

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
"FEDERICO II"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

**TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMUNE
PATRIMONIALE**

**CONTRATTO ATIPICO E ACQUISTO DI DIRITTI REALI
IMMOBILIARI**

CANDIDATO:
Dott.ssa Chiara d'Ambrosio
Ciclo XVII

COORDINATORE:
Ch. mo Prof. Enrico Quadri

CAPITOLO PRIMO

CONFIGURABILITA' DEL CONTRATTO ATIPICO NEL DIRITTO PRIVATO VIGENTE

SOMMARIO: 1. Atipicità del contratto: nozione e limiti. – 2. La causa e il tipo contrattuale. – 3. Rilevanza dei motivi nel contratto. – 4. Meritevolezza di tutela. – 5. Profili di disciplina del contratto atipico.

1. Atipicità del contratto, nozione e limiti.

Il tipo contrattuale è stato definito come il modello di un'operazione economica ricorrente nella vita di relazione¹. Esso si distingue in legale o sociale².

Il primo è un modello di operazione economica che si è tradotto in un modello normativo, cioè in un modello di contratto previsto e disciplinato dalla legge.

Il secondo, invece, è un modello diffuso nella pratica degli affari ma non regolato specificamente dalla legge. Tuttavia quando si parla di contratto tipico ci si riferisce di regola al tipo legale, perpetrando un principio del diritto romano³. I contratti legalmente tipici consistono, quindi, in modelli normativi nei quali trovano composizione ricorrenti bisogni della vita di

¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 473; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1960, rist. Napoli, 1994, p. 193 secondo cui il “tipo” corrisponderebbe ad un'aggregazione di comportamenti sociali omogenei stigmatizzata da disposizioni legislative; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 8 che afferma che i contratti tipici sono quelli che nella prassi commerciale si presentano con una certa uniformità di contenuto, almeno nelle linee essenziali e che, in quanto tali, sono stati recepiti e suggellati da norme giuridiche. Sull'argomento è doveroso il rinvio a DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

² GRASSETTI, *La rilevanza dell'intento empirico???* p. 14 ss. (dell'Estratto); ID, *L'interpretazione*, p. 168 ss.

³ Così V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1950, p. 82.

relazione. Quando la fattispecie contrattuale concreta coincide con uno di questi modelli, essa si qualifica come contratto tipico, in quanto corrispondente alla fattispecie astratta tipizzata dal legislatore. La qualificazione del contratto, infatti, costituisce il risultato del confronto tra il singolo contratto posto in essere dalle parti, quale regolamentazione della specifica operazione economica, ed il modello normativo di riferimento per tale operazione.

Sotto il vigore del codice del 1865, nell'ambito del procedimento di qualificazione si tendeva a ricondurre ogni fenomeno al tipo negoziale corrispondente alla prestazione principale. Come non ha mancato di rilevare autorevole dottrina ciò rappresentava il riflesso "della rigidità del sistema delle fonti delle obbligazioni"⁴. Appariva necessario, cioè, ricollegare alla figura del contratto, quale fonte tipica delle obbligazioni, ogni forma di manifestazione dell'autonomia e far dipendere solo dall'utilizzazione dello specifico schema tipico contrattuale la realizzazione delle operazioni economiche corrispondenti. In altri termini, ogni fenomeno contrattuale non riconducibile immediatamente ad un tipo, doveva esservi ricondotto attraverso un'analisi più o meno complessa del suo contenuto, diretta a stabilire quale fosse la prestazione principale, con la conseguenza che il contratto atipico veniva fatto rientrare nel tipo al quale corrispondeva la prestazione principale⁵. Pertanto la disciplina

⁴ GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 5 ss.

⁵ Cfr. MESSINA, *I negozi fiduciari*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, pag. 91.

del contratto innominato finiva per essere quella del contratto nominato con il quale il contratto innominato presentava il maggior numero di analogie.

All'esito delle brevi considerazioni svolte appare evidente che, nel vigore del codice previgente, non residuava spazio alcuno per il contratto atipico⁶, venendo, gli articolati assetti di interessi espressi dalla prassi, ricondotti nell'alveo del tipo attraverso il procedimento ermeneutico.

Con il codice del 1942 il contratto atipico trova piena cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, pur con il limite, previsto dal nuovo art. 1322 c.c., della meritevolezza degli interessi che si intendono perseguire. Le molteplici attività degli individui richiedono l'impiego di strumenti differenti ed il perseguimento di certi interessi ben individuati è generalmente raggiunto mediante il ricorso a certe forme di attività collaudate, razionalmente e storicamente ritenute come le più adeguate al raggiungimento di un tale scopo. Può, peraltro, accadere che le vecchie strutture, già tipiche, con il trascorrere del tempo e la conseguente continua evoluzione degli interessi al cui componimento mira il contratto, si rivelino insufficienti a realizzare al meglio tali interessi. In tal caso vengono create nuove strutture o quelle antiche vengono utilizzate per fini differenti da quelli per cui erano state create.

⁶ Pur avendo previsto l'art. 1103 c.c. che: "*i contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo*".

Tuttavia, non tutto ciò che la realtà sociale esprime è suscettibile di essere considerato rilevante o, addirittura, positivamente qualificabile nell'ordinamento giuridico. Esso, *pur prevedendo schemi tipici* che riproducono le strutture normali delle attività fondamentali, non solo ammette che tali schemi tipici possano essere modificati ma, espressamente, *consente che ne siano creati di nuovi*, corrispondenti a modelli storicamente affermatasi nella realtà sociale, o a schemi individuali frutto della creazione dei singoli e non di un agire sociale.

Ai fini dell'ammissibilità sul piano dell'ordinamento giuridico di tali ultime figure non rileva la novità della struttura e della regolamentazione adottata dalle parti, fattori questi in cui si concreta l'atipicità, quanto la valutazione della meritevolezza degli interessi che le parti intendono perseguire attraverso quelle strutture. Va da sé che, quando lo schema adottato in concreto è socialmente tipico, sulla valutazione della meritevolezza dell'interesse non potrà non influire la valutazione positiva che di quel tipo di atto e dell'interesse ad esso sotteso, è stata data nella realtà sociale. Ma, se da un lato non è necessaria una valutazione sociale positiva perché un atto individuale possa inserirsi nell'ordinamento giuridico e trovare in questo tutela, dall'altro neppure una valutazione sociale è sufficiente perché l'interesse sia considerato meritevole di tutela.⁷

⁷ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 224 ss., riprende l'esempio di Tullio Ascarelli, secondo cui il *trust* nell'esperienza storica anglosassone, pur essendo diffuso nella realtà sociale, non trovò per lungo tempo riconoscimento nell'ordinamento.

Chiarito il concetto di atipicità e segnalato, seppure brevemente, il diverso ambito di operatività dello stesso nel codice del 1865 ed in quello del 1942, appare opportuno sottolineare che, se per una parte della dottrina⁸ le locuzioni contratto innominato e contratto atipico sono sinonimi, per altra parte della dottrina⁹ la nozione di contratto atipico non coincide con quella di contratto innominato, ma ricomprende quegli atti individuali che non possono ricondursi ad alcun tipo, né legale (contratti nominati), né sociale (contratti innominati).

Vi è, inoltre, chi ritiene che il *nomen* non abbia una funzione qualificatoria in senso tecnico di una data fattispecie, ma possa servire esclusivamente a catalogarla sotto il profilo semantico¹⁰. In argomento si osserva che il codice vigente contiene una serie di norme rubricate col termine nozione le quali, pur contenendo la descrizione delle diverse operazioni che nel codice vengono qualificate come contratti, non esprimono in forma sintetica la disciplina dei vari istituti contrattuali, ma ne delimitano esclusivamente l'ambito (astratto) di applicazione.¹¹ Le norme definitorie, cioè, andrebbero riferite soltanto al momento creativo del contratto, ma nulla dicono della sua operatività. L'attribuzione di un certo *nomen contractus* ad una fattispecie concreta vuol dire compiere una catalogazione e non una sussunzione nei modelli prospettati dalle norme di legge. In

⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 449 s.

⁹ G.B. FERRI, *op. cit.*, pag. 241.

¹⁰ COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., pag. 4.

¹¹ Così BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 63 ss.

tale prospettiva, perciò, la classe dei contratti innominati si configura come una categoria di contratti non catalogabili secondo gli schemi legislativi positivi, ma non anche sprovvisti di una regolamentazione all'interno del codice.

Infine, parte della dottrina distingue tra contratti nominati e tipici a seconda che la legge, anche diversa dalle norme codificate, contempra una certa figura contrattuale qualificandola solo nominalmente oppure ne indichi anche la disciplina¹². In senso contrario, tra coloro che parlano di contratto innominato come sinonimo di contratto atipico, vi è chi definisce tale contratto quello per il quale l'ordinamento giuridico non ha predisposto una particolare disciplina giuridica. Il "non avere un nome" dipende dal fatto che un determinato contratto non è assoggettato a disciplina propria e, pertanto, si configura come innominato anche quel contratto che, sebbene trovi un nome nella legge, sia sprovvisto di disciplina particolare legale, salvo che la menzione del contratto sia fatta in un luogo tale che se ne possa indurre, per via di rimando, la disciplina giuridica¹³.

2. La causa e il tipo contrattuale

In materia di contratti le espressioni causa e tipo ricorrono più volte nel codice civile.

L'art. 1325 c.c. indica la causa tra i requisiti essenziali del contratto. Gli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c. parlano di causa e

¹² SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pag. 786.

¹³ MESSINEO, voce *Contratto innominato*, in *Enc. dir.*, X, p. 98.

motivo illecito e del contratto in frode alla legge. Il II° comma dell'art. 1418 c.c. sanziona con la nullità la mancanza o l'illiceità della causa.

Come già detto, la locuzione “tipo” compare al secondo comma dell'art. 1322 c.c., che prevede la possibilità per le parti di concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare ed all'art. 1323 c.c., che sottopone anche i contratti atipici alle norme generali contenute nel titolo II del Libro delle obbligazioni.

Nell'attività negoziale la volontà delle parti ha un rilievo di primaria importanza e, pertanto, nella determinazione degli effetti che ne scaturiscono, occorre tenerne conto.¹⁴ Occorre, però, ricondurre tale attività sul piano dell'ordinamento giuridico, affinché attraverso l'inserimento in esso, assuma il carattere di attività giuridicamente rilevante e, come tale, meritevole della tutela apprestata dall'ordinamento stesso.

Sotto il vigore del codice del 1865 la necessaria tipicità dell'operazione economica portava a mettere in evidenza lo scopo tipico che caratterizza, in sede economica e giuridica, l'operazione assorbita nel contratto tipico. Il problema del tipo negoziale si congiungeva così con quello della causa. Nel codice previgente, infatti, la causa, configurandosi come scopo economico tipico, da un lato interferiva con la problematica del motivo e, dall'altro, la tipicità economica ne poneva in luce i

¹⁴ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 72.

punti di contatto con i negozi nominati.

Nella dottrina italiana sviluppatasi sotto il codice del 1865, la causa viene considerata lo scopo giuridico economico del negozio¹⁵ e, pertanto, sia che si accentui l'elemento individuale dello scopo, della tensione al risultato, sia che si accentui l'elemento oggettivo e, cioè, si metta l'accento sul risultato, ci si trova pur sempre di fronte ad un fenomeno che richiama entrambi gli aspetti, soggettivo ed oggettivo¹⁶.

Si va poi affermando la tendenza a considerare la causa come "funzione economico sociale"¹⁷. Tale definizione, come è stato rilevato da autorevole dottrina, sposta il punto di vista da cui si esamina il negozio, in quanto la "funzione" va determinata con riferimento alla norma¹⁸. L'attività del privato non può limitarsi alla realizzazione di interessi meramente individuali, pur non contrastanti con quelli generali, ma deve tendere al perseguimento di questi ultimi, ed intanto potrà essere tutelata, in quanto attraverso l'interesse privato se ne realizzi uno sociale generale. Ecco che al concetto di scopo si sostituisce quello di funzione.

¹⁵ VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Opere giuridiche (Studi sulle obbligazioni)*, vol. I, p. II, Roma, 1919, pag. 387 ss.; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1950, p. 89 ss.; FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1913, pag. 31 s.; MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, pag. 71 ss.

¹⁶ In tal senso, con riguardo al codice vigente, AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 17, n. 17, il quale afferma che lo "scopo delle parti" è sostanzialmente differente dallo "scopo del legislatore" e, pertanto, rileverebbero all'interno del contratto una causa soggettiva ed una causa oggettiva.

¹⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 283 ss.

¹⁸ PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 89.

Secondo una diversa prospettiva si afferma che la causa costituisce il punto di incontro tra la volontà del privato e l'ordinamento giuridico e che la volontà possa foggare lo schema causale secondo le concrete esigenze pratiche. Pertanto la causa andrebbe individuata nella "funzione giuridica del negozio fissata dalla sintesi dei suoi effetti giuridici essenziali"¹⁹.

La Relazione al codice del 1942 sembra aver accolto, in tema di causa e tipo negoziale, l'impostazione della dottrina secondo cui causa e tipo fanno capo ad un identico concetto di funzione economico sociale²⁰. Ciò non risulta con altrettanta evidenza dagli articoli del codice civile stesso. L'art. 1322 c.c., sotto l'intitolazione "autonomia contrattuale", fissa i termini del rapporto tra attività del privato e ordinamento giuridico, prevedendo che le parti possono liberamente determinare il contenuto dei contratti nei limiti imposti dalla legge e possono anche concludere contratti non appartenenti ai tipi aventi una particolare disciplina, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. L'attività creatrice dell'individuo, libera nella determinazione delle strutture organizzative del contratto, non lo è altrettanto nella scelta dei fini da assegnare a queste strutture, perché gli interessi

¹⁹ PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Diritto civile*, cit., p. 63 ss. e *passim*.

²⁰ Cfr. Relazione al cod. civ. n. 603, nella quale si afferma che i contratti atipici sono ammissibili solo "se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico".

da perseguire devono essere meritevoli di tutela. In tale prospettiva la nozione di “tipo” e di “causa” assumono una precisa collocazione e funzione: il tipo riguarda la struttura dell’atto; la causa, invece, l’interesse e più precisamente la sua caratteristica di essere meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico²¹.

In argomento una parte della dottrina ha affermato che la causa del negozio atipico non può consistere nelle funzioni economico-tipiche del negozio²². Si osserva, infatti, che una funzione economico-tipica può addirittura mancare, sia perché un tipo sociale non si è ancora formato sia perché l’interesse, pur meritevole di tutela, è un interesse del tutto particolare e contingente. Per di più, anche per una struttura tipica occorre valutare la natura dell’interesse che le parti perseguono e la sua meritevolezza. Da ciò si evince che la causa non è “funzione economico sociale” ma “economico individuale”, in quanto riguarda un’operazione che esprime esigenze ed interessi di uno o più individui. L’uso di uno schema tipico non è sufficiente, né vincolante, per la valutazione del negozio da parte dell’ordinamento giuridico. Tale valutazione, infatti, deve riguardare, senza limiti formali, tutto il procedimento negoziale e cioè quell’insieme di situazioni e risultati che permettano di

²¹ In tal senso NICOLO’, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell’obbligazione*, in *Annali Un. Di Messina*, 1934, p. 5 ss. Così anche GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit, p. 33 ss.

²² G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 255.

cogliere l'essenza dell'operazione economica²³.

Abbandonato, quindi, il riferimento alla causa tipica, quale astratta funzione del negozio, occorre piuttosto riconoscere nella causa la "ragione concreta del contratto"²⁴. Occorre, in altri termini, accertare la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare, la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro accordo, l'interesse concretamente perseguito. Non basta verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali disegnati dalla legge, ma occorre verificare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che - sia pure tacitamente - sono entrate nel contratto. L'interesse individuale, infatti, si modifica non soltanto attraverso una modificazione sostanziale della struttura, ma anche attraverso l'inserimento, nella struttura, di determinazioni accessorie e di motivi psicologici propri delle parti e considerati come determinanti della volontà negoziale. Un interesse che, senza quelle determinazioni accessorie, o in mancanza dell'inserimento di quei motivi, sarebbe meritevole di tutela, può non esserlo più quando tale inserimento si attui. La considerazione dell'operazione, nella sua unità, è necessaria per la valutazione dell'aspetto funzionale, cioè per la valutazione della meritevolezza dell'interesse cui quell'operazione tende. Si dovrà constatare la compatibilità e la coincidenza dell'interesse

²³ Così SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 108 ss.

²⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 452.

individuale con quello, presumibilmente generale, che i principi giuridici esprimono. Laddove questa coincidenza non si verifichi, la regola negoziale si vedrà respinta dall'ordinamento giuridico. Sarà pertanto utilizzata la causa concreta quale criterio di interpretazione ed adeguamento del contratto. Solo in relazione all'interesse concreto perseguito dalle parti deve, infatti, accertarsi se, ad esempio, il rapporto possa sopravvivere ad una parziale nullità del contratto.

La nozione di causa concreta è fatta propria anche dalla giurisprudenza. Pur non mancando massime giurisprudenziali in cui è presente il riferimento alla causa tipica²⁵, sempre più spesso i giudici impiegano una nozione di causa intesa come funzione concreta del contratto, quale sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare²⁶.

Attese le considerazioni svolte, risulta pienamente comprensibile la diversità delle problematiche legate alla causa e al tipo contrattuale. Con riferimento al tipo legale occorre verificare l'esistenza di una pattuizione che risponda in astratto ai requisiti posti da uno schema tipico, al fine di stabilire la

²⁵ Cfr. Cass., 11 agosto 1980, n. 4921, **in**: la causa del contratto consiste nello scopo tipico che le parti si propongono di conseguire e costituisce la ragione ultima della loro determinazione volitiva: essa si concreta nella ragione economico-sociale del negozio ed ha una propria configurazione giuridica rispetto ai motivi soggettivi delle parti, i quali ad essa non equivalgono, anche se comuni ai contraenti.

²⁶ Cfr., ad esempio, Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1973, I, 1085 e 1974, I, 227: non ripudiandosi il concetto astratto ed obbiettivo di causa come funzione economico sociale del negozio, tale funzione non deve rimanere nel limite dell'astrattezza, ma deve essere presente anche nel contratto, pur tipico, concretamente posto in essere: quest'ultimo deve cioè avere una funzione concreta, obbiettiva, che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente ed astrattamente determinate, così come nell'ipotesi di contratto atipico la causa creata dalle parti deve rientrare in una delle funzioni degne di tutela. In tal senso anche Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1971, I, 2376.

normativa applicabile. In secondo luogo, bisognerà verificare se quel dato schema tipico esiste o non esiste in concreto, cioè sia o meno presente. In terzo luogo, dovrà verificarsi la presenza o l'assenza di un accordo. Tali problemi non hanno nulla a che vedere con la causa del contratto, che va ravvisata, come già detto, avuto riguardo agli interessi che i privati intendono perseguire con la concreta operazione economica. Con il tipo si pone un problema di configurabilità dell'operazione, con la causa si pone invece un problema di liceità e meritevolezza degli interessi perseguiti. Con il tipo si opera un raffronto statico tra lo schema posto in essere dai privati e lo schema disciplinato dal legislatore, con la causa si opera un raffronto dinamico tra interessi perseguiti dai privati e interessi ritenuti leciti e dunque protetti dall'ordinamento. Con il tipo si deve aver riguardo allo schema astratto, con la causa si deve indagare sui concreti risvolti dell'operazione economica vista nella sua complessità, ivi compresi gli aspetti soggettivi ed oggettivi che sfuggono del tutto ad un'indagine condotta per schemi e per tipi.²⁷

3. Rilevanza dei motivi nel contratto.

Anche gli elementi accidentali incidono, in modo più o meno rilevante, nella funzione economico individuale del negozio e valgono a delimitare l'interesse concretamente perseguito. Anche questi elementi devono essere tenuti presenti

²⁷ GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2004, p. 791.

nella valutazione della meritevolezza dell'interesse, ben potendo una valutazione negativa dell'interesse (e quindi dell'intero negozio) dipendere proprio dall'inserzione di questi elementi individuali, non presenti nel tipo legale o sociale.

Agli elementi accidentali tradizionali (condizione, termine e *modus*) si aggiungono quelli che derivano da clausole particolari e quelli che derivano dall'inserzione dei motivi.

La condizione, pur essendo astrattamente un elemento accidentale, diviene un elemento essenziale, quando sia presente nel negozio concreto, perché essa è considerata, nella volontà delle parti, elemento necessario per la realizzazione della funzione economico individuale al negozio assegnata. Il *modus* invece può avere una rilevanza più limitata. Come l'illiceità di condizione e *modus* può incidere o meno sull'intera operazione negoziale, anche la mancata meritevolezza di tutela di tali elementi accidentali non è sufficiente in sé a tradursi in una immeritevolezza globale del negozio. Occorre anche in tal caso valutare la funzione individuale che l'operazione economica, unitariamente considerata, rappresenta per le parti. Anche il motivo, se determinante e comune ai contraenti, è rilevante. Occorre, nell'esaminare la causa del contratto, individuare i punti di contatto e di demarcazione con i motivi soggettivi dello stesso. Come già detto, non può negarsi l'incidenza del motivo sull'assetto di interessi complessivo perseguito dalle parti, quando le ragioni che le hanno mosse al contratto si traducano,

anche implicitamente, nel contenuto negoziale, oggettivandosi.

Se la causa costituisce lo scopo oggettivo concreto ed immediato che le parti perseguono stipulando quel dato contratto, il motivo è la rappresentazione soggettiva che induce le parti a concludere il contratto, rappresenta gli interessi che la parte intende soddisfare mediante il contratto ma che non rientrano nel contenuto di questo. Pertanto il motivo rimane fuori del congegno contrattuale, costituendo uno scopo ulteriore del tutto irrilevante.

Tradizionalmente l'irrilevanza dei motivi è stata spiegata considerando il motivo un impulso psichico che non si traduce nell'atto di volontà negoziale. Questa spiegazione ben si concilia con la tesi della causa intesa in senso tipico e astratto, alla cui stregua i motivi, confinati nella sfera della determinazione soggettiva delle parti, non superano la soglia della rilevanza giuridica. Ma il criterio distintivo qui riferito non può più giustificarsi alla luce della nozione accolta della causa concreta. I motivi, infatti, ben possono penetrare all'interno dello schema causale, proprio perché la causa va dedotta dalla concreta operazione economica realizzata dai privati e caratterizzata dalle circostanze oggettive e soggettive.²⁸

Non sempre è facile stabilire quando un motivo resti al di fuori o penetri all'interno della struttura contrattuale.

²⁸ In tal senso Cass., 92/4209, in *Nuova giur. civ. com.*, 1992, I, p. 826, che ha ritenuto illecito il contratto di mutuo concesso al giocatore dal gestore del casinò, in quanto l'interesse immorale di quest'ultimo, che si identifica con il motivo che lo spinge a dare a mutuo la somma, penetra all'interno dello schema causale qualificandolo.

Generalmente il passaggio dal motivo soggettivo irrilevante all'interesse che penetra nella causa non è necessariamente legato all'esteriorizzazione. Tale esteriorizzazione può talvolta costituire uno dei possibili elementi di giudizio²⁹, ma ciò che conta è accertare che ad essa corrisponda una particolare articolazione della vicenda contrattuale. In argomento si è ritenuto che il motivo, quantunque comune e “qualificato”, non possa incidere sul piano della fattispecie, concorrendo a determinare l'esito del giudizio di validità dell'atto³⁰. In realtà il motivo, comune ed oggettivato (anche se in maniera non espressa), diventa determinante nella valutazione dell'efficacia dell'atto e della sua idoneità a produrre *modificazioni stabili e definitive* nella sfera giuridico patrimoniale dei contraenti. Sotto questo profilo il motivo concorre ad individuare l'aspetto negoziale della causa, cioè quello determinato in funzione della volontà comune e desunto dal concreto assetto di interessi.

Talvolta si è operata, inoltre, una distinzione tra causa e “scopo” del negozio, ad esempio nel caso di negozio indiretto o di negozio fiduciario. Ma, in realtà, in tali casi ciò che è definito “scopo” altro non è che la causa desunta dal concreto autoregolamento di interessi. Intendendo correttamente lo “scopo” come la causa operante sul piano dell'autoregolamento di interessi, tale scopo incide in maniera determinante sulla

²⁹ C. 2000/14028

³⁰ LA PORTA, *Il problema della causa del contratto - I - La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, pag. 31.

identificazione della disciplina da applicare al rapporto contrattuale. Come già detto, se si considera la causa come la funzione economico-individuale del contratto³¹, vi è un'immediata influenza del motivo comune qualificato sull'assetto causale del contratto.

Il motivo illecito, pur quando entra a far parte della struttura negoziale, è rilevante e determina la nullità del contratto, solo quando è stato l'unico che ha indotto le parti a contrarre ed è anche comune (art. 1345 c.c.). E' invece irrilevante quando la legge preveda una sanzione diversa dalla nullità. E' dunque necessario che tale motivo illecito sia esclusivo, cioè determinante ai fini della contrattazione. E' inoltre necessario che esso sia comune, sia cioè il medesimo che spinge entrambi i contraenti a contrarre. Non è sufficiente che il motivo di una parte sia semplicemente conosciuto dalla controparte, purché quest'ultima non ne riceva un vantaggio; in tal caso il motivo illecito è da ritenersi ugualmente comune.

In tutti i casi in cui vi sia un motivo comune e determinante, è difficile che il motivo non penetri all'interno dell'operazione, risolvendosi in causa, valutata in concreto.

La conferma che il motivo individuale, oggettivato nella ragione ultima del regolamento di interessi, incide in maniera determinante sulla qualificazione causale del contratto, si può trarre dall'esame della disciplina della donazione, ove il

³¹ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 156 ss.

trattamento riservato al motivo illecito è diverso da quello fissato dall'art. 1345 c.c., e dove è espressamente disciplinato l'errore sul motivo in difformità a quanto previsto per i contratti dagli artt. 1427 ss. c.c.. Dall'esame della fattispecie donativa può ritenersi che la sovrapposizione tra causa e motivi vada esclusa soltanto sul piano del "fatto giuridico" e non sul piano dell'autoregolamento di interessi.

4. Meritevolezza di tutela.

L'idea secondo la quale l'interesse perseguito dalle parti deve essere giustificativo del contratto alla stregua di un apprezzamento oggettivo, ha trovato risposta nel codice vigente con la norma che sancisce il principio dell'autonomia contrattuale: le parti possono concludere anche contratti non appartenenti ai tipi legali, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, II co., c.c.).

Si è sostenuto che il contratto debba avere una funzione sociale e che, pertanto, siano validi solo i contratti che realizzano interessi socialmente utili, mentre vadano disconosciuti quei contratti che realizzano interessi futili ed estranei al bene comune³². La libertà di dar vita a schemi atipici non va esercitata arbitrariamente ma deve restare all'interno di determinate costruzioni tipiche dei traffici. L'interesse individuale sporadico

³² BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 171

non potrebbe essere protetto, perché solo le pretese sociali costanti che hanno già ricevuto una tipizzazione in chiave sociale meritano tutela giuridica, in quanto suscettibili di essere ordinate in modo regolare e fisso al fine di evitare uno stato di insicurezza giuridica, addirittura di anarchia, che non potrebbe non avere effetti negativi per il traffico negoziale. Tale Autore ritiene che la liceità sia condizione necessaria ma non sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere ad un'esigenza durevole della vita di relazione, ad una funzione di interesse sociale che solo il diritto, attraverso l'apprezzamento interpretativo della giurisprudenza, è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela. Qualora il negozio fosse stato concluso senza essere giustificato da una causa meritevole di tutela giuridica, esso sarebbe "nullo per mancanza di causa"³³.

Tale tesi e la stessa formula legislativa, sono state criticate quali espressioni di un'ideologia dirigistica, contrastante con l'ispirazione sostanzialmente liberistica del nostro codice. La Relazione al Re individuava tra i criteri di giudizio della meritevolezza, oltre a quelli propri della liceità (conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume), anche la coscienza civile e politica, nonché i principi ispiratori dell'economia nazionale, cioè del corporativismo, con un'intromissione delle finalità proprie del regime fascista nella

³³ BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 193 e *passim*; ID., in *Giust. it.*, 1947, IV, p. 144.

sfera dell'autonomia contrattuale. In verità l'impiego dell'utilità sociale come ulteriore criterio di controllo del contenuto del contratto, accanto alla liceità, è di scarsa rilevanza, perché è difficile ipotizzare contratti socialmente dannosi ma non illeciti, mentre per quelli socialmente futili il problema è quello della giuridicità del vincolo e della patrimonialità della prestazione³⁴.

In argomento si condivide l'opinione secondo cui il problema della causa, che investe il fondamento dell'autonomia contrattuale nell'attuale ordinamento, non può prescindere dalla scelta del codice nel senso della meritevolezza di essa. Non qualsiasi interesse giustifica il contratto, ma solo un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico³⁵. Il giudizio sulla meritevolezza dell'interesse non può poi prescindere dalla scelta costituzionale nel senso che l'iniziativa privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41² Cost.). La causa, in altri termini, non può ritenersi meritevole di tutela quando l'interesse perseguito non risulta conforme alle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali. Il contratto immeritevole si identifica con quello contrario ai principi costituzionali e, segnatamente, all'utilità sociale³⁶.

³⁴ GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2004, p. 796.

³⁵ C.M. BIANCA, *Diritto Civile. III. Il Contratto*, cit, p. 432.

³⁶ NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 92; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 141. Vedi anche COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 50, che richiama, inoltre, le norme dei trattati della CEE.

Non è mancato chi ha affermato che questa appare “la versione riveduta e corretta della concezione fascista del negozio, quale strumento di autonomia finalizzato alla realizzazione di interessi sociali”³⁷.

Pertanto, in un’ottica liberale classica, altra parte della dottrina³⁸ ritiene invece che il criterio della meritevolezza debba coincidere con quello della liceità, non sussistendo più le ragioni politiche di un diverso ulteriore controllo dell’autonomia contrattuale.³⁹ In argomento alcuni autori parlano di confluenza del giudizio di meritevolezza in quello di liceità⁴⁰. Si osserva, infatti, che i parametri della immeritevolezza sono indicati, dagli stessi compilatori del codice, in quelli dell’illiceità e ciò escluderebbe una separazione del giudizio di meritevolezza da quello di liceità. Nella dottrina recente, di conseguenza, si propone anche una lettura abrogativa della norma sulla meritevolezza.⁴¹

Anche in giurisprudenza il giudizio di meritevolezza è costantemente ritenuto identico al giudizio di liceità e, pertanto, l’applicazione della regola di cui all’art. 1322, II comma, c.c. è

³⁷ MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987 e ora in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992, p. 38.

³⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 249, nonché, evidenziando il sostrato ideologico liberale, in *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1976 e ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1996, p. 414.

³⁹ GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica. I. Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 199; SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 447; BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di diritto civile* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. III, Torino, 1997, p. 97.

⁴⁰ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 199.

⁴¹ Così GUARNIERI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale del contratto*, cit., p. 814.

sempre avvenuta nell'ambito del giudizio di liceità⁴².

Le eccezioni a questo orientamento consolidato sono davvero sporadiche. Un esempio può essere rinvenuto nella decisione in cui fu dichiarata la immeritevolezza di un contratto di cessione di un rapporto obbligatorio vietato nello specifico ordinamento in cui era destinato ad operare (cessione di cartellini di calciatori da una società sportiva ad un privato, in contrasto con i regolamenti dell'ordinamento sportivo), ritenuto tale (immeritevole) poiché incapace di svolgere la sua funzione nel contesto ordinamentale di riferimento⁴³.

Altra parte della dottrina ritiene che il giudizio ex art. 1322, II co., c.c. circa la meritevolezza dell'interesse appaia qualitativamente diverso rispetto a quello della liceità⁴⁴. Mentre quest'ultimo ha la funzione di salvaguardare l'ordine giuridico dalla presenza di singoli accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari (norme imperative, ordine pubblico e buon costume), il giudizio di meritevolezza si incentra nella valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione

⁴² Per tutte v. Cass., 6 giugno 1967, n. 1248, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1027; Cass., 5 luglio 1971, n. 2091, *ivi*, 1971, I, c. 2190; Cass., 19 ottobre 1974, n. 2859, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1066; Cass., 13 maggio 1980, n. 3142; Cass., 31 aprile 1984, n. 4738, in *Dir. giur.*, 1986, p. 229; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Corr. giur.*, 1991, I, p. 2889; **Cass. 2004/2288**

⁴³ Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 185. In contrario, ritiene che in tal caso ricorra piuttosto la impossibilità giuridica dell'oggetto, con conseguente nullità del contratto, DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, p. 340.

⁴⁴ SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto*, art. 1321–1352, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1970, p. 43; GAZZONI, *Manuale*, cit, p. 796. In giurisprudenza: Cass., 10 marzo 1980, n. 1602, in *Riv. not.*, 1980, p. 842.

degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa, intesa come mera predisposizione di schemi.

La meritevolezza opererebbe dunque a livello di tipo e non a livello di causa, perché dovrebbe solo valutare se lo schema astratto è accettabile o inaccettabile sul piano giuridico. Pertanto secondo tale dottrina l'indagine non dovrebbe essere compiuta in presenza di un contratto tipico, che si inquadra cioè in uno schema prefissato dal legislatore⁴⁵.

Il giudice dovrà quindi osservare lo schema ideato dai contraenti e verificare se esso abbia un significato economico sociale, cioè una propria funzione da svolgere, nel senso di essere idoneo ad assurgere a tipo normativo. Solo in tal senso potrà parlarsi di utilità sociale, perché lo schema astratto sarà utilmente adottato dalla collettività. Lo schema, benché significativo, potrebbe essere contrario a principi inderogabili dell'ordinamento, cosicché tutti i contratti su di esso modellati sarebbero illeciti. Il giudice dovrebbe allora dichiarare meritevole di tutela lo schema astratto, ma illecito in concreto il singolo contratto su di esso modellato.⁴⁶

Potrebbe anche pensarsi ad un giudizio di immeritevolezza,

⁴⁵ GAZZONI, *Manuale*, cit. p. 796. In tal senso anche la Relazione al codice n. 603: "Un controllo della corrispondenza obbiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati: in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto e resta allora da indagare [...] se per avventura la causa considerata, non esista o sia venuta meno". Nello stesso senso in giurisprudenza, Cass., 2000/14330, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1987.

⁴⁶ *Contra*: Cass. 1995/7856; COSTANZA, in *Contr. impr.*, 1987, p. 430.

che altro non sarebbe se non un giudizio di illiceità in astratto e non in concreto, con una sorta di unificazione delle due distinte fasi (giudizio di meritevolezza in astratto e successivo giudizio di liceità in concreto). Appare però preferibile ritenere che la meritevolezza di tutela riguardi l'interesse e, cioè, la causa del contratto, e non già lo schema, cioè il tipo.

Altro aspetto è quello dell'accertamento circa l'effettiva intenzione dei contraenti di dar vita ad un vincolo giuridico, come tale coercibile, in presenza di uno schema individuale e non sociale. L'indagine circa la volontà di giuridicizzare l'operazione va condotta in termini soggettivi ed oggettivi, avendo riguardo al concreto regolamento contrattuale nonché ai rapporti intercorrenti, più in generale tra i soggetti. Un contratto, benché socialmente inutile, nel senso di indifferente, potrebbe essere meritevole di tutela se risultasse accertata una indiscussa volontà dei privati di autovincolarsi secondo le regole giuridiche. In conclusione, il contratto ideato dai privati con riguardo ad un'operazione atipica in senso assoluto ed economicamente futile, potrà essere giudicato inidoneo non già perché asociale, cioè del tutto individuale e sporadico, ma perché la futilità è di per sé indizio di un'assenza di reale, seria e definitiva volontà giuridica.

5. Profili di disciplina del contratto atipico

Per le considerazioni fin qui svolte, il contratto atipico

difetta di una specifica disciplina, che rimane allora da determinare. Le norme generali in tema di contratto, come tali operanti per tutti i contratti, non possono servire quando occorre stabilire a quale trattamento giuridico il contratto, in relazione alla sua specifica struttura e funzione, deve soggiacere. Dette norme generali possono rilevare solo in quanto la disciplina formale (o strutturale) del contratto innominato, non è, né può essere diversa da quella del contratto nominato. L'art. 1322, II co., c.c. prevede due limiti alla possibilità per le parti di porre in essere contratti atipici: la meritevolezza di tutela, che allude al contenuto o causa del contratto e quello della conformità del contratto all'ordinamento giuridico, che allude all'esigenza di legalità⁴⁷. Tale richiamo all'ordinamento giuridico va inteso nel senso che il contratto atipico deve, ai fini della validità, essere stipulato con il rispetto dei limiti stessi che sono imposti per i contratti tipici dalle norme imperative. Le norme contrattuali generali dispositive e suppletive, possono invece restare inosservate.

Sotto l'aspetto del contenuto il contratto innominato fruisce di una notevole elasticità di disciplina, in quanto può essere vicino o lontano rispetto a figure singole di contratti tipici.

La ricerca della disciplina particolare del singolo contratto atipico è necessaria in quanto le norme generali disciplinano, come già detto, gli elementi strutturali (o formali), mentre è

⁴⁷ MESSINEO, voce *Contratto innominato*, in *Enc. Dir.*, X., p. 107.

rimesso alla disciplina particolare la regolamentazione del contenuto del singolo contratto. Occorre allora distinguere. Per le figure di contratti atipici in cui vi è il massimo distacco di struttura rispetto ai contratti nominati, bisognerà adottare il metodo dell'analogia, sia quella *legis* che quella *iuris*⁴⁸. La soluzione è dunque offerta dall'applicazione analogica delle norme disciplinatrici dei principali contratti tipici, che nel loro insieme forniscono regole e determinano effetti giuridici adeguati in ordine alle finalità e prestazioni più rilevanti che la vita del traffico può proporre. Se, invece, nel contratto atipico convergono elementi di vari contratti tipici, può parlarsi di contratti con causa mista e, pertanto, la convergenza di elementi tra loro disparati, determina un concorso di discipline giuridiche, spesso incompatibili tra loro. I richiami della giurisprudenza alla qualifica di contratto misto tendono ad indicare una formula per spiegare e risolvere il problema della disciplina applicabile. Il pericolo insito nella tendenza a tradurre i contratti atipici nell'ottica dei contratti tipici è quello di forzare le singole esperienze contrattuali entro gli schemi conosciuti anche quando si tratta di schemi scarsamente appropriati. Il pericolo è il voler ridurre la realtà dei nuovi tipi sociali alla somma o alla combinazione di figure tipiche riflettenti altri interessi pratici della vita di relazione. Spesso accade che una determinata

⁴⁸ MESSINEO, voce *Contratto innominato*, in *Enc. Dir.*, cit, p. 108; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto, art. 1321–1352*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1970, p. 41.

fattispecie, atipica in un primo tempo, è qualificata come mista man mano che si manifesta una certa reiterazione e quindi una certa tipicità giurisprudenziale, per poi eventualmente divenire tipica con l'intervento del legislatore. Tuttavia, seppur qualificato come misto, resta il problema della disciplina applicabile a tale contratto atipico.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che la disciplina del contratto sia quella del tipo contrattuale prevalente (cd. teoria dell'assorbimento)⁴⁹. Tale teoria si palesa però inapplicabile nei casi in cui nessuno dei vari contratti tipici, che entrano a comporre il contratto atipico, presenti quel carattere di predominanza che potrebbe consentire la subordinazione e l'assorbimento degli altri. Inoltre tale principio dell'assorbimento rischierebbe di tradire le esigenze sostanziali al soddisfacimento delle quali le parti hanno mirato. Il criterio della prevalenza rischia di mettere in ombra o compromettere proprio quegli elementi secondari che spesso conferiscono al contratto un'impronta caratteristica.

Altri autori ritengono che la disciplina del contratto misto sarebbe complessa, nel senso che i vari profili dell'operazione andrebbero disciplinati sulla base del riferimento al tipo corrispondente (teoria della combinazione)⁵⁰. Essa consiste nel dare rilievo ad elementi singoli piuttosto che ai contratti nominati

⁴⁹ LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, I, Leipzig, 1902, p. 176 ss. **AGGIUNGERE GIURISPRUDENZA**

⁵⁰ RUMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tubingen, 1905.

concreti dai quali derivano e dal cui vario assortimento risulterebbero le figure di contratto nominato. Da siffatti elementi si trarrebbe, mediante applicazione diretta delle relative norme dei contratti tipici, la complessiva disciplina giuridica corrispondente⁵¹. A tale orientamento si è però replicato che la fusione tra i vari negozi altera la sostanza del singolo elemento, atteso che, la disciplina del contratto tipico si riferisce al complesso degli elementi che lo compongono e non ai singoli elementi isolatamente considerati. Inoltre, si è detto, che tale impostazione potrebbe dar vita ad una sorta di mosaico di scarsa coerenza. Sarebbe pertanto necessario, utilizzando un tale sistema, operare sempre sulla base del criterio della compatibilità e, quindi, dell'eventuale integrazione delle discipline o della loro concorrente applicazione, andando però alla ricerca dei criteri con i quali risolvere i possibili conflitti tra le diverse norme⁵².

Infine, si osserva come autorevole dottrina abbia ritenuto che l'unica via sicura sia quella del ritorno al vecchio principio dell'analogia, muovendo sempre dalla considerazione della concreta situazione di interessi che ogni contratto atipico presenta⁵³. Si tratta pur sempre di un'analogia *legis* e non già di un richiamo ai principi generali dell'ordinamento, in quanto non esistono principi generali di diritto specifici della materia contrattuale. I principi generali operano già per colmare le

⁵¹ DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, p. 182 ss.

⁵² Cass., 10 marzo 1979, n. 1494, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 2256.

⁵³ MESSINEO, *op. cit.*, p. 109.

eventuali lacune della disciplina del contratto e, pertanto, sono impliciti in questa allorchè la si applichi ai contratti atipici.

CAPITOLO SECONDO
I CONTRATTI TRASLATIVI E COSTITUTIVI DI
DIRITTI REALI

SOMMARIO: 1. Caratteri identificativi dei diritti reali. – 2. Il principio del consenso traslativo. – 3. La forma dei negozi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari. – 4. Il sistema della pubblicità immobiliare. – 5. Tipicità dei diritti reali e problematica atipicità dei negozi traslativi.

1. Caratteri identificativi dei diritti reali

Si definiscono diritti reali quelli che conferiscono un potere immediato e assoluto su una cosa. La proprietà costituisce il diritto reale per eccellenza, diritto pieno ed esclusivo. Accanto ad esso ve ne sono altri di contenuto meno ampio la cui presenza comprime il diritto di proprietà. Questi diritti reali limitati si distinguono, secondo una vecchia tradizione scolastica, in diritti di godimento (che si hanno quando la limitazione del diritto del proprietario corrisponde ad un diritto di godimento attribuito ad altri) e in diritti di garanzia.

Il diritto romano non elaborò una categoria generale di diritti reali, ma ne disciplinò le singole tipiche figure. A tutela di tali diritti si elaborò peraltro una categoria generale di azioni reali (*actiones in rem*), esperibili *erga omnes* per la tutela di un diritto sulla cosa, contrapposte alle azioni personali (*actiones in personam*), con le quali si agisce nei confronti di alcuno, che è obbligato a titolo contrattuale o per illecito⁵⁴.

I caratteri dei diritti reali sono, secondo l'opinione prevalente in dottrina⁵⁵, l'immediatezza, l'assolutezza e l'inerenza ad una cosa.

Per immediatezza si intende la diretta soggezione della cosa al potere del titolare del diritto reale, il quale realizza il proprio interesse senza la necessità di una prestazione altrui. Nei rapporti obbligatori, invece, occorre la cooperazione del debitore

⁵⁴ GAIO, *Istitutiones*, (4.1) Vedi da Bianca

⁵⁵ C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto Civile*, VI, Milano, , p. 122.

per il soddisfacimento degli interessi creditori.

Per assolutezza si intende l'esercizio e la tutela di tale diritto nei confronti di chiunque lo contesti o lo pregiudichi o sia destinatario dei suoi effetti. Vi è, in altri termini, un dovere di rispetto generale, e non già del solo debitore, come avviene nei rapporti obbligatori.

L'inerenza designa l'opponibilità del vincolo a chiunque possieda la cosa o vanti un diritto su di essa. Qualora il diritto abbia ad oggetto beni immobili, occorrerà procedere alle adeguate forme di pubblicità richieste ai fini dell'opponibilità (la trascrizione nei registri immobiliari).

Secondo parte della dottrina, sia il carattere dell'immediatezza che quello dell'assolutezza, non sono però necessari ed esclusivi dei diritti reali⁵⁶. Vi sarebbero, infatti, alcuni diritti reali privi del carattere dell'immediatezza. Nonostante il diritto di ipoteca, ad esempio, il creditore ipotecario non può soddisfarsi direttamente sulla cosa, ma deve agire in via esecutiva ed ottenere la vendita della stessa, per realizzare la sua pretesa sul ricavato. Ancora, il titolare di una servitù di non sopraelevare realizza il proprio diritto elusivamente a mezzo di un rapporto obbligatorio, in quanto il proprietario del fondo servente è obbligato a non sopraelevare⁵⁷.

⁵⁶ GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 646.

⁵⁷ Condividendo l'opinione secondo cui ipoteca e servitù negative sono sprovviste dei caratteri dell'immediatezza ed assolutezza, ritiene che tali diritti non possano essere ricompresi nella categoria dei diritti reali, che si va così a restringere: PUGLIESE, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, p. 775.

Per converso il carattere dell'immediatezza si riscontrerebbe in alcuni diritti personali. Il locatario, ad esempio, raggiunge il soddisfacimento del suo interesse mediante un potere immediato sulla cosa.

Anche il carattere dell'assolutezza verrebbe meno in alcune ipotesi. Il diritto di proprietà acquistato mediante un atto non trascritto, ad esempio, non sarebbe opponibile *erga omnes*, mentre per converso la locazione ultranovennale trascritta lo è.

Secondo la citata dottrina l'unico carattere essenziale dei diritti reali sarebbe piuttosto l'inerenza del potere del titolare rispetto alla cosa⁵⁸. Pertanto la categoria dei diritti reali verrebbe ampliata, ricomprendendovi tutti i diritti che presentano il carattere dell'inerenza, anche se qualificabili come diritti di credito (ad esempio le c.d. obbligazioni reali).

Infine, vi è chi ritiene che anche i diritti di credito siano diventati diritti patrimoniali tutelabili *erga omnes* e che, pertanto, l'unico criterio di distinzione dai diritti reali vada ravvisato nella circostanza per cui solo questi ultimi sono suscettibili di possesso e di acquisto a titolo originario⁵⁹.

L'insegnamento tradizionale che, come detto, individua nell'immediatezza, nell'assolutezza e nell'inerenza i caratteri identificativi dei diritti reali, replica ai rilievi sopra citati con le

⁵⁸ In tal senso anche COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 137.

⁵⁹ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 917.

seguenti argomentazioni⁶⁰.

L'immediatezza non va identificata con la materiale detenzione della cosa, ma deve ravvisarsi nella esercitabilità del diritto su di essa senza il tramite della prestazione altrui. In tal modo anche nelle ipotesi di ipoteca e servitù negative può configurarsi l'immediatezza, in quanto non occorre la cooperazione del debitore ipotecario o del proprietario del fondo servente, per realizzare il proprio diritto. Si osserva, ancora, che la locazione non crea in capo al conduttore un diritto immediato sulla cosa, ma solo un diritto di credito nei confronti del locatore. Pertanto la realizzazione del diritto del conduttore dipende dal comportamento del locatore che deve permettere al primo di godere del bene oggetto del contratto di locazione. In altri termini, in tal caso, la relazione con la cosa non è sufficiente ad integrare il contenuto del diritto, per individuare il quale è necessario far riferimento al contegno obbligatorio della controparte. Infatti, l'inadempimento di quest'ultima impedisce il godimento del conduttore al quale non resterà che la possibilità di esperire i rimedi contrattuali (*actio in personam*).

Non irrilevante, infine, per l'insegnamento in parola è l'argomento letterale che, con riferimento alle ipotesi in esame, è indicativo della realtà delle stesse. Sul punto si osserva come sia il codice stesso a qualificare ipoteca e pegno come garanzie reali e a disciplinare la servitù tra i tipici diritti reali, accogliendone

⁶⁰ COMPORATI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, t. 1, Milano, 1980, p. 140 ss.

una nozione unitaria, che include le servitù negative e quelle discontinue⁶¹.

Con riferimento al carattere dell'assolutezza si segnala come esso sia presente in tutti i diritti reali ed indipendentemente dalla trascrizione del titolo. Tale carattere, infatti, attiene all'essenza stessa del diritto reale la cui titolarità determina un generale dovere di rispetto da parte dei terzi, i quali devono astenersi da qualsiasi comportamento che turbi l'esercizio del diritto. E ciò a prescindere dal meccanismo pubblicitario che, lungi dal determinare il contenuto del diritto, assolve a ben altra funzione. Infatti, anche qualora il titolo del diritto reale di godimento non dovesse essere trascritto, ciò non legittimerà i terzi a violare l'obbligo di non ingerenza insito nel diritto reale. Il terzo che danneggia la cosa sarà tenuto al risarcimento del danno nei confronti del proprietario a prescindere dalla circostanza che il titolo di quest'ultimo sia trascritto. La trascrizione, infatti, risolve il conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore, e pertanto il titolo non trascritto non è invalido, ma semplicemente inopponibile a chi abbia trascritto per primo il proprio titolo.

Né ad escludere l'idoneità dell'assolutezza ad integrare un carattere tipico dei diritti reali può valere la considerazione che essa sia propria anche dei diritti relativi, almeno per alcuni profili di tutela di questi ultimi. Non si ignora, infatti, che ormai da tempo sia in dottrina che in giurisprudenza si discorre di tutela

⁶¹ C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 130.

aquiliana del credito, con ciò evidenziandosi una tutelabilità *erga omnes* del diritto di credito. Tuttavia, a parere di scrive, diverso è il rilievo dell'assolutezza nelle due figure. Mentre nel diritto di credito essa è strumentale alla tutela della posizione giuridica soggettiva, nel diritto reale, invece, essa integra il contenuto stesso del diritto assicurando lo svolgimento della funzione di quest'ultimo.

Precisati, sia pur brevemente, nei limiti consentiti dallo svolgimento del presente lavoro, i caratteri identificativi dei diritti reali, appare ora opportuno spostare l'indagine sulla disciplina degli stessi soffermandosi in particolare: sui meccanismi idonei alla loro costituzione ed al loro trasferimento; sulla forma che tali meccanismi devono ricoprire nonché sul sistema pubblicitario cui gli stessi sono sottoposti.

2. Il principio del consenso traslativo

I diritti reali si acquistano a titolo originario (occupazione, invenzione, accessione, specificazione, unione o commistione, usucapione) ed a titolo derivativo (per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge)⁶².

I contratti di alienazione hanno per oggetto il trasferimento

⁶² PUGLIATTI, *Acquisto del diritto (Teoria Generale)*, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 508 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 89 ss.; SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982; COSTANTINO, *Proprietà*, II, *Enc. giur. Treccani*, p. 7; PESCATORE-ALBANO-GRECO, *Della proprietà*, *Comm. Utet*, p. 407; C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, VI, , p. 325.

di un diritto o la costituzione di un diritto reale limitato⁶³. L'acquisto in tal caso, a differenza delle ipotesi di acquisto a titolo originario, presuppone l'antecedente appartenenza del diritto o di una più ampia posizione giuridica in capo ad un determinato soggetto, che deve essere legittimato a disporre del diritto alienato.

Nel nostro ordinamento, a differenza di altri⁶⁴, per produrre l'effetto traslativo è sufficiente, di regola, il consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 c.c.). Il principio del consenso traslativo⁶⁵ trovò la sua prima espressa enunciazione normativa nel codice napoleonico in aderenza alla prassi negoziale effettivamente vigente nelle regioni di tradizione romanistica. In tali regioni, infatti, nel diritto comune si tese a svalutare il momento della consegna della cosa come condizione necessaria per il trasferimento della proprietà, pur se a tanto si addivenne non già attraverso un superamento espresso di tale

⁶³ REDENTI, *Dei contratti di alienazione a titolo oneroso*, Padova, 1935; PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974. Cfr. anche PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, p. 1.

⁶⁴ Com'è noto, diverso era il meccanismo idoneo a produrre l'effetto traslativo per il diritto romano, nel quale, a tal fine, era necessario il doppio momento del *titulus adquirendi* (costituito dall'accordo delle parti, fonte dell'obbligo di porre in essere il successivo atto di trasferimento) e del *modus adquirendi* (costituito dalla consegna della cosa nei trasferimenti mobiliari e dall'iscrizione o intavolazione nei libri fondiari dei trasferimenti immobiliari). Negli ordinamenti germanici è sopravvissuto il formalismo collegato alla consegna della cosa nei trasferimenti mobiliari e all'iscrizione o intavolazione dei trasferimenti immobiliari nei libri fondiari. Tuttavia non mancano eccezioni al principio del consenso traslativo anche nel nostro ordinamento, così come dimostra il dettato dell'art. 2.1., r.d. 28 marzo 1929, n. 499 che, con riferimento ai territori in cui vige il sistema tavolare (province annesse all'Italia dopo la prima guerra mondiale), stabilisce che: "il diritto di proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione del diritto nel libro fondiario".

⁶⁵ G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, p. 453; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972, p. 71; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913.

regola, bensì sostituendo la consegna preventiva del bene con una clausola di spossessamento del tipo costituito possessorio, in base alla quale l'alienante diveniva, da proprietario, detentore della cosa con obbligo di consegnarla all'acquirente. Con il trascorrere del tempo tale clausola divenne una mera clausola di stile al punto che se ne affermava la vigenza anche in assenza di una sua espressa previsione nel testo negoziale. E' evidente come in realtà i tempi erano già maturi per accogliere il principio del consenso traslativo che di fatto *sostanzialmente* già regolava il trasferimento dei diritti reali immobiliari⁶⁶. La regola del consenso traslativo, nel nostro ordinamento, trovò poi espresso riconoscimento già nel codice civile italiano del 1865, in cui si prevede l'acquisto della proprietà a mezzo della compravendita, come effetto immediato dell'intervenuto consenso tra compratore e venditore sulla cosa e sul prezzo (art. 1448 c.c.).

Nei paesi di tradizione germanica, invece, si continuò a considerare necessario il requisito della *traditio*; un formalismo che venne poi sostituito dall'annotazione nei registri pubblici del trasferimento: l'intavolazione come condizione necessaria del trasferimento del diritto di proprietà e non come semplice forma di pubblicità dello stesso. I compilatori del codice civile germanico respinsero il principio dell'efficacia traslativa del

⁶⁶ Cfr. in tal senso: C.M. BIANCA, *Diritto Civile. III. Il Contratto*, Milano, 2000, p. 500 che in argomento afferma: "dove prevaleva questa pratica negoziale la regola vigente era sostanzialmente quella della sufficienza del consenso alla trasmissione della proprietà"; GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2004, p. 819 che al riguardo segnala che "di qui l'ulteriore, inevitabile, acquisizione, anche a livello di principi informativi oltre che di pratica commerciale, del principio secondo cui il consenso è sufficiente al trasferimento della proprietà del bene".

consenso, ritenendo che senza un segno esterno che attesti pubblicamente il trasferimento della proprietà si scontrerebbe un intollerabile grado di incertezza nei traffici giuridici. Pertanto con il sistema tavolare il trasferimento dei beni immobili necessita dell'annotazione nei pubblici registri immobiliari, mentre per i beni mobili, occorre ancora il requisito della consegna affinché venga legittimamente trasferita la proprietà.

3. La forma dei negozi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari.

A tale punto dell'indagine appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sul problema della forma dei negozi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari. Come si cercherà di dimostrare, infatti, tale problematica, inerendo alla natura del diritto oggetto del negozio e conseguentemente alla tipologia degli effetti da questo prodotti, investe in egual misura sia i contratti tipici che quelli atipici di cui, in questa sede, ci si occupa.

La forma del negozio giuridico⁶⁷ viene identificata con la

⁶⁷ Con riferimento al concetto di forma del negozio giuridico la letteratura è sconfinata. Per un inquadramento della figura e delle principali problematiche ad essa relative confronta, senza pretesa di esaustività: BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici*, in *Jus*, 1940, p. 442 ss.; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 555 ss.; LENER, *Forma scritta costitutiva e conclusione del contratto*, in *Foro it.*, 1964, I, 1780; GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, 988; LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985; PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p.

modalità di esteriorizzazione della volontà negoziale⁶⁸.

Preliminarmente si segnala che, anche il significato di tale affermazione, deve essere precisato alla luce delle diverse teorie esistenti sulla natura e sull'essenza stessa del negozio giuridico.

Infatti, coloro che pongono al centro della vicenda negoziale la volontà dell'individuo, tendono a risolvere i rapporti tra negozio e forma nei termini della volontà e della sua manifestazione. In altre parole la forma viene vista come il *veicolo* mediante il quale questa volontà è manifestata all'esterno.

Per contro la dottrina precettiva o dell'autoregolamento, criticando il c.d. dogma della volontà, nega l'idea della forma come "veicolo" di quest'ultima ed individua nella forma *la figura esteriore* dell'atto, che nella vita di relazione non è riconoscibile per gli altri se non attraverso la forma stessa⁶⁹.

Autorevole dottrina ha contestato l'equiparazione tra il concetto di forma e quello di dichiarazione, segnalando che quest'ultima se è la modalità di espressione della volontà negoziale senza dubbio più diffusa non è tuttavia l'unica. Accanto, infatti, ai negozi in cui la volontà è dichiarata (cioè manifestata ad altre persone) ve ne sono altri nei quali la volontà

⁶⁸ Per produrre effetti giuridici la volontà deve essere manifestata all'esterno ed in tal senso può parlarsi di forma come elemento essenziale di tutti i negozi facendo riferimento, in tal modo, appunto, ad un concetto di forma in generale come modo di manifestazione della volontà negoziale. In tal senso cfr.: SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 135 s.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, IV, Torino, 1980, p. 190; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, , p.

⁶⁹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 125.

non è dichiarata ma soltanto espressa mediante attuazione⁷⁰. La caratteristica di tali negozi viene individuata nella loro idoneità a realizzare immediatamente la volontà del soggetto, ad esaurirne l'intento, cioè, senza porre l'agente in relazione con altri soggetti⁷¹.

Maggiore concordia sembra sussistere in dottrina circa l'individuazione della funzione svolta dalla forma o, forse, sarebbe più corretto dire delle funzioni che, di volta in volta, vengono ascritte alla figura in parola. Prima, però, di soffermarci su tale aspetto, con particolare riguardo alle funzioni della forma nei contratti traslativi, appare opportuno ricordare che nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della forma. Se non è previsto dalla legge, o dalla volontà delle parti, un particolare onere⁷² di forma queste ultime potranno concludere il contratto nella forma che riterranno più opportuna.

Tralasciando le problematiche inerenti alla forma volontaria

⁷⁰ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ult. cit., p. 136 s. Sul negozio di attuazione fondamentale resta il contributo di CAMPAGNA, *I negozi di attuazione*,

⁷¹ Come esempi di negozi di attuazione si suole indicare: l'occupazione e l'abbandono (art. 923 c.c.); la c.d. accettazione tacita dell'eredità (art. 476 c.c.); la distruzione del testamento olografo (art. 684 c.c.); il ritiro del testamento segreto (art. 685 c.c.); la trasformazione della cosa legata (art. 686, II co., c.c.); l'esecuzione del contratto da parte dell'accettante prima della risposta (art. 1327, I co., c.c.), l'esecuzione del negozio annullabile (art. 1444, II e III co., c.c.). In tal senso cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ult. loc. cit., il quale sottolinea che la distinzione fra le due categorie di negozi è importante "perché la disciplina comune ad entrambe si limita naturalmente ai requisiti ed elementi comuni, e neppure si estende per intero agli stessi".

⁷² Sembra da condividere la ricostruzione dell'imposizione di una forma determinata come *onere* soprattutto qualora con ciò si evidenzi che "sebbene la prescrizione di forma sia imposta per la tutela prevalente di interessi generali, pur tuttavia condiziona l'attuazione dell'interesse del soggetto che compie l'atto e che, per ottenere che l'atto abbia tutela negoziale, deve assoggettare la sua attività alla forma prescritta": MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, IV, cit., p. 191, nota 1; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova,, p. ; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p.

occorre soffermarsi sui negozi a forma vincolata, detti anche negozi formali o solenni. Il principale referente normativo in materia è costituito dall'art. 1350 c.c. che, in deroga al menzionato principio generale della libertà di forma, stabilisce l'onere della forma scritta (atto pubblico o scrittura privata) per alcuni negozi a pena di nullità (c.d. forma *ad substantiam*). Per tali atti, tendenzialmente consistenti in alienazioni immobiliari ed in altri atti dispositivi di diritti reali immobiliari, si afferma che la forma diviene elemento costitutivo del contratto (art. 1325, n. 4 c.c.)⁷³. In tali casi, senza il rispetto del requisito di forma prescritto dalla legge, viene a mancare la giuridicizzazione dell'operazione la quale, quindi, pur se posta in essere con consapevolezza dalle parti, non assume nessuna rilevanza giuridica e, pertanto, è del tutto improduttiva di effetti. Conseguentemente, le parti non potranno convalidare l'atto per il divieto posto dall'art. 1423 c.c., ma solo rinnovarlo con efficacia *ex nunc*. Per gli stessi motivi non sarà possibile procedere ad una ricognizione o ad una ripetizione per mancanza del negozio da riconoscere o da ripetere, atteso che esso non ha mai varcato la soglia della giuridicità.

Appare quindi opportuno, nell'avvicinarci all'esame della problematica che in questa sede ci interessa, approfondire le esigenze sottese alle prescrizioni di forma, cercando di verificare se tali esigenze ricorrano – e pertanto siano meritevoli di

⁷³ Cfr.: C.M.BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, ult. cit., p. ; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, , p. ; GAZZONI, *Manuale*, cit, p. 861.

adeguata tutela - anche con riferimento ai negozi atipici traslativi di diritti reali.

In dottrina c'è una sostanziale unanimità di vedute in ordine alla considerazione che la prescrizione della forma, quale elemento costitutivo del contratto, risponde principalmente all'esigenza della c.d. *responsabilizzazione del consenso*⁷⁴. In altri termini la forma, sotto tale aspetto, assolve alla funzione di richiamare l'attenzione dell'autore dell'atto sulla portata giuridica e sulle conseguenze economiche che da esso discendono⁷⁵.

Altra esigenza cui risponde generalmente la prescrizione di forma è quella della *certezza dell'atto*. Con riferimento a quei negozi che vengono percepiti come più importanti si avverte l'esigenza di fissare il contenuto negoziale in un documento a garanzia di una sua più sicura determinazione⁷⁶. Autorevole dottrina ha affermato che: “una dichiarazione orale è percepita solo dai presenti e la prova di essa e del suo contenuto rimane quindi generalmente affidata alla parola e alla memoria di coloro che l'hanno ascoltata. La scrittura affida invece la dichiarazione

⁷⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 144; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. ; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, , p. ; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 860.

⁷⁵ Tale ruolo della forma viene segnalato da C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 278. In tal senso anche SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 1993, p. 577. Invero l'impostazione tradizionale, secondo la ricostruzione di autorevole dottrina (GIORGIANI, voce *Forme degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1006), assegna alla forma vincolata *ex lege*, “una funzione di tutela delle parti, assicurando una maggiore ponderatezza nei negozi di maggiore importanza”.

⁷⁶ Sottolineano tale specifica finalità: LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 20 ss.; ID., Voce “*Forma degli atti I) Diritto civile*”, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 2 s.; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 165; SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. 1, p. 576; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 278.

ad un mezzo durevole di conoscenza”⁷⁷.

Nell’esame delle varie funzioni svolte dalla forma come requisito essenziale del contratto, non si può omettere il riferimento al fondamento dell’elemento formale, ravvisabile nel rilievo “sociale” che da sempre ha caratterizzato, in generale, la conclusione dei negozi ritenuti dall’ordinamento più rilevanti ed, in particolare, dei negozi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari. La forma, quindi, come momento di socialità dell’atto, come strumento idoneo a manifestare l’intento negoziale nella comunità e a conferirgli rilevanza giuridica. In tale prospettiva va letto il formalismo degli ordinamenti risalenti ove si riscontrava una netta prevalenza del dato formale sul dato sostanziale.

Com’è noto, invece, anche a seguito del diffondersi dell’insegnamento della Scuola giusnaturalistica, si è fatta strada la tendenza ad identificare il *proprium* del contratto nell’elemento volitivo e ciò ha determinato una graduale erosione del formalismo fino ad approdare al menzionato principio della libertà della forma. Ciò nondimeno per alcuni tipi di negozi giuridici (in particolare per i negozi aventi ad oggetto beni immobili) la forma solenne è rimasta, ed anzi è aumentato il rilievo delle cc.dd. forme complementari, cioè di quelle formalità esterne all’atto idonee a pubblicizzarne il contenuto (es.:

⁷⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 278.

trascrizione)⁷⁸. In altri termini, si osserva come sia propria degli ordinamenti moderni, l'esigenza di *sicurezza della circolazione dei beni* (immobili in particolare), e come il soddisfacimento della stessa sia affidato al sistema della pubblicità immobiliare⁷⁹ sul quale ci soffermeremo di qui a poco.

Appare pertanto legittimo chiedersi, nella prospettiva adottata nell'indagine sviluppata nel presente lavoro, se responsabilizzazione del consenso, certezza dell'atto e sicurezza della circolazione dei beni siano esigenze riferibili esclusivamente ai *tipi negoziali* menzionati dalla legge oppure se tali esigenze possano inerire, più in generale, al *tipo di effetti* contemplati dalla legge. E la fondatezza della domanda appare ancora più evidente non appena si rifletta sulla circostanza che le norme che prescrivono una forma determinata, in quanto norme limitatrici dell'autonomia privata, sono norme eccezionali e, pertanto, di stretta interpretazione⁸⁰.

A parere di chi scrive, al quesito sopra proposto, deve risponderci accogliendo la seconda delle conclusioni prospettate (*tipicità degli effetti*). La *ratio* sottesa al requisito di forma, infatti, sia che la si individui nella c.d. responsabilizzazione del consenso, sia che la si rintracci nella certezza degli atti e/o nella

⁷⁸ Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 193 il quale afferma: “La *pubblicità dell'atto* non rientra nella forma, né come forma essenziale né come forma probatoria; pubblicità è, infatti, un'attività estranea e susseguente all'atto, con la quale si offre ai terzi la possibilità di averne conoscenza e condiziona non la rilevanza e l'efficacia dell'atto, come tale, ma l'efficacia nei confronti dei terzi (c.d. opponibilità)”.

⁷⁹ GIORGIANNI, voce *Forma*, cit., p. 1006; LISERRE, voce *Forma*, cit., p. 2; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. .

⁸⁰ Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 191; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 862.

sicurezza della circolazione dei beni, appare strettamente connessa alla *efficacia reale* ed alla natura dei beni coinvolti da tale efficacia (beni immobili). In altri termini, l'esigenza della forma scritta e della documentazione dell'attività negoziale, sembra prescindere dalle caratteristiche proprie del singolo meccanismo negoziale prescelto dalle parti, per concentrarsi maggiormente sul tipo di effetto che tale meccanismo è idoneo a produrre⁸¹.

A conferma di quanto affermato, sembra militare, tra l'altro, l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza prevalenti secondo cui l'onere della forma si estende anche ai negozi che risolvono, revocano o comunque vengono ad incidere su diritti nati da un precedente contratto