

CORTE DI CASSAZIONE; sezione II civile; sentenza, 08-01-1996, n. 51

* * *

L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici.

1. - Il più immediato rilievo suggerito da Cass. 51/96 concerne l'assoluta mancanza di motivazione dell'aspetto di maggiore interesse: la ritenuta ammissibilità dell'esercizio in via surrogatoria dell'azione nascente da contratto preliminare. Carenza tanto più grave quando di consideri che nella specie la legittimazione ad agire in surrogatoria è riconosciuta non ad un qualsiasi creditore, ma a colui che ha diritto al ritrasferimento del bene in virtù di altro preliminare, concluso con il debitore surrogato. Questa circostanza aggrava il rilevato difetto di motivazione della sentenza perché v'è chi, pur consentendo al generico creditore di surrogarsi nell'azione di cui all'art. 2932 c.c., ne esclude quanti siano titolari di analoga azione costitutiva (1).

Il limite così introdotto mutila gravemente l'utilità pratica del rimedio a causa dello scarso interesse concreto, riposto da un creditore di somma di denaro nel surrogarsi nel diritto nascente da un preliminare di vendita sottoscritto dal proprio debitore: invero, il creditore non può non tenere conto che, avendo il rapporto finale natura «commutativa», all'ingresso della cosa promessa nel patrimonio del debitore corrisponderà la fuoriuscita di una determinata somma di denaro, con una pluralità di conseguenze negative (perdita di liquidità, raddoppio dei tempi e dei costi processuali [processo ex art. 2932 c.c. per l'acquisizione del bene al patrimonio del debitore e processo di espropriazione sul bene stesso], maggiore snellezza del pignoramento di somme di denaro) per il creditore medesimo, tale da scoraggiarlo dall'avventurarsi in una simile iniziativa; per di più, l'iniziativa stessa postula che I) il creditore, attore in surrogatoria, anticipi la prestazione dovuta dal proprio debitore (2), II) egli stimi il patrimonio del debitore surrogato sufficiente per il recupero delle somme così anticipate, III) il debitore medesimo non occulti i relativi beni nelle more del processo. Ancor più di scuola appare l'ipotesi opposta, quella della surrogazione del promittente alienante, in quanto riesce difficile immaginare un creditore tendente ad acquisire nel patrimonio del debitore una somma di denaro in luogo di un bene immobile, invece di pignorarlo, ipotecarlo o assoggettarlo a sequestro (3).

Chiarite *in limine* le esigenze pratiche sacrificate dalla dottrina propensa ad ammettere solo il creditore di somme di denaro all'esercizio in via surrogatoria dell'azione ex art. 2932 c.c., e confermato che solo chi ha interesse allo specifico bene promesso da terzi al proprio promittente è sufficientemente motivato a surrogarsi nell'esercizio dell'azione *de qua*, non può disconoscersi l'utilità – anzi la necessità – di richiamare i complessi problemi saltati a piè pari da Cass. 51/96, al fine di (quanto meno) enumerare gli ostacoli all'estensione della tutela in esame al promissario e, al più, suggerire la via per un loro possibile superamento.

2. - È sufficiente volgere lo sguardo alle ascendenze dogmatiche dei due istituti per rendersi conto dell'immenso spazio percorso (inavvertitamente, si direbbe, a guardare la motivazione) da Cass. 51/96.

L'azione surrogatoria è frutto di un lungo travaglio: è, ad es., tuttora incerto il suo radicamento nel diritto romano (4), malgrado se ne siano talora intravisti i germi nel procedimento per il quale il creditore arriva a colpire e ad impossessarsi dei beni del debitore (5); ovvero, più precisamente, nell'esercizio, da parte del curatore o del magistrato, dei diritti reali o di credito del debitore, quando fossero sconosciuti dal *debitor debitoris* o vi fosse la necessità di respingere la pretese di terzi sulle cose pignorate (6). Più consistenti sono le indicazioni provenienti dal diritto intermedio, quando (oltre alla facoltà di agire esecutivamente contro il *debitor debitoris* anche per soddisfarsi direttamente) al creditore si riconobbe la possibilità di acquisire in via convenzionale un'ipoteca generale su tutto il patrimonio del debitore, legittimandolo ad esercitare i diritti da questo negletti, onde conservare integra la propria garanzia (7).

Successivamente, trasformata l'ipoteca generale convenzionale in clausola di stile ed elaborato il principio – «di diritto naturale» (8) – della generica garanzia delle obbligazioni rappresentata da tutti i beni, presenti e futuri, del venditore, venne

coerentemente configurandosi un generalizzato potere del creditore di esercitare diritti e facoltà del debitore, vuoi con finalità direttamente soddisfattive, vuoi a fini conservativi (9). Con questa fisionomia l'azione surrogatoria si presentò nella previgente codificazione, allorché, sull'esempio della dottrina francese e grazie agli spazi aperti dall'art. 1234 c.c. del 1865 (secondo cui i creditori agiscono in surrogatoria «per il conseguimento di quanto è loro dovuto») (10), se ne sostenne da taluno una vera e propria «funzione esecutiva». In linea con la storia dell'istituto, a questo scopo si affiancò l'altro, di mera cautela del credito, di conservazione della c.d. garanzia patrimoniale (11), cui si finì col riconoscere un ruolo preminente (12). Su quest'ultimo aspetto, anzi, sull'inerenza dell'istituto *de quo* alla responsabilità patrimoniale, si è, infine, soffermata la dottrina più recente, che ne ha, altresì, ribadito l'intrinseca natura di potere giuridico di far valere un diritto altrui, di legittimazione straordinaria assegnata al creditore (13); in particolare, detto potere è stato ritenuto espressione di quella garanzia patrimoniale a favore del creditore, che, tra i doveri di condotta, caratterizzerebbe l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro (14).

