditorum* in caso di insolvenza dell'accollato?

La Cassazione ha esaminato, in proposito, il caso di un accollo non allo scoperto (quindi con rapporto di provvista) liberatorio ed ha affermato che tale adempimento è idoneo a soddisfare un creditore fuori dai principi che regolano la procedura di liquidazione (con risorse provenienti dal soggetto insolvente, ancorché per il tramite di un terzo che si rivale nei suoi confronti). Si tratta, quindi, di un atto suscettibile di essere oggetto di revocatoria fallimentare. Ciò che conta, affermano i giudici è “non è l'ordine in cui si succedono i singoli atti con i corrispondenti specifici effetti estintivi delle obbligazioni, bensì l'effetto finale della complessiva operazione, risultante dal collegamento dei singoli atti, e le sue caratteristiche”⁷³⁹.

Nel caso l'adesione del terzo sia intervenuta in un momento precedente all'insolvenza e l'accollante non abbia ancora pagato, si può estendere anche a questo caso il discorso fatto in merito alla delegazione.

Laddove l'accollatario, con l'adesione, abbia liberato l'accollato, si è già verificata l'estinzione del rapporto di provvista e il pagamento non rileva a tal fine. Sempre però che la futurità riguardi solo il debito futuro nei confronti dell'accollatario e non investa anche il rapporto di provvista. Se, infatti, l'accollante ha assunto il debito futuro in ragione di una estinzione di un altrettanto futuro debito nei confronti dell'accollato, allora il rapporto di provvista non potrà estinguersi nonostante la liberazione. Se l'accollo è cumulativo, il successivo pagamento potrebbe essere dichiarato inefficace nei confronti degli organi del fallimento *ex art. 44 l. fall.*

⁷³⁸ Il debitore originario è legato da un rapporto fiduciario con il creditore, così RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 206.

⁷³⁹ Cfr. Cass., 4 maggio 2012, n. 6795 in *Fallimento*, 2013, 2, p. 239; Cass., 25 luglio 2006, n. 16973 in *Impresa*, 2006, 12, p. 1872; *Fallimento*, 2007, 2, p. 215.

In caso di mera insolvenza dell'accollante (magari non ancora dichiarata con sentenza) e acollo liberatorio, la dottrina si è interrogata sull'applicabilità dei commi primo e secondo dell'art. 1264 c.c.. Il codice civile prevede che se quest'ultimo era già insolvente nel tempo in cui assunse il debito nei confronti del creditore il debitore originario non è liberato. Qualora, invece, la crisi si verifichi in un momento successivo, il creditore non ha azione contro di lui, salvo che non ne abbia fatto espressa riserva (quest'ultima facoltà è comunque negata all'accollatario se è stato lui stesso a fornire il nome dell'accollante o se conosceva lo stato di insolvenza)⁷⁴⁰.

In realtà è stato precisato che la disciplina di cui sopra è applicabile ai rapporti di natura meramente negoziale e non in caso di procedure concorsuali⁷⁴¹.

Se l'accordo non era giustificato da un rapporto di provvista (o il credito futuro non sia mai venuto ad esistenza) e l'accollante abbia già adempiuto, quest'ultimo ha diritto ad insinuarsi nel passivo per il soddisfacimento del suo credito.

In relazione, invece, all'espromissione di debito futuro non si rinviene alcun precedente giurisprudenziale. La Cassazione è orientata nel senso di negarne l'ammissibilità. In caso di obbligazioni altrui non ancora sorte - secondo i giudici - si ha una garanzia personale (una fideiussione e non un'espromissione)⁷⁴².

Come già ampiamente argomentato, la soluzione sopra indicata non appare dogmaticamente corretta. Tra i due negozi si riscontra una diversa funzione (assunzione del debito, garanzia del debito), un diverso oggetto (il debito originario, la garanzia dell'adempimento del debito originario) nonché diverse caratteristiche (parziale autonomia, accessorialità).

Essendo il debito futuro si pone il problema della individuazione del creditore. Laddove lo stesso sia determinato o determinabile sarà possibile concludere il contratto oneroso di espromissione, se liberatoria, oppure un contratto con obbligazioni del solo proponente *ex art. 1333 c.c.*

In caso di dichiarata insolvenza dell'espromesso si applicano, comunque, gli ordinari criteri in materia concorsuale. Se il terzo ha già effettuato il pagamento, questi è liberato in caso di rapporto di provvista (se era quindi debitore del primo). Mentre in caso di mancanza del rapporto obbligatorio preesistente, l'espromittente avrà diritto di insinuarsi nel passivo.

⁷⁴⁰ In dottrina si vedano RESCIGNO P., *op. cit.*, p. 128 (solo nel caso in cui ci sia la condizione liberatoria) e BIGIAMI W., *La delegazione*, Padova, CEDAM, 1940, p. 40.

⁷⁴¹ Cfr. GIACOBBE N., *L'acollo*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1992, p. 117.

⁷⁴² "Il presupposto giuridico imprescindibile dell'espromissione è la sussistenza di un'obbligazione altrui, precedente all'assunzione da parte dell'espromittente. Essa, pertanto, non può avere ad oggetto un debito non ancora sorto. In mancanza di tale presupposto potrà aversi non estromissione, ma assunzione di un'obbligazione di garanzia per futuri possibili debiti dell'obbligato", cfr. Cass., 10 novembre 2008, n. 26863, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 1, 6 nota di RUBINO.

Trattandosi di un atto con il quale un creditore viene soddisfatto attraverso un mezzo anormale di pagamento (l'adempimento di un terzo), il curatore potrà agire in revocatoria per far dichiarare l'inefficacia del negozio.

3. Il concordato preventivo e i contratti ad oggetto futuro

Nella versione originaria della legge fallimentare, fino alle modifiche recenti, la mancanza di una disciplina specifica relativamente ai contratti pendenti, unita al fatto che il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa durante la procedura *ex art. 167 l. fall.*, inducevano la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a ritenere che i contratti in corso non subissero alcuna incisione all'apertura del concordato.

Si trattava, ovviamente di una lacuna normativa che doveva in qualche modo essere riempita. La pendenza di alcuni contratti, infatti, poteva ostacolare la ripresa dell'attività e quindi frustrare le finalità e gli obiettivi perseguiti con la richiesta di concordato. Per questo motivo, secondo la Cassazione, era opportuna una valutazione sull'attitudine del contratto ad alterare la situazione patrimoniale oggetto della proposta di concordato (nel disegno complessivo)⁷⁴³.

La soluzione era tutt'altro che agevole. Dottrina e giurisprudenza erano state chiamate ad operare un bilanciamento tra tre interessi confliggenti: quello del contraente *in bonis* alla prosecuzione del contratto; quello dei creditori a non subire i costi di prosecuzione dello stesso e quello dell'impresa concordataria a realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti⁷⁴⁴.

Il quadro, quindi, era complesso e le scelte in ordine alla sorte dei negozi potevano avere rilevanti ricadute patrimoniali.

Una delle soluzioni prospettate è stata quella dell'applicazione di un meccanismo analogo a quello *ex art. 72 l. fall.* Ma mentre nella procedura di liquidazione la scelta è rimessa ad un organo specificamente individuato (il curatore), in caso di concordato attribuire un simile potere al debitore poteva portare a risultati non ottimali (non sempre quest'ultimo poteva essere animato da interessi compatibili con quelli dei creditori)⁷⁴⁵.

Una parte della dottrina aveva tentato di sopperire a tale lacuna attraverso il ricorso al meccanismo dell'autorizzazione del giudice delegato *ex art. 167 l. fall.*, previsto per gli atti di straordinaria amministrazione posti in essere in costanza di procedura e correlati a negozi sorti dopo l'ammissione. In caso di negata autorizzazione da parte del giudice, il debitore poteva sciogliersi dal contratto. In

⁷⁴³Cfr. Cass., 18 febbraio 1999, n. 1357, in *Fallimento*, 1999, 9, p. 1018

⁷⁴⁴ Si consulti sul punto: FABIANI M., *Fallimento e concordato preventivo*, II, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 487.

⁷⁴⁵ In dottrina hanno escluso l'applicabilità dell'art. 72 l. fall.: BONSIGNORI A, INZITARI B., *Amministrazione controllata*, in *Comm. Scialoja-Branca alla legge fallimentare, sub art. 187 - 193*, Bologna, Zanichelli, 1992, p. 110; FABIANI M., *op. cit.*, p. 484; SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996, p. 490; VASELLI M., voce *Concordato preventivo*, in *Enc. dir.*, VII, 1961, p. 513.

capo al contraente *in bonis* sorgeva, in tal caso, un credito di natura risarcitoria⁷⁴⁶. Tuttavia l'autorizzazione di cui trattasi è stata concepita dal legislatore con riferimento agli atti sorti in un momento successivo.

Di conseguenza, di norma, i contratti pendenti continuavano nonostante il concordato preventivo, con possibili rallentamenti della procedura.

Nel 2012, il legislatore è finalmente intervenuto introducendo nella legge fallimentare l'art. 169 *bis*. La norma in questione porta con sé una novità importante: è stata attribuita al debitore la facoltà di sciogliersi dai contratti pendenti, con la partecipazione del giudice delegato per meglio individuare quali negozi siano o meno funzionali alla prosecuzione dell'attività di impresa e quali siano invece un ostacolo al processo di ri-organizzazione di quest'ultima.

Si tratta di un diritto potestativo di scioglimento funzionalizzato alla migliore valorizzazione dei beni e dei rapporti aziendali, il cui esercizio comunque non può prescindere dall'autorizzazione del giudice delegato o del Tribunale. Il comma 4 dell'art. 169*bis* enumera i contratti sottratti al potere di scelta del debitore. I rapporti di lavoro subordinato, quelli *ex art. 72*, comma 8 (preliminari trascritti di vendita di immobili destinati a costituire l'abitazione principale o la sede principale dell'impresa dell'acquirente), *ex art. 72 ter* (i finanziamenti destinati ad uno specifico affare), *ex art. 80*, comma 1 (locazione di immobili) l. fall. non possono essere sciolti.

L'intervento dell'organo della procedura è posto a garanzia di un più equo bilanciamento tra gli interessi in gioco, sempre in funzione, comunque, della fattibilità del piano⁷⁴⁷. Deve valutare innanzitutto la compatibilità dello scioglimento del contratto in relazione agli interessi dei creditori e non può non tenere conto dei diritti del contraente *in bonis* e della volontà del debitore di non voler più continuare il rapporto (il Tribunale o il giudice delegato decidono con decreto motivato “*sentito l'altro contraente*” e “*assunte, ove occorra, sommarie informazioni*”)⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ In caso di liquidazione giudiziale non può sorgere in realtà alcun credito di natura risarcitoria perché il fallimento non può essere equiparato ad un inadempimento. Secondo altri autori invece il diritto al risarcimento non potrebbe sorgere in quanto il non adempimento conseguente alla volontà degli organi della procedura di sciogliersi dal contratto potrebbe essere assimilato all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile alla parte *ex art. 1256 c.c.* che esclude il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*. Il credito conseguente al mancato adempimento cui ha diritto la parte *ex art. 72*, comma 4, l. fall. non sarebbe altro che la restituzione cui la parte liberata è obbligata nel caso in cui abbia eventualmente ricevuto la controprestazione, secondo le regole ordinarie del codice civile (deve insomma restituire quanto ricevuto secondo le regole ordinarie della ripetizione dell'indebitito).

⁷⁴⁷ Si vedano FIMMANÒ F., *Contratti in corso di esecuzione*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Totino, UTET, 2014, p. 206 e BENASSI F., *Contratti pendenti nel concordato preventivo: natura cautelare e precaria della sospensione e audizione del contraente*, in *Dir. fall.*, 2016, 1, p. 141.

DIMUNDO A., *Il ruolo dei contratti pendenti nella formazione di un piano fattibile nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2016, 10, p. 1093 ritiene che si tratti di un controllo di merito da parte dell'organo fallimentare. Ciò sarebbe confermato dall'indicazione nella legge delega per la riforma del diritto fallimentare, la quale all'art. 6, comma 1 lett. e) prevede che il governo determini i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso.

⁷⁴⁸ FABIANI M., *op. cit.*, p. 496.

Tuttavia non può negarsi come, nell'ambito del concordato, sia stata valorizzata l'autonomia contrattuale del soggetto debitore nella elaborazione della proposta (la quale include le valutazioni in ordine alla sorte dei contratti pendenti, vista la loro incidenza sulla buona riuscita del piano in termini di costi e risorse).

Di norma, dunque, gli stessi continuano ad essere validi ed efficaci, salvo la decisione di scioglimento adottata attraverso il meccanismo di cui sopra.

Il contraente *in bonis* non può utilizzare gli ordinari strumenti civilistici per provocare lo scioglimento del rapporto (come la clausola risolutiva espressa) perché, come già accennato, la scelta di mantenerlo in vita non è frutto di un'intento egoistico del debitore (cui è attribuita una posizione di vantaggio), ma di una ponderata valutazione del negozio rispetto al disegno complessivo concorsuale. Egli può, comunque, agire in via di autotutela *ex art. 1461 c.c.* e sospendere il suo adempimento⁷⁴⁹.

Prima del d.l. 27 giugno 2015, n.83 si era acceso in dottrina un dibattito in ordine alla nozione di contratto in corso di esecuzione. L'art. 169 *bis* infatti, diversamente dall'art. 72 l. fall. non parlava di “*rapporti pendenti*” (contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti), ma più in generale di “*contratti in corso di esecuzione*”, tanto che poteva esser letto in senso più ampio, tale da coinvolgere altresì in contratti unilaterali non ancora eseguiti.

Il legislatore ha aderito alla tesi restrittiva, incline a riconoscere al tale locuzione la stessa estensione che le è stata riconosciuta in ambito fallimentare⁷⁵⁰.

Inoltre è stato codificato il diritto per il contraente *in bonis* al ristoro per il danno subito a causa dell'esercizio del diritto summenzionato. La liquidazione non va eseguita attraverso l'applicazione delle norme previste in materia di risarcimento del danno (art. 1223 e ss c.c.)⁷⁵¹. Si tratta di un indennizzo (la fonte è infatti un atto lecito), da estinguersi con moneta concordataria, nei modi e nei tempi previsti, dunque, per la liquidazione dei beni e dei rapporti.

Con riferimento ai contratti ad oggetto futuro si richiamano in parte le riflessioni maturate nell'ambito della liquidazione giudiziale.

⁷⁴⁹ Si veda sul punto FABIANI M., *op. cit.*, p. 510.

⁷⁵⁰ Così DIMUNDO A., *op. cit.*, p. 1090: a tale enunciato deve essere dato lo stesso significato che lo stesso ha sempre avuto (presunzione di continuità dell'ordinamento giuridico).

⁷⁵¹ Prima dell'intervento legislativo si era aperto in dottrina un dibattito sulla natura del credito di risarcimento danni derivante dallo scioglimento di un contratto pendente. Laddove, infatti, lo stesso fosse sorto successivamente all'apertura della procedura e “*in occasione della stessa*”, la soluzione obbligata dall'art. 111 l. fall era quella di considerarlo prededucibile. Per questo la Cassazione a Sezioni unite aveva affermato in termini generali che “*la dichiarazione del curatore - ai sensi del comma 2 dell'art. 72 l. fall. - di scioglimento dal vincolo contrattuale agisce su di esso caducandolo fin dall'origine, con la conseguenza che il credito restitutorio per le attribuzioni patrimoniali [..] in forza di quel contratto, non può reputarsi inerente ad un'obbligazione nascente dalla stessa dichiarazione del curatore e nemmeno dalla dichiarazione di fallimento, ma è relativo ad un'obbligazione che trova il suo fatto genetico nel venir meno della giustificazione contrattuale dell'attribuzione patrimoniale fin dal momento della sua esecuzione*”. La logica conseguenza era che il credito, collocandosi temporalmente in una fase precedente, era compensabile (e considerato, quindi, di natura concorsuale), cfr. Cass., 2 novembre 1999, n. 755, in *Fallimento*, 2000, 5, 524 nota di PANZANI.

Saranno pendenti quelli perfetti ed opponibili alla massa *ex art. 45 l. fall.* Di conseguenza, ad esempio, per l'opponibilità della cessione di crediti futuri alla procedura di concordato preventivo è sufficiente la notifica o l'accettazione della cessione stessa con atto avente data certa anteriore alla domanda di concordato (salvo che si tratti di crediti eventuali)⁷⁵².

Dal punto di vista funzionale il rapporto non deve essere esaurito, altrimenti si ricade nell'ambito della disciplina dei singoli crediti o debiti (pertanto non sono ricompresi quelli unilaterali o quelli in relazione ai quali una delle parti abbia interamente adempiuto prima della procedura di concordato). Gli stessi di regola proseguiranno anche nell'ambito della procedura concorsuale *de quo*, salvo richiesta di scioglimento da parte del debitore a autorizzazione da parte dell'organo fallimentare.

La legge delega per la riforma del diritto della crisi di impresa ha previsto che il Governo debba integrare la disciplina dei provvedimenti che riguardano i rapporti pendenti. L'intervento legislativo sarà a tutto campo, in quanto avrà ad oggetto i presupposti della sospensione e dello scioglimento dei contratti indicati dal debitore (ad esempio gli effetti, la decorrenza e la durata della prima), il procedimento, il ruolo del commissario giudiziale e i criteri di quantificazione per l'indennizzo (oltre che l'organo competente).

Nulla è stato previsto nel d.l. Banche in relazione alla sorte del nuovo pegno non possessorio a seguito della richiesta di concordato preventivo. Parte della dottrina aveva quindi ipotizzato l'applicazione del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore *ex art. 168 l. fall.* (il creditore non può dunque agire in via di autotutela attraverso gli strumenti previsti dal comma 7⁷⁵³). In realtà la legge delega per la riforma dello stato di crisi dell'impresa sembra non limitare la possibilità di escussione della garanzia in via di autotutela. L'art. 11, infatti, si esprime in termini generali.

⁷⁵² Si rimanda al paragrafo dedicato all'analisi della cessione dei crediti futuri e la liquidazione giudiziale.

⁷⁵³ In questi termini MURINO F., *op. cit.*, p. 231, il quale ritiene che ciò si possa dedurre oltre che dal silenzio legislativo anche dal mancato richiamo dell'art. 53 l. fall. nell'ambito del concordato preventivo. I creditori muniti di pegno sono destinatari della proposta di concordato e il loro diritto sulla cosa viene stemperato per essere assorbito nel piano, cfr. anche Cass., 16 aprile 1996, n. 3588, in Fall., 1996, p. 1189 con nota di NALDINI

Bibliografia

Monografie

- ALPA G., MARTINI R., *Oggetto e contenuto*, in Tratt. Bessone, Il contratto in generale, XIII, 3. Torino, 1999;
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010;
- ASTONE A., *Il trasferimento del credito, artt. 1260-1267*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2014;
- AUCIELLO A., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2000;

- BALBI G., *Il contratto estimatorio*, Torino, UTET, 1960;
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, Giuffrè, 1964;
- BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971;
- BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1027-1099*, Bologna-Roma, 1979;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1955;
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA A./BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1967;
- BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1993;
- BIANCA C.M., *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994;
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, vol. VII, Torino, UTET, 1972;
- BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1993;
- BIGIAMI W., *La delegazione*, Padova, CEDAM, 1940;
- BIGLIAZZI GERI L., BUSNELLI F.D., BRECCIA U., NATOLI G., *Diritto civile. 1.2: Fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1986;
- BIONDI B., *I Beni*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, vol. IV, Torino, UTET, 1953;
- BIONDI B., *Le donazioni*, in VASSALLI F. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1961;
- BONILINI G. (a cura di), *Delle donazioni*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. del cod. civ.*, UTET, Torino, 2014;

- BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 8^a ed., Torino, 2016;
- BONSIGNORI A, INZITARI B., *Amministrazione controllata*, in *Comm. Scialoja-Branca alla legge fallimentare, sub art. 187 - 193*, Bologna, Zanichelli, 1992;
- BUSSANI M., INFANTINO M., *Cessione del credito e factoring*, Milano, Giuffrè, 2006;

- CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994;
- CAGNASSO O., PANZANI L., *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, Torino, UTET, 2017;
- CALVO R., *La formazione del contratto, oggetto ed effetti in generale*, Padova, CEDAM, 1994
- CALVO R., *La vendita*, Vol. III/1, Torino, Zanichelli, 2016;
- CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, UTET, 2015;
- CANTILLO M., *Le obbligazioni*, III, Torino, UTET, 1992;
- CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, vol. I, Milano Giuffrè, 1988;
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, II, Milano, Giuffrè, 2015;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile. III, Le obbligazioni in generale*, Roma, DIKE, 2011;
- CARNEVALI U., *Le donazioni*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di dir. Priv.*, 6, Torino, UTET, 1982;
- CARPINO B., *La rescissione del contratto, Artt. 1447-1452*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2000;
- CARRESI F., *Il comodato*, Torino, UTET, 1957;
- CAUTADELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966;
- CENNI D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, CEDAM, 1998;
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, Giuffrè, 1990;
- CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 1998;
- CORRADO R., *I contratti di borsa*, Torino, UTET, 1960;

- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, CEDAM, 1962;
- DELFINI F., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2003;
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, CEDAM, 1974;
- DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2015;
- DI GRAVIO V., *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Torino, Giuffrè, 1989;

- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1997;
- DIMUNDO A., PATTI A., *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, Giuffrè, 1999;
- DISTASO N., *Le obbligazioni in generale*, Torino, UTET, 1970;

- FABIANI M., *Fallimento e concordato preventivo*, II, Bologna, Zanichelli, 2014;
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941;
- FAVA P., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012;
- FERRARA F., BORGIOLO A., *Il fallimento*, I, Milano, Giuffrè, 1995;
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966;
- FERRI G.B., D'ORAZI-FLAVONI M., *Della trascrizione immobiliare*, 2 ed., in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1964;
- FIMMANÒ F., *Contratti in corso di esecuzione*, in NIGRO A., SANDULLI M., SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, UTET, 2014;
- FINAZZI G., *La cessione del credito*, in ALESSI, MANNINO (a cura di), *La circolazione del credito*, I, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da Garofalo, Talamanca, Padova, CEDAM, 2008;
- FINOCCHIARO G., DELFINI F., *Diritto dell'informatica*, San Mauro Torinese, UTET giuridica, 2014.
- FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano, Giuffrè, 1952;
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in SCHLESINGER P., *Il codice civile commentato*, Milano, Giuffrè, 1999;
- FRAGALI M., *Del comodato, Del mutuo*, in SCIALOJA A. -BRANCA G., *Comm. cod. civ.*, Bologna, Zanichelli, 1953;
- FURGIUELE G., *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974;

- GABRIELLI E., *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., (diretto da), *Gli effetti del fallimento*, III, Torino, Giappichelli, 2014;
- GABRIELLI E., *Il contenuto e l'oggetto*, in GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti in generale*, I, Milano, UTET, 2006;

- GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2015;
- GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974;
- GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, Giappichelli, 2015;
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, CEDAM, 1999;
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile. Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti.*, Padova, CEDAM, 2008;
- GALLI R., *Nuovo corso di diritto civile*, Milano, CEDAM, 2017;
- GALLO P., *Vendita di cose future, Dei singoli contratti*, in (a cura di) GABRIELLI E., *Commentario del codice civile*, Milano, UTET, 2011;
- GAZZARA G., *Vendita obbligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013;
- GENTILE F.S., *La trascrizione immobiliare*, Napoli, Jovene, 1959, p. 246;
- GIACOBBE G., *La delegazione*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1992;
- GITTI G., *Problemi dell'oggetto*, in *Tratt. Roppo*, (a cura di) VETTORI G., II, *Regolamento*, Milano, Giuffrè, 2006;
- GRECO P./COTTINO G., *Della vendita*, in SCIALOJA A./BRANCA G., *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1962;
- GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, Giuffrè, 1954;
- GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in VASSALLI F., *Tratt. dir. civ.*, Torino, UTET, 1937;
- GORLA G., *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1975;
- GUERRIERI G., *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, Milano, Giuffrè, 2002;
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2014;
- GUGLIELMUCCI L., *Sub. art 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, Giappichelli, 2006;

- IEVA M., *Art. 458*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, UTET, 2009;
- INZITARI B., *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, CEDAM, 2000;
- IORIO G., *Corso di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2016;

- JORIO A., *I rapporti giuridici pendenti*, in AMBROSINI S, CAVALLO G, JORIO A., *Il fallimento*, in *Trattato Cottino*, XI, 2, Milano, CEDAM, 2009;
- LAMBRINI P., *Della cessione dei crediti*, in GABRIELLI E., *Comm. dir. civ.*, Milano, UTET, 2013;
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, Giuffrè, 2016
- LUMINOSO A., *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Iudica – Zatti*, Milano, Giuffrè, 1995;
- LUMINOSO A., *La vendita*, in CICU A. – MESSINEO F – MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2014;
- LUMINOSO A., *Vendita, preliminare di vendita e altri contratti traslativi*, in VASSALLI F., LUISO F.P., GABRIELLI E., (diretto da), *Gli effetti del fallimento*, III, Torino, Giappichelli, 2014;
- MAIORCA C., *La cosa in senso giuridico: contributo alla critica di un dogma*, Torino, Edizioni scientifiche italiane, 1937;
- MAIORCA C., *Il pegno su cosa futura e il pegno su cosa altrui*, Milano, Società editrice Librai, 1938;
- MANCINI T., *Cessione dei crediti*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto civile, 9, Obbligazioni e contratti*, Torino, UTET, 1999;
- MASTROPAOLO F., *I contratti reali*, in SACCO R. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, UTET, 1999;
- MEMMO D., *Il consenso contrattuale: le nuove tecniche di contrattazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl.*, diretto da GALGANO F., Padova, CEDAM, 2007;
- MENTI P., *Il contratto estimatorio*, Padova, CEDAM, 1986;
- MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Milano, Giuffrè, 1975;
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 1952;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in CICU F.-MESSINEO F. (diretto da), *Tratt. dir. civ e comm.*, Milano, Giuffrè, 1969;
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario UTET*, Torino, 1982;
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, IV, 2, Torino, UTET, 1987;

- NAPPI F., *Espromissione*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, UTET, 2013;
- NATOLI U., *I contratti reali*, Milano, Giuffrè, 1975;
- NATOLI U., FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti. Trascrizione - Prove*, in *Commentario del Codice Civile*, VI, Torino, UTET, 1971;

- PACCHIONI G., *Corso di diritto civile, Dei contratti in generale*, Torino, Giappichelli, 1933, XI, p. 108;
- PANUCCIO V., *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960;
- PATTI A., *Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in JORIO A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, UTET, 2016;
- PELLEGATTA S., *Unità e pluralità nell'obbligazione solidale passiva*, Torino, Giapichelli, 2016;
- PERLINIGERI P. *Della cessione dei crediti, art. 1260 - 1267*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna, Zanichelli, 1982;
- PERLINGIERI P., *I negozi sui beni futuri*, Napoli, Jovene, 1962;
- PERLINGIERI P., *La cessione dei crediti ordinari e di "impresa"*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1993;
- PETRELLI G., *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, IPSOA, 2005;
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1969;

- RAMELLA A., *La vendita nel moderno diritto*, Milano, Società editrice libraria, 1920, vol. II;
- RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Tratt. Rescigno*, Milano, Giuffrè, 2006;
- RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, Giuffrè, 1958;
- ROLLI R., *Della delegazione*, in GABRIELLI E. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, UTET, 2013;
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011;
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ, a cura di Cicu – Messineo*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1962;
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939;
- RUBINO L., *La responsabilità patrimoniale*, Torino, UTET, 1952;
- RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, Giuffrè, 1956;

- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, UTET, 1975;
- SACCO R., *Il contratto*, Assago, UTET, 2016;
- SALIS L., *La compravendita di cosa futura*, Padova, CEDAM, 1935;
- SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2017;
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1989;
- SATTA S., *Diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 1996;
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321 – 1352*, in SCIALOJA A./BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1970;
- SCOZZAFAVA T., *Il comodato*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Torino, UTET, 1985;
- STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, CEDAM, 2003;

- TRINGALI F., *Le donazioni*, Torino, Giappichelli, 2010;
- TORRENTE A., *La donazione*, II ed. agg. in CARNEVALI U.- MORA A. (a cura di), in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P.), Milano, Giuffrè, 2006;
- TROIANO S., *La cessione dei crediti futuri*, Padova, CEDAM, 1999;

- VALENTINO D., *La circolazione di crediti*, Tratt. Di dir. civ. del C.N.N. diretto da PERLINGERI P., *Le vicende delle obbligazioni, la circolazione del credito e del debito*, III, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007;
- VERDE C., *La circolazione dei crediti futuri*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012;
- VITUCCI P., *I profili della conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1968;

Voci:

- BIONDI B., voce “*Cosa futura*”, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 1022 ss;
- BOTTIGLIERI E., voce *Delegazione*, in *Enc. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 24 ss;
- BRASIELLO U., voce “*Emptio spei*” ed “*emptio rei speratae*” (*diritto romano*), in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 393 ss;

- CANNATA C.A., voce *Oggetto del contratto*, in *Enc. giur.*, XXIX, Milano, 1979, p. 827 ss;
- CHIANALE A., voce *Obbligazioni di durata*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 394;
- CICALA R., voce *Espromissione*, *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 18 ss.
- CICCARELLO S., voce *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 689 ss.;

- DOLMETTA A., voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 315 ss;

- FRAGALI M., voce *Fideiussione*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 346 ss;

- GABRIELLI E., voce *Pegno*, *Digesto*, IV ed., Disc. priv., Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 329 ss;
- GIORGIANNI M., voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 874 ss;
- GRECO P., voce *Delegazione*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960, p. 349 ss;
- GUARNERI A., voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, p. 33 ss;

- IRTI N., voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 806 ss;

- LUMINOSO A., voce *Vendita*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 607 ss;

- MESSINEO F., voce *Contratto*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1961, p. 784 ss;

- OSTI G., voce *Contratto*, in *Nov. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 463 ss.

- PANUCCIO V., voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 846 ss;

- RODOTÀ S., voce *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 782 ss.;

- SCOGNAMIGLIO R., voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. giur.*, III, Varese, Giuffrè, 1959, p. 266 ss.

- VASELLI M., voce *Concordato preventivo*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, p. 509 ss;

- TAMBURRINO G., voce *Comodato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 995:

Articoli dottrina:

- APRILE F., *Legittimità costituzionale dell'art. 72 della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2000, 6, p. 600;
- ATTOLICO B., *Vendita volontaria dei frutti pendenti*, in *Filangieri*, 1905, p. 650;
- BADINI CONFALONIERI A., *Inopponibilità al fallimento della cessione obbligatoria di crediti futuri*, in *Fallimento*, 1997, 8, p. 787;
- BARILLÀ B., *Alcune osservazioni a margine del recepimento legislativo del pegno non possessorio*, in *Corr. Giur.*, 2017, 1, p. 5 ss;
- BENASSI F., *Contratti pendenti nel concordato preventivo: natura cautelare e precaria della sospensione e audizione del contraente*, in *Dir. fall.*, 2016, 1, p. 139 ss;
- BERLIRI L. V., *Appunti sui contratti reali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1932, p. 143 ss;
- BORGOGGIO A., *Le provvigioni passive per la vendita di cosa futura sono deducibili alla conclusione del contratto*, in *Fisco*, 2015, 29, p. 2871 ss.
-
- BOSTICCO P., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di data certa in sede di ammissione dei crediti*, in *Fallimento*, 2013, 8, p. 925;
- BUTERA A., *La vendita dei frutti naturali*, in *Filangieri*, 1903, p. 79 ss;
-
- CALANDRINO R., *L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *NLCC*, 1, 2015, p. 67 ss;
- CAMARDIC., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impr.*, 1998, I, p. 572 ss;
- CANTELE V., *Delegazione cumulativa e fallimento del delegato*, in *Fallimento*, 1988, p. 709 ss.
- CARNEVALI U., *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2016, 5, p. 613;

- CAMILLERI E., *Garanzia per vizi ed impegno del venditore alla riparazione del bene: note critiche a margine di Cass. Sez. Un. N. 13294/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 469 ss;
- CARBONE V., *Donazione traslativa di beni altrui*, in *Corriere Giur.*, 2009, 6, p. 755 ss;
- CARIOTA FERRARA L., *Divisione di cosa futura? (costruzione su suolo comune e divisione anticipata dello stabile)*, in *Riv. giur. edilizia*, 1958, I, p. 676;
- CARINGELLA F., *L'accollo di debiti futuri torna all'attenzione della suprema corte*, in *Corriere Giur.*, 1995, 3, p. 330 ss;
- CATALDO M., *Gli effetti del fallimento del mandatario nel mandato in rem propriam*, in *Fallimento*, 2011, 11, p. 1309 ss;
- CHIRONI G., *Vendita emptio spei e rei speratae*, in *Studi e questioni di diritto civile*, vol III, 1915, p. 156 ss;
- CIAN G., *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 377 ss;
- CIAN G., *Commento alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, Disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 245 ss;
- CIPRIANI N., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 2017, 7, p. 1715 ss;
- CISTULLI F., *Gli effetti della trascrizione della vendita di cosa futura*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 1, p.38 ss;
- CLARICH M. E FIDONE G., *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale dalla p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura*, in *Corriere Giur.*, 2008, 10, p. 1380 ss;
- COVIELLO N., *Del contratto estimatorio*, in *Riv. it. sc. siur.*, 1893, p. 363 ss;

- D'AMICO G., *La categoria dei cc.dd contratti reali "atipici"*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 340 ss;
- D'AURIA M., *Donazione di beni altrui e idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, in *Contratto e Impr.*, 2009, 6, p. 1211 ss;
- DE CRESCIENZO U., *Cessione di azienda e revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2017, 8-9, p. 947 ss;
- DE MARSICO A., *La compravendita di cosa futura*, in *Filangieri* 1911, p. 325 ss;
- DE MARZO G., *Appalto e vendita di cosa futura*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 7, p. 850 ss;

- DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case d'abitazione*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 463 ss;
- DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327 ss;
- DEPETRIS E., *Le Sezioni Unite sull'invalidità della donazione di bene altrui*, in *Contratti*, 2016, 10, p. 877;
- DI MARCO, G.-CAMPIDELLI, S., *Convertito in legge il Decreto Banche: pregi e criticità del pegno mobiliare non possessorio*, in *Quotidiano giuridico*, 30 giugno 2016;
- DIMUNDO A., *Il ruolo dei contratti pendenti nella formazione di un piano fattibile nel concordato preventivo*, in *il Fallimento*, 2016, 10, p. 1089 ss;
- DOLMETTA A., *Appunti sul pegno con clausola di rotatività*, Conferenza al convegno ITA “Dal pegno su strumenti finanziari al pegno sul valore” del 24 ottobre 2001;
- DOLMETTA A.A., PORTALE G.B., *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 76 ss;

- FERRANTE E., *Donazione di cosa altrui: perché “scomodare” le Sezioni Unite?*, in www.dirittocivilecontemporaneo.com, Anno I, Numero II, luglio/settembre 2014.;
- FERRI G.B., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 11;

- GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 529 ss;
- GABRIELLI E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali – una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. It.*, 2017, 7, p. 1715 ss;
- GAZZONI F., *Babbo natale e l'obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1417 ss;
- GAZZONI F., *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. not.*, 2001, p. 454 ss;
- GORLA G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss;
- GRASSO E., *Cessione di credito futuro e fallimento del cedente*, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 338 ss;
- GRECO P., *Questioni in tema di riporto*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II, p. 502 ss;
- GROSSI P., *Sulla “natura” del contratto*, in *Quaderni fiorentini*, 1986, 15, p. 593 ss;

- INZITARI B., *Sentenze d'un anno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 946 ss;
- INZITARI B., *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 306 ss;

- LA MARCA G., *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 1, p. 42 ss;
- LOMONACO A., *La donazione di beni altrui tra nullità e inefficacia*, in *Notariato*, 2001, 5, p. 454 ss;
- LUMINOSO A., *Sulle interferenze tra risoluzione per inadempimento e sospensione, subingresso o scioglimento del contratto ex art. 72 l. fall.*, in *Giur. Comm.*, 1988, II, p. 69 ss;

- MACARIO F., *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo stato dell'arte (di giudicare)*, in *riv. dir. priv.* 2000, p.437 ss;
- MAIMERI F., *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2159 ss;
- MAGLIULO F., *Il problema della validità della donazione di bene altrui*, in *Notariato*, 2009, 5, p. 486 ss;
- MANCINI T., *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1968;
- MARICONDA V., *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, in *Corriere Giur.*, 2001, 6, p. 756 ss;
- MURINO F., *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2, 2017, p. 231 ss;

- ONORATO M., *La donazione di bene altrui*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, 11, p. 839 ss;
- OPPO G., *Note sull'istituzione dei non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, I, p. 66 ss;

- PANZANI L., *Momento genetico della compensazione*, in *Fallimento*, 2000, 5, p. 524 ss;

- PERLINGIERI P., *Interpretazione abrogante dell'art. 2823?*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1968, II, p. 21 ss;
- PERLINGIERI P., *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su "beni futuri"*, in *Diritto della famiglia*, 1977, p. 275 ss;
- PELIZZI G.L., *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del "iussum"*, in *Riv.dir.civ.*, 1958, II, p. 550 ss;
- PENNAROLA C., *Acquisto pro indiviso di un'area per costruzione di edificio condominiale: divisione di cosa futura o concessioni ad aedificandum?*, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, I, p. 461 ss;
- PICCININI V., *L'atto di adesione del creditore all'accollo esterno privativo tra criteri interpretativi e produzione in giudizio dell'accordo*, in *Giur. merito.*, 2011, 10, p. 2366 ss;
- PICCININI V., *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente*, in *Banca borsa tit. cred.* 2008, 5, p. 610 ss;
- PLAIA A., *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Contr. e impr.*, I, 1998, p. 123 ss;
- PLATANIA F., *Revoca fallimentare del pagamento e disciplina dell'art. 2560 cc*, in *Società*, 2017, 7, p. 834 ss;
- PORTALE G.B., *Delegazione "allo scoperto" e revocatoria fallimentare*, in *Giust. Civ.* 1984, II, p. 451 ss;

- REALI A., *Permuta di "cosa presente con cosa futura" a favore di terzi e divieto della donazione di cose future*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 939 ss;
- RENDE F., *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte prima: presupposti e limiti*, in *I contratti*, 2016, 6, p. 592 ss;
- RESCIGNO P., *Delegazione di pagamento e fallimento del delegante*, in *Giur. It.*, 1985, IV, p. 369 ss;
- RISPOLI G., *Alienazione di cosa futura – note in tema di alienazione di cosa futura e forma dell'individuazione*, in *Giur. It.*, 2016, 12, p. 2591 ss;

- SACCHI LODISPOTO G., *Cessione dei crediti futuri e mercato delle cartolarizzazioni*, in *Banca Borsa e Tit. credito*, 2003, II, p. 541 ss;

- SACCO R. *Causa e consegna nella conclusione del mutuo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, p.502 ss;
- SANGERMANO F., *La mancata venuta ad esistenza della cosa nella vendita di cosa futura*, in *Contratti*, 2012, 4, p. 270 ss;
- SACCO R., *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro.it*, 1966, I, p. 1382 ss;
- SATTA S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro.it*, 1950, IV, c. 73;
- SCONAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 335. P. 330 ss;
- SPIOTTA M., *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo – riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2016, 4, p. 1020 ss;
- STORTO A., *La cassazione “cambia rotta” sull’opponibilità ai creditori della cessione dei crediti futuri*, in *Giur. It.*, 2003, 10, p. 1786 ss;
- TASSINARI F., *Consensualità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione*, in *Notariato*, 1996, 3, p. 209 ss;
- TERRANOVA G., *Fideiussore e coobbligati in solido nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, I, 2017, p. 5 ss;
- TIMPANO E., *La cassazione nega ancora la validità dell’espromissione di debiti futuri*, in *Riv. not.*, 2011, I, p. 151 ss;
- TOMASETTI A., *Espromissione per obbligazione futura e fideiussione*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 6, p. 500 ss;
- TORRENTE A., *Aspetti particolari della pubblicità nel diritto della navigazione*, in *Scritti in onore di Scialoja A.*, I, p. 309 ss;
- TRENTINI C., *Contratto sottoposto a condizione sospensiva e risoluzione*, in *Contratti*, 2003, 5, p. 443 ss;
- TRENTINI C., *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri*, in *Fallimento*, 2006, 5, p. 538 ss;
- TRIOLA R., *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel c.d. condominio precostituito?*, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1449 ss;
- TRIOLA R., *Mutuo e promessa di mutuo*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 211 ss;

- TUCCI G., *L'efficacia della cessione di crediti futuri riguardo ai terzi: una decisione innovativa della Corte di cassazione*, in *Giur. It.*, 2003, 4, p. 636 ss;

- VECCHIO A. N., *La risoluzione per inadempimento nel contratto sospensivamente condizionato*, in *Contratti*, 2015, 3, p. 270 ss.

- ZACCARIA A., *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 365 ss.