Tutt'affatto diverse le coordinate offerte dall'appena ultracentenaria riflessione sulle sentenze costitutive, tra le quali viene annoverata quella prevista dall'art. 2932 c.c.: la norma, invero, configura la sentenza come produttiva di effetti in precedenza inesistenti. Fin dal suo concepimento la sentenza costitutiva evocò la figura del diritto potestativo: «la ...sistemazione di questa categoria... di sentenze, e particolarmente la loro conciliazione dogmatica con la natura della giurisdizione contenziosa, mi sembra siasi ottenuta col riconnetterla alla categoria dei ...diritti potestativi» (15), i quali si caratterizzano per «un potere dell'avente diritto, di produrre, mediante una manifestazione di volontà, un effetto giuridico a cui ha interesse, o la cessazione di uno stato giuridico svantaggioso; e ciò di fronte ad una persona, o più, che non sono tenute ad alcuna prestazione verso di lui, ma sono soltanto soggette, così da non potersi sottrarre, all'effetto giuridico prodotto»; questi diritti possono esercitarsi o «mediante una semplice dichiarazione di volontà», o «necessariamente per via d'azione»: in tal caso «gli effetti giuridici nascono di regola con la sentenza, quantunque una norma speciale possa retrodarli sino alla domanda e più in là ancora: qui suol parlarsi di sentenze costitutive» (16).

3. - Sono netti, dunque, i differenti contesti, in cui la tradizione situa azione surrogatoria e sentenza costitutiva. La prima, strettamente collegata alla soddisfazione del creditore di somme di denaro, si sviluppa storicamente da una costola del processo esecutivo, l'espropriazione dei crediti. Di qui, la centralità della sua «funzione esecutiva», sì che anche chi separa nettamente surrogazione ed esecuzione, ne modella la concreta fruizione sull'oggetto dell'esecuzione forzata e sulla possibilità per il creditore di realizzare il suo diritto sul bene, rispetto al quale si è surrogato al debitore (17). Di qui, però, anche le possibili confusioni a causa dell'interferenza delle elaborazioni dottrinali in tema di esecuzione forzata: innanzi tutto, la condanna e l'asserita «necessaria» inerenza di questa alle sole obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro, le sole obbligazioni ritenute per tradizione – e, secondo un autorevole orientamento, anche per diritto vigente – connesse al patrimonio del debitore e alla correlata garanzia «generica» del creditore (18); ed ancora, la c.d. azione esecutiva, con la «necessaria» attivazione degli organi esecutivi per l'adeguamento della «realtà materiale» alla «realtà giuridica» accertata dalla cognizione (19).

A tutto ciò appare *prima facie* estranea la sentenza costitutiva, che fin dalle prime indagini è stata caratterizzata proprio per l'assenza di un successivo processo esecutivo (20), differenziandosi dal binomio «storico» condanna-esecuzione anche per la situazione giuridica fatta valere: il diritto potestativo in luogo del diritto di credito.

Si è così pervenuti ad un primo, possibile conflitto esplicito tra azione costitutiva e surrogatoria, atteso che una formula ripetuta vuole che quest'ultima spetti a «tutti i creditori e soltanto [a]i creditori» (21), cioè – per quanto qui interessa – solo nelle ipotesi in cui tra soggetto surrogantesi e quello surrogato intercorra un rapporto di credito. In realtà, l'ipotizzato conflitto non sussiste, dal momento che – malgrado il rinnovato tentativo di accreditare un diritto potestativo nascente dall'inadempimento del preliminare (22) – deve riconoscersi che i riferimenti al rapporto obbligatorio,

contenuti nell'art. 2932 c.c., riflettono esattamente la situazione sostanziale delle parti, in quanto l'interesse di ciascuna di esse all'introduzione del rapporto definitivo – interesse patrimonialmente valutabile per definizione (art. 1321 c.c.) – è soddisfatto da un contegno della controparte (23), in mancanza del quale interviene la realizzazione coattiva.

D'altra parte, non da ciò prende le mosse chi nega al promissario la possibilità di surrogarsi al promittente in ipotesi di preliminari c.d. a catena. Ci si basa, piuttosto, sulla situazione giuridica del promissario, vuoi che in questo si riconosca il beneficiario di un'obbligazione di concludere un successivo contratto traslativo, vuoi che si accolga la dottrina secondo cui l'effetto traslativo già sarebbe nel preliminare: nella prima prospettiva – si osserva – il bene dovuto sarebbe non la *res*, ma la manifestazione di volontà negoziale, rispetto alla quale è inconfigurabile la surrogatoria, essendo impensabile un'inerzia del debitore idonea a porla in pericolo; il secondo orientamento non conduce a conclusioni diverse perché – si prosegue – «il debitore avrebbe già dismesso il suo diritto a favore del creditore», sicché «costui è legittimato ad agire per la tutela del bene in questione *ex iure proprio*... e non *ex iure debitoris*» (24).

Entrambi gli argomenti devono respingersi. Nel primo, infatti, è inesatto il ruolo assegnato alla manifestazione di volontà negoziale nell'ambito dell'obbligazione ex art. 2932 c.c.: essa integra il contegno necessitato del debitore, non il bene dovuto (25), costituito, invece, dal rapporto giuridico finale, la cui conformazione non può prescindere dal determinato bene della vita diviso dalle parti: e questo è ben pregiudicabile dall'inerzia del promittente. Il secondo rilievo non tiene conto che, anche per chi ascrive gli effetti definitivi al preliminare, il debitore-promittente è il solo titolare delle azioni e dei diritti relativi al bene fin quando il giudice non ha fissato il termine iniziale di decorrenza di detti effetti (26), sicché a ragione il terzo potrebbe eccepire il difetto di legittimazione attiva del promissario, attore *ex iure proprio* a tutela della *res* dedotta nel preliminare.

4. - Le obiezioni mosse all'estensione della surrogatoria alla azione *de qua* non possono ancora dirsi superate, dal momento che la dottrina qui non condivisa dubita più in generale che dell'art. 2900 c.c. possa giovare il titolare di «crediti specifici», ossia colui in grado di fruire dell'esecuzione in forma specifica. Questa posizione è frutto della cennata interferenza sulla surrogatoria delle teoriche fiorite in tema di esecuzione forzata e di responsabilità patrimoniale, i riflessi concreti delle quali si ha qui occasione di sperimentare: si fa, infatti, riferimento al «fenomeno della responsabilità patrimoniale» quale «premessa essenziale per giungere ad una corretta e soddisfacente analisi della surrogatoria»; più precisamente, si sostiene che la legittimazione ad agire in surrogatoria del «creditore della singola *res*, come mezzo per garantirsi il buon esito della successiva azione esecutiva in forma specifica, implica necessariamente una perfetta identificazione tra siffatta esecuzione e la responsabilità patrimoniale», identificazione, però, impossibile in ipotesi di esecuzione in forma specifica, perché qui «si esce ...dall'ambito della garanzia patrimoniale per entrare in un altro settore di esperienza giuridica» (27).

L'interesse di questa prospettazione non risiede solo nei suoi riflessi pratici (v. § 1), ma anche in ciò che essa sollecita l'attenzione su un problema poco approfondito in dottrina, quello del rapporto dell'art. 2932 c.c. con la responsabilità patrimoniale, per un verso, e, per altro verso, con gli art. 2930, 2931 e 2933: rapporto, che sotto entrambi gli aspetti non ha solo un rilievo sistematico, in quanto si riflette sulla ricostruzione delle vicende sostanziali sottese all'art. 2932 c.c. (28).

La tesi dianzi cennata si collega ad una dottrina di grande tradizione (29), che, concernendo, in definitiva, presupposti e forme della tutela giurisdizionale, mira al cuore dell'ordinamento. Pertanto, qui è possibile ripercorrerne solo i tratti rilevanti ai presenti fini: si osserva che il diritto di proprietà del debitore costituisce il limite e non il presupposto della esecuzione forzata (30), di guisa che è possibile assegnare al creditore il bene dovuto (in senso economico), avrebbe detto Satta; il bene della vita, avrebbe replicato G. Chiovenda) solo quando l'ordinamento preveda strumenti idonei a superare il diritto del debitore. Questo postulato, in sé condivisibile, viene, peraltro, svolto fino a pervenire ad esiti talmente contraddittori, da far dubitare della loro legittimità costituzionale. Si dice, infatti, che sola procedura, idonea a dar luogo a «modificazioni giuridiche incidenti sul patrimonio

del soggetto passivo», sarebbe l'espropriazione forzata. Le forme di esecuzione specifica confermerebbero questa affermazione, dal momento che, da un lato, la consegna forzata – che, si sottolinea, ha ad oggetto cose determinate, per le quali, dunque, non si pone un problema di perfezionamento della fattispecie traslativa – o riguarda beni di cui il debitore non è (più) proprietario, o non sottrae la cosa del debitore al suo patrimonio, non incide sul suo diritto di proprietà; dall'altro lato – si aggiunge – la sentenza ex art. 2932 c.c. si limiterebbe a fissare il momento di decorrenza degli effetti definitivi, in quanto «gli elementi della fattispecie legale degli effetti che la sentenza coopera a produrre... sono tutti già presenti nel contratto preliminare» (31). Se ne deduce la non riproducibilità nel processo di alcun elemento della fattispecie traslativa, a meno che ciò non sia espressamente ammesso dalla legge (art. 2908 c.c.).

Senonché, malgrado l'autorevolezza di chi lo propone, il quadro che ne risulta, desta perplessità. Invero, si descrive un ordinamento impotente davanti ad un contratto ormai concluso, in cui le parti hanno regolato i propri interessi in modo completo e definitivo e la cui efficacia attende solo l'individuazione delle cose generiche compravendute, cioè un'attività di per sé di mero fatto, priva di incidenza sul regolamento di interessi e sulla «giuridica» perfezione del contratto (32); di contro, lo stesso ordinamento ammette che l'autorità giudiziaria possa surrogarsi ai privati, non solo nella determinazione di requisiti essenziali del contratto, come l'oggetto, la prestazione (art. 1349 c.c.), ma addirittura nella stessa riproduzione della integrale fattispecie traslativa (33), anzi nel «contratto non concluso» (art. 2932 cui *adde* art. 1032 c.c.): il contratto, ossia l'atto col quale i privati esprimono la loro libertà economica, sicuramente un modo di acquisto della proprietà ex art. 42 Cost. e 922 c.c., è dunque riproducibile dal giudice; l'individuazione della cosa generica, vale a dire l'atto del benzinaio che inserisce la pompa nella macchina (34), no. E anche a voler negare la natura «negoziale» del definitivo (35), è comunque innegabile la maggior gravità dell'invasione della sfera giuridica privata nell'ipotesi (pacificamente ammessa) dell'art. 2932 c.c., che non in quella (respinta) dell'art. 1378 c.c., perché nel primo caso si introducono coattivamente effetti in realtà mai voluti dal debitore in via definitiva, attuale: per questo ha concluso un preliminare! Nel secondo caso, invece, tutta questa incertezza sull'*an* di una volontà traslativa non sussiste: come già evidenziato, la volontà delle parti è piena, completa ed attuale nel senso di trasferire le cose generiche *illico et immediate*. Ne segue che una vera e propria «espropriazione» del debitore si ha con la sentenza ex art. 2932 c.c., vale a dire quando si trasferisce un diritto di cui egli non ha mai «voluto» privarsi, non quando si consegnano al creditore cose che il debitore ha già venduto (art. 1470 e 1476 c.c.) e per le quali (al buon bisogno) ha già ricevuto il prezzo.

L'evidente, irragionevole disparità di trattamento è tale, non solo da violare gli art. 3 e 24 Cost. (36), ma anche da indurre l'interprete – le norme costituzionali sono anche canone ermeneutico – ad esaminare con serenità le proposte dirette a porvi rimedio (37).

A questo punto, l'estrema difesa delle tesi qui non condivise si attesta nella ridotta dell'art. 2741 c.c., nella *par condicio creditorum* (38): si sostiene che la correlazione tra responsabilità patrimoniale ed obbligazioni pecuniarie deve coordinarsi con l'eguale diritto dei creditori di soddisfarsi sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione, e si aggiunge che, ove si riferissero alla responsabilità patrimoniale anche crediti diversi da quelli pecuniari, ove si dessero ipotesi di esecuzione specifica tali da sottrarre beni di proprietà del debitore al concorsuale diritto dei creditori, si introdurrebbero eccezioni ad una regola generale che, invece, ai sensi dell'art. 14 disp. prel., può essere contraddetta solo per ipoteca, pegno e privilegio (39).

Ad avviso di chi scrive, si profilano due repliche. La prima investe l'asserita inammissibilità di interpretazioni suscettibili di trasformare l'esecuzione specifica in causa di prelazione diversa da pegno, ipoteca e privilegio. In contrario, si osserva che l'art. 527 c.p.c. introduce a favore del creditore precedente una causa legittima di prelazione diversa da quelle elencate nell'art. 2741 c.c. (40); altra prelazione è posta a favore dei creditori intervenuti tempestivamente rispetto a quelli tardivi (art. 551 c.p.c.); altre ancora sono fissate dagli art. 512 (41) e 490 s. c.c. (42): ciò significa che l'elenco contenuto nell'art. 2741 c.c. non è tassativo. In altre parole,

l'art. 2741 fa, sì, «salve le cause legittime di prelazione», ma ne rinvia la concreta individuazione alla legge, di guisa che non è escluso che cause di prelazione («legittime») perché previste dalla legge) possano essere isolate dall'interprete (43). E queste cause di prelazione (in ipotesi, le forme di esecuzione specifica) saranno applicate solo nei «casi e tempi» previsti, giusta art. 14 disp. prel.

Per altro verso, l'orientamento *de quo* deve saggiarsi sui meccanismi legislativi di concreta attuazione dell'art. 2741 c.c.: l'intervento dei creditori nel processo esecutivo da altri promosso e la possibile pluralità di pignoramenti (44). È questa, infatti, la via per misurare l'autentica pregnanza dell'art. 2741 c.c., per stabilire, cioè, se la disposizione esprime, al più, una tendenziale regola generale, oppure un valore assoluto e fondante, tale da arginare la portata dell'art. 24 Cost. (45). In questa prospettiva – e con riguardo all'intervento – meritano attenzione i meccanismi diretti ad avvisare i creditori dell'iniziato processo onde consentir loro di parteciparvi, a sua volta requisito essenziale per un'effettiva paritaria soddisfazione sui beni del debitore (46): un'attenta analisi, lungi dal confermare l'effettività della *par condicio*, ha denunciato le «massicce discriminazioni» esistenti tra creditori privilegiati, nei rapporti tra loro e rispetto ai creditori chirografari (47); merita, altresì, attenzione il fatto che il provvedimento di distribuzione rimane efficace anche ove sia mancata la partecipazione del creditore iscritto per non aver avuto, questi, conoscenza del processo (48). Del pari, non è prevista alcuna nullità in ipotesi di mancata applicazione dei meccanismi volti a salvaguardare la *par condicio* nell'altro strumento di attuazione della stessa, ossia in ipotesi di mancata unificazione dei procedimenti aperti a seguito di più pignoramenti sullo stesso bene (49). Tutto ciò significa che la *par condicio* non solo non afferisce di per sé a beni costituzionalmente rilevanti, non solo lascia inappagata la «domanda di garanzia» proveniente dagli operatori economici odierni (50), ma quel che è più significativo è che essa non fu neppure avvertita dal legislatore degli anni '40 come inerente ad un interesse pubblico tale da giustificare la sanzione della nullità per il provvedimento che la violasse. A maggior ragione non può far leva su essa l'interprete per deprimere l'ambito di applicazione dell'art. 24 Cost.

Interessanti spunti possono, poi, trarsi dall'osservazione, secondo cui nell'ordinario processo esecutivo l'applicazione della *par condicio* risulta attenuata dal principio *prior tempore potior iure*, che – come si è visto – instituisce una prelazione tra creditori di somme di denaro in base al momento del loro intervento nel processo (51). Su questa premessa, non si vede perché analoga prelazione non possa ritenersi istituita dal medesimo principio, tra creditore della prestazione di contrarre e creditori di somme di denaro, sulla base dell'antiorità della trascrizione (art. 2915, 2° comma, c.c.): anche in questo caso la preferenza tra creditori sarebbe risolta a favore di quello maggiormente solerte nel far valere le proprie ragioni (52).

In altre e conclusive parole, le (plurime) esigenze di soddisfazione dei creditori – di somme di denaro, come di altri beni e servizi – fanno sempre capo alle (scarse) risorse del debitore. Ciò significa che tutti i creditori sopra menzionati sono sempre in conflitto tra loro: questo conflitto può essere risolto o imponendo una proporzionale ripartizione delle suddette risorse scarse (la *par condicio creditorum*), ovvero assegnando a taluni creditori un titolo di prevalenza sugli altri. Ad entrambi i criteri – si è visto – ricorre l'ordinamento italiano indifferentemente dalla natura della prestazione, dal bene dovuto; non v'è, dunque, meraviglia se il secondo di detti criteri si applica (anche) allorché il bene dovuto non si presti per sua natura a «concorso». Si tratta di scelta rimessa alla storicamente determinata sensibilità del legislatore tra il «diritto» e la «reintegrazione patrimoniale» (53): nella prima prospettiva si pone la scuola chiovendiana (in linea con l'evoluzione della nozione storico-sociale dell'obbligazione), nella seconda quanti leggono l'art. 2740 c.c. come se vi fosse scritto «reintegrazione» in luogo di «responsabilità».

Senonché, nella prima prospettiva sembrano porsi, sia l'art. 24 Cost. (e non è poco!), sia la legge ordinaria: se l'art. 1218 c.c. attesta che dall'inadempimento segue il risarcimento del danno solo a determinare condizioni (54), gli art. 2910 e 2930 ss. c.c. dimostrano che l'inadempimento stesso ha giuridica rilevanza di per sé, potendo il creditore «conseguire quanto gli è dovuto» a prescindere dal danno e dalla colpevolezza (dell'inadempimento e della sopravvenuta impossibilità della prestazione) (55). Di qui, il comun denominatore di quelle norme e delle vicende ivi

sottintese (e di qui – vien fatto di aggiungere – il motivo per cui l'art. 2932 è lì, e non altrove): l'identità di funzione assoluta dalla giurisdizione, dal processo (56). Pertanto, se si vuole ripercorrere uno dei luoghi preferiti della dogmatica dell'ultimo secolo, non può affermarsi che il complesso delle conseguenze giuridiche collegate dalla norma all'inadempimento si esaurisce nel solo risarcimento, nella sola soggezione all'espropriazione forzata, ma deve ammettersi che, tra le conseguenze dell'inadempimento, vi è anche la soggezione del debitore alle ulteriori azioni elencate nelle disposizioni predette (57). Analogamente, sembra incompleto affermare che «la garanzia [patrimoniale] in concreto consiste nel complesso degli strumenti di tutela che vengono attribuiti al creditore, quali l'azione surrogatoria, il sequestro conservativo, la revocatoria e svariati altri» (58), perché tra questi strumenti di tutela non possono non annoverarsi le azioni, i rimedi, di cui agli art. 2930 ss. c.c.

5. - Infirmati (quanto meno) i dubbi sull'applicabilità dell'art. 2900 c.c. all'azione ex art. 2932 c.c. in ragione dell'asserita non connessione di questo con la responsabilità patrimoniale, non per questo vengono meno i problemi. Invero, la conclusione nel senso di una preferenza dell'ordinamento per l'esecuzione specifica si riflette vuoi sull'interrogativo di fondo del contratto preliminare (a che serve?), vuoi – ed è quel che più conta in questa sede sui limiti dell'esercizio in via surrogatoria dell'azione predetta.

Con riguardo al primo aspetto, è intuitivo che il favore verso un'esecuzione specifica della prestazione inadempita equivale, sul piano contrattuale, ad un rafforzamento del principio *pacta sunt servanda*, della necessità di un adempimento esatto, con conseguente indifferenza della soravvenienza negativa (estranea all'art. 1467 c.c.: ad es., l'offerta migliore) sulla doverosità della prestazione promessa. In tale contesto recupera spazio il contratto preliminare, quale strumento contrattuale dotato, rispetto alla prestazione finale, di flessibilità maggiore di quella del corrispondente definitivo e, pertanto, idoneo a consentire alle parti – pur nella limitata misura che qui non è possibile specificare – un ulteriore apprezzamento del regolamento di interessi. In altre parole, mentre la circostanza intervenuta dopo un contratto definitivo risulta irrilevante se diversa da quella ex art. 1467 c.c. (59), analogo discorso non vale per il preliminare, dove le parti non possono essere soggette alla stessa griglia di rischi, alla stessa «alea» del definitivo, per il semplice motivo che altrimenti verrebbe meno qualsiasi discriminazione tra i due negozi (60). La formula del «controllo delle sopravvenienze» risulta, così, utile per esprimere la «funzione economico-sociale» del preliminare, ancora non chiaramente individuata se dottrina e giurisprudenza permangono incerte nel distinguerlo dal definitivo (61).

Rinviato ad altra sede un più ampio discorso sul punto, si rileva che, sia nell'ipotesi suddetta, sia nelle altre pure collegate in varia misura con il «controllo delle sopravvenienze», il contratto definitivo resta «negozio giuridico» (62), ossia momento della dinamica giuridica conseguente ad un apprezzamento dei propri interessi, ad opera del soggetto, in rapporto alla contingente situazione di fatto. È, inoltre, significativo che ad esito analogo perviene una dottrina che, al contrario, dalla doverosità del definitivo aveva in passato argomentato la non «negozialità» del medesimo (63): secondo tale dottrina, il definitivo fisserebbe il termine per «l'integrazione nell'ordinamento del già sostanziato negozio», termine individuato «a seconda degli interessi in gioco e delle varie ragioni, da valutarsi caso per caso, per le quali le parti medesime non si erano ritenute... pronte per il definitivo all'atto stesso dell'originaria pattuizione» (64). Senonché, per tale via si collega l'efficacia «del già sostanziato negozio» ad una valutazione, aderente alla singola situazione sostanziale («caso per caso»), degli «interessi in gioco» e delle «varie ragioni» che indussero le parti a non impegnarsi immediatamente in via definitiva; valutazione, che, avendo ad oggetto la congruenza del «già sostanziato negozio» con gli «interessi» delle parti (in rapporto alle cennate «varie ragioni»), implica quell'apprezzamento dei propri interessi in relazione agli effetti «voluti», implica – se si vuole – quella rilevanza della volontà, della capacità della parte, tradizionalmente connessi al «negozio giuridico» (65).

Su queste premesse, potrebbe sembrare che, malgrado il progressivo affinarsi del dibattito sul preliminare, i termini del problema dei suoi rapporti con l'art. 2900 c.c. non siano mutati rispetto all'approccio privilegiato in passato, quando la dottrina

risolveva detto problema in modo differente, a seconda della ritenuta natura «dispositiva» (e dunque, si aggiungeva, negoziale»), o no, del definitivo (66). In realtà, quel che v'è di immutato è solo l'irrisolto dilemma della c.d. «doppia natura del definitivo»; sono, invece, differenti i motivi di fondo della contrapposizione implicita in quel dilemma, che – articolato, un tempo, sulla alternativa (tutta formale) «adempimento-contratto» (67) – viene a colorarsi oggi, nella prospettiva del «controllo delle sopravvenienze», di un contenuto sostanziale. In altre parole, assunta detta prospettiva, non è più possibile dissolvere il dilemma anzidetto o presupponendo la natura generalmente negoziale di ogni adempimento, ovvero scomponendolo sul duplice piano funzionale (adempimento) e strutturale (dichiarazione di volontà) (68): nella ripetuta prospettiva del «controllo delle sopravvenienze», infatti, il contratto definitivo è «negozio giuridico» non più per motivi esclusivamente formali, in quanto fattispecie bisognevole di una «dichiarazione di volontà» per motivi «tecnici» connessi alla sua stessa formazione, ma è «negozio» sotto il profilo sostanziale, in quanto regolamento di interessi. Più analiticamente, finalizzare la sequenza «preliminare-definitivo» al «controllo delle sopravvenienze» (69), significa riconoscere a ciascuna parte una situazione genericamente attiva, che si specifica quanto meno nel potere di determinare – sia pure in limitata misura – l'esito di detto controllo, necessariamente eliso alla radice ove se ne postulasse un esito positivo *a priori* (70). Ne segue un intrinseco mutamento del dilemma anzidetto, non più volto a dar ragione dell'interna natura della situazione giuridica del debitore (che veniva comunque descritto come necessariamente tenuto alla prestazione promessa), ma ormai rinnovato nei suoi termini, dal momento che esso è ora determinato dal riconoscimento in capo a ciascun promittente di due distinte ed apparentemente confliggenti situazioni giuridiche: una passiva, l'obbligo di contrarre; l'altra attiva, il controllo delle sopravvenienze.

Di qui la necessità di ripensare su nuove basi la surrogabilità nell'azione ex art. 2932 c.c.: a tal fine possono prendersi le mosse dalla dottrina che a suo tempo indicò il parametro per determinare l'applicabilità dell'art. 2900 c.c. nella valutazione normativa degli interessi in conflitto, specificamente nella norma disciplinante la situazione sostanziale del debitore, nella quale si surroga il creditore (71). Quando si sottoponga a detto esame la complessa situazione giuridica del promittente promissario, ci s'avvede che le due situazioni dianzi descritte, lungi dal contrapporsi rigidamente, si integrano dialetticamente, nel senso che, sul piano della fattispecie, il «controllo delle sopravvenienze» (o, meglio, l'esito negativo di detto controllo) si configura come fatto impeditivo dell'accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. (72). Questa prospettiva rinviene la propria radice positiva nell'inciso «qualora sia possibile», che, se valorizzato per quello che è, vale a dire come norma «aperta» (73), viene finalmente riscattato dal limbo dove è stato finora confinato dalla dominante interpretazione, fermatasi alla tautologia della c.d. «possibilità giuridica» (74). Ne segue che sul piano diacronico la rilevata coesistenza di due difformi situazioni giuridiche in capo ad un medesimo soggetto viene meno: la natura di fatto impeditivo, dianzi riconosciuta all'esito negativo del controllo delle sopravvenienze, fa sì che la sola situazione di regola rilevante è quella connessa al *contrahere*, con conseguente ammissibilità della surrogazione del creditore nel relativo diritto, salvo il contrapposto, eventuale potere, vuoi del debitore surrogato, vuoi del terzo convenuto, di eccepire l'incompletezza della fattispecie, l'intervenuta «non possibilità» del progettato rapporto giuridico finale (75), in guisa tale da realizzare un contemperamento degli interessi, complessi e molteplici, qui in conflitto.

Tutto ciò, ovviamente, non elide il favore da riservare alla sentenza che si riporta. Al riguardo, è utile riprendere le osservazioni di chi, agli albori del secolo, rilevò come gli antecedenti storici dell'azione surrogatoria fossero condizionati alla mutata percezione dell'essenza dell'obbligazione, non più circoscritta alla persona del debitore quale unico mezzo a disposizione del creditore per trarre l'utilità sperata, ma ormai arricchita dall'acquisita consapevolezza che detta utilità fosse legata alla prestazione» (76), al bene dovuto (si direbbe oggi), agli strumenti apprestati dalla legge per il suo conseguimento (77), in vista di una tutela «esecutiva» sempre più aderente alla originaria situazione sostanziale rimasta inadempita (78). Orbene, in

ciò è il senso della sentenza in epigrafe: un ulteriore passo di questo *iter* plurimillenario.

GIOACCHINO LA ROCCA

--- Estremi documento ---

Archivio: foro italiano

Tipo documento: nota a sentenza

Vai a: sentenza, nota a sentenza

Voci e sottovoci Repertorio:

Contratto in genere [1740]

Contratto, preliminare

Surrogatoria

Autore: Gioacchino La Rocca

Titolo: L'esercizio in via surrogatoria del diritto nascente da contratto preliminare: profili problematici.

Giudicante: CORTE DI CASSAZIONE; sezione II civile; sentenza, 08-01-1996, n. 51

Magistrati: Pres. Verde, Est. Fantacchiotti, P.M. Di Salvo (concl. conf.)

Parti e avvocati: Soc. Cremonese (Avv. Porcù, E. Romanelli) c. Giordano (Avv. Magri, Taddei), Martini (Avv. Piacenza) e altri.

Giudizio precedente: Conferma App. Torino 2 giugno 1992.

Nella rivista: anno 1996, parte I, col. 882

--- Note ---

(1) G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale*, Milano, 1975, 154, 157, 291 s.

(2) R. NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1950, 130.

(3) Il pregiudizio al creditore, insomma, di regola si arreca con l'esercizio della facoltà di disposizione, con la fuoriuscita del bene dal patrimonio, con la mancata vendita dello stesso (U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Le azioni surrogatoria e revocatoria*, Milano, 1974, 48).

(4) Negato decisamente da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*, Firenze, rist. 1924, II, 263 ss.

(5) F. FERRARA *sen.*, in *Foro it.*, 1904, I, 1401, 1402.

(6) C. ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 749 ss., 765, ma v. pag. 766; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, IV, 153.

(7) ZUCCONI, *op. cit.*, 767 ss., spec. 774 e 776 s.

(8) Sul significato di «diritto naturale» come diritto coerente con la natura delle cose», con le esigenze economico-sociali e pertanto applicato di fatto o da applicarsi, v. J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, trad. it. di P. SYLOS-LABINI e L. OCCHIONERO, Torino, 1990, I, 131 ss. Sulla molteplicità di significati della locuzione e sui rischi di una categorizzazione dogmatica, eversiva ed astorica di relativi istituti, v. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, ed. it. 1994, Milano, 8 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it. di U. SANTARELLI e S. FUSCO, Milano, 1980, I, 417 ss.; H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.

(9) ZUCCONI, *op. cit.*, 780 ss., spec. 783 s.

(10) Sull'art. 1234, GIORGI, *op. cit.*, 274 s.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, III, 983; NICOLÒ, *op. cit.*, 16; NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 23 s.

(11) V., ad es. GIORGI, *op. cit.*, 268 s.

(12) Ad es., FERRARA, *op. cit.*, 1404; BARASSI, *op. loc. cit.*; NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 24 ss. E v. per una giurisprudenza ormai consolidata Cass. 14 marzo 1978, n. 1435, *Foro it.*, Rep. 1978, voce *Surrogatoria*, n. 1.

(13) NICOLÒ, *op. cit.*, 20 ss., 37; BETTI, *op. cit.*, 161; G. GIANPICCOLO, *Azione surrogatoria*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, 1959, IV, 950 s.; NATOLI, BIGLIAZZI

GERI, *op. cit.*, 39 ss.; MONTELEONE, *op. cit.*, 130. Sul tema, v. anche R. SACCO, *Osservazioni sulla figura giuridica del creditore che procede in via surrogatoria*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 29 ss., 118 ss. E v. Cass., sez. un., 14 marzo 1980, n. 1713, *Foro it.*, 1980, I, 1718, con nota di C.E. GALLO.

(14) MONTELEONE, *op. cit.*, 86 s., 89, 135, 205 ss.

(15) G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, I, 97 e 20.

(16) CHIOVENDA, *op. cit.*, 21, 24 s.; ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, 179 ss. Una sintesi della dottrina tedesca, cui CHIOVENDA si ispirava, è in C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 19 ss.

(17) V., ad es., FERRARA, *op. cit.*, 1405; NICOLÒ, *op. cit.*, 89 ss.

(18) Qui possono darsi solo riferimenti essenziali: S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1950; L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 168 ss. Sulle «stagioni» vissute dagli studi sulla sentenza di condanna e sulla percezione della stessa e dell'adempimento delle obbligazioni nei vari periodi storici, v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

(19) V., ad es., F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, II, 59; G. A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., 1964, *passim*, ma spec. 192 s.; *contra*, v. l'espropriazione dei crediti, dove non v'è alcuna modifica «materiale» (cfr. già CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 180); d'altra parte, al pari dell'assegnazione, anche la sentenza ex art. 2932 può necessitare di attività «esecutive» volte a far ottenere all'attore vittorioso il possesso del bene trasferitogli dal giudice (V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 43; R. RASCIO, *Appunti in tema di tutele costitutive*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, 545). E, alla stregua dell'art. 2932 c.c., è vero che con l'esecuzione specifica non si modifica la «realità giuridica» (così C. MANDRIOLI, *Esecuzione per consegna o rilascio*, voce del *Digesto priv.*, 1991, VII, 617)?

I concetti cennati nel testo sono frutto di secolari sedimentazioni: v. E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931, 10 s., 52 ss.; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 7 ss.

(20) Cfr. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 184.

(21) NICOLÒ, *op. cit.*, 66, ma v. fin d'ora pag. 97 ss. Ritiene legittimato all'azione ex art. 2900 c.c. solo il creditore di somme di denaro, Cass. 4 ottobre 1960, n. 2545, *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Surrogazione*, n. 6.

(22) Cfr. N. VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, 11 ss. Per la confutazione di questa posizione, v. E. FAZZALARI, *Sentenza civile*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, 1989, XLI, 1245 ss., 1252; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 190 ss., 203.

(23) Dato pacifico in dottrina (condiviso anche da chi espelle il procedimento *de quo* dall'esecuzione forzata: MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 79). V., comunque, già P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, 344 ss., 352 s.

(24) MONTELEONE, *op. cit.*, 156 s.

(25) Invero, «le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà» (CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi*, cit., 101 ss., 112). Nel senso del testo S. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*, Milano, 1993, II, 273; e *amplius* il mio *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. e giur.*, 1984, 299.

(26) Cfr. L. MONTESANO, *Obbligazione ed azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 1173 ss., spec. 1200; ID., *La tutela giurisdizionale*, cit., 166.

(27) MONTELEONE, *op. cit.*, 150 ss.

(28) La circostanza è colta da quei processualisti che hanno avvalorato una valenza «definitiva» del preliminare (penso a Satta e a Montesano), onde poter più agevolmente accreditare una radice «reale» dell'azione ex art. 2932 c.c. Nel testo io alludo, piuttosto, ai riflessi sostanziali dell'esecuzione forzata (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, II).

(29) «Condanna» è solo quella che porta alla soddisfazione giudiziale del creditore di somme di denaro; solo per tale via, e solo per questa categoria di obbligazioni, si dà responsabilità patrimoniale (v. *supra* nota 18).

(30) S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, 121; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 86.

(31) MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., 208.

(32) L'art. 1516 c.c. non risolve il problema esaminato nel testo perché la sua formulazione lo configura come rimedio concorrente e non alternativo rispetto ad altri, e perché esso non esaurisce le possibili fattispecie di obbligo di consegna: es., cento delle mille bottiglie di quel vino esistente solo nella cantina del debitore (e v. TOMMASEO, cit. *infra*). Se mai, non l'esclusione, ma il concorso degli art. 1516, 2930 c.c. e 639 c.p.c. segna l'efficienza del sistema, in quanto consente al promissario la scelta tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente in rapporto all'intrinseco interesse connesso al bene oggetto della dazione rimasta inadempita (cfr., fin d'ora, R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per l'equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 515 ss., 522, 541 s.).

(33) Cfr. lo stesso MONTESANO, *op. ult. cit.*, 166, laddove scrive che il preliminare, in tanto ha senso, in quanto «stabilisca che, per ogni aspetto giuridicamente rilevante, ogni rapporto proprio del definitivo» venga in essere al momento di questo» (il corsivo è mio): il che significa che il definitivo – e, dunque, la sentenza sostitutiva – vale come fattispecie, come fatto giuridico materiale» (cfr. CARNELUTTI, *op. cit.*, 10 s.). Riduttiva pare, dunque, la conclusione dell'a.: «la sentenza in esame costituisce i nuovi rapporti negoziali proprio fissandone il momento iniziale».

(34) L'esempio è tratto da F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, II, 1, 246. Un cenno al raffronto tra tutela ex art. 2932 c.c. e quella ex art. 2930 c.c. è in S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato* diretto da Rescigno, 20, Torino, 1985, 307.

(35) Ma essa risulta confermata pur nell'ottica riduttiva di Montesano (v. § 5).

(36) Si tratta di «antinomia di valutazione»? Cfr. A. MOSCARINI, *Riflessioni intorno ad una pronuncia di irrazionalità della legge e un caso di illegittimità costituzionale consequenziale*, in *Giur. costit.*, 1992, 2457; *amplius*, AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994.

(37) Che per la verità – per quanto riguarda il problema cennato nel testo – non sembrano essere tali da scardinare lo stato di diritto o da vulnerare gli art. 41 e 42 Cost.: ad es., C. MANDRIOLI, *L'esecuzione in forma specifica*, Milano, 1953, 60; F. TOMMASEO, *Sull'attuazione dei diritti di credito nell'esecuzione in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 480. E v. la recente riflessione sulla tutela costitutiva, volta a limitare l'applicazione dell'art. 2908 c.c. ai casi in cui il processo sia elemento necessario della fattispecie produttiva degli effetti sostanziali (PROTO PISANI, *op. cit.*, 207).

(38) Cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., 176.

(39) MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 87 ss.; ID., *Esecuzione specifica*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, 1966, XV, 527 s.

(40) NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 97; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, III, 164; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, III, 53 s.

(41) NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 3; NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 10; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, 95.

(42) R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., 22.

(43) Come nel caso delle prelazioni intraviste a favore dei creditori intervenuti prima dell'udienza stessa ex art. 596 c.p.c., rispetto agli interventi all'udienza stessa (ANDRIOLI, *op. cit.*, 236; ZANZUCCHI, *op. cit.*, 214), o le altre di cui agli art. 1416, cpv. 189, cpv., c.c. (BARBIERA, *loc. ult. cit.*).

(44) E. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nel processo di espropriazione*, Milano, rist. 1983, 29 ss. La natura di «archetipo» del processo esecutivo ordinario (ANDRIOLI, *Codice di procedura civile e leggi processuali speciali*, in *Foro it.*, 1942,

IV, 44) induce a non estendere qui il discorso a procedure diverse (su cui v. BARBIERA, *op. cit.*, 29 ss.; G. COSTANTINO, *Note sulle tecniche di attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., II, 791 ss.).

(45) Nel primo senso NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, *passim*, ma spec. 15 s.; nel secondo MONTESANO, *op. loc. ult. cit.*: in questo secondo caso, comunque, seri dubbi potrebbero avanzarsi sull'utilità dell'art. 2741 c.c. ai fini indicati nel testo, attesa la non inerenza dello stesso a beni costituzionalmente rilevanti (v., con riferimento all'art. 3 Cost., BARBIERA, *op. cit.*, 89; nonché le precisazioni di COSTANTINO, *op. cit.*, 795 s.).

(46) Cfr. F. MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, Milano, rist. 1962, 35 s.

(47) ANDRIOLI, *Intervento dei creditori*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XXII, 1972, 486 ss. e 491.

(48) Arg. ex ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 488 e 496; GARBAGNATI, *op. cit.*, 47.

(49) GARBAGNATI, *op. cit.*, 39. Una descrizione delle conseguenti distorsioni in MENESTRINA, *op. cit.*, 37 ss.

(50) Cfr. BARBIERA, *op. cit.*, 9 s.

(51) GARBAGNATI, *op. cit.*, 19 ss. e 76.

(52) E v. recentemente BARBIERA, *op. cit.*, 136 ss.

(53) Cfr. sul punto PARDOLESI, *op. cit.*, 516.

(54) MONTELEONE, *op. cit.*, 21 ss.

(55) E. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, 1988, XXXIX, 1041 ss., 1043, pone sullo stesso piano gli art. 2740 e 1218 c.c.: in realtà, se «il patrimonio del debitore soggiace... alle iniziative che il creditore può intraprendere per conseguire sopra di esso, nonostante l'inadempimento dell'obbligato, la realizzazione delle proprie ragioni di credito» (*ibid.*), significa che si prescinde dall'imputabilità dell'inadempimento (cfr. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 3, che fa riferimento all'inadempimento e non all'art. 1218 c.c.).

(56) V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 269 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 250 e 282 s. E v. Proto Pisani, *op. cit.*, 34 ss.; MAZZAMUTO, *op. cit.*, 299 s.; M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela «reale»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 853.

(57) Ne segue che la nozione di «sanzione esecutiva», correlata alla responsabilità del debitore ed alla conseguente estensione dell'art. 2740 c.c. alle forme di esecuzione specifica (su cui ha insistito larga parte della dottrina del secolo: v. per tutti NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 2 ss.; DI MAJO, *op. cit.*, 257), non è poi priva di addentellati nel diritto positivo.

(58) MONTELEONE, *op. cit.*, 133.

(59) Di qui i problemi affrontati da M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

(60) Cfr. G. ALPA, *Rischio* (dir. vig.), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, 1989, XL, 1144 ss. Per i motivi indicati nel testo non può essere accettata l'idea di GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, di un «controllo» limitato alle sopravvenienze che sarebbero state rilevanti in ipotesi di immediata introduzione del rapporto definitivo (cfr. MONTESANO, *Obbligazione ed azione da contratto preliminare*, cit., 1177).

(61) V. il mio *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, in *Foro it.*, 1993, I, 2457. Per utili spunti ai fini della distinzione preliminare-definitivo, v. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984, 41 ss.

(62) Categoria concettuale che, seppure con tutti i suoi limiti (F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* a cura di C. SALVI, Milano, 1978, 59 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, 16 ss.) non sembra inutile nelle ipotesi in cui rilevi la volontà del soggetto nella determinazione degli effetti giuridici.

(63) MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, 84 ss.

(64) MONTESANO, *Obbligazione ed azione da contratto preliminare*, cit., 1189.

(65) Cfr., ad es., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 212 ss.; P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, rist. Esi,

1982, 114.

(66) V., rispettivamente, NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 93, e NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, cit., 130, il quale, dopo aver ammesso la surrogazione nell'azione ex art. 2932 c.c. sul rilievo che «la conclusione del contratto definitivo è semplicemente un atto esecutivo», nega il ricorso all'art. 2900 per l'esercizio stragiudiziale del diritto da preliminarizzare in base alla natura «negoziale» della relativa «dichiarazione di volontà». Ancor meno accettabile la posizione di MONTELEONE, *op. cit.*, 292, che condiziona la surroga nell'azione alla «volontà... del debitore di avvalersi del preliminare», constatata a mezzo di «un atto di costituzione in mora, una diffida, un invito alla stipula», quasi che tali atti precludessero al debitore di mutare idea.

(67) RESCIGNO, *op. cit.*, 117 ss.

(68) V. rispettivamente U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1984, II, 20 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. Esi, 1978, 155 s.

(69) SACCO, *op. ult. cit.*, 265, rileva che il controllo è *res facti* conseguente alla dilazione del definitivo: a stretto rigore, il controllo è l'interesse realizzato e tutelato dalla sequenza preliminare-definitivo; il definitivo esprime l'esito positivo di detto controllo: in questa prospettiva la causa solutoria non sembra l'aspetto decisivo.

(70) Questa l'obiezione da muoversi, a mio avviso, a DIMAJÒ, *op. cit.*, 287 s. (334 ss., ed. 1987): se la parte si è riservata una «pausa di riflessione» in rapporto alle sopravvenienze, che tutela è quella che «forza» il suo «pensiero» ponendolo nel nulla? Che tutela riceve chi ha avuto l'accortezza di non concludere immediatamente un definitivo concedendosi, invece, una pausa di riflessione?

(71) NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, cit., 99 ss.

(72) Sulla nozione di fatto impeditivo e sulle sue implicazioni sostanziali – v. *infra* nel testo – cfr. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Camerino, 1974, 179 ss. e 220 ss.

(73) Cfr. AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1985.

(74) V., ad. es., MICHELI, *op. cit.*, ed. 1970, 190 ss.; non diversamente MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, cit., 106, riferisce l'inciso a tutti i presupposti legali degli effetti della sentenza. V., da ultimo, Cass. 16 dicembre 1992, n. 13282, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Contratto in genere*, n. 382.

(75) Non è questa la sede per soffermarsi sulla cennata situazione di «non possibilità», i cui lineamenti devono comunque cercarsi tenendo conto della rilevata natura della stessa di nozione a contenuto indeterminato.

(76) ZUCCONI, *op. cit.*, 757.

(77) Sulla storicità e sulla significatività dei quali, v. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 3.

(78) Cfr. L.P. COMOGGIO, *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 450 ss. E v. già MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. 17 ss., 95 ss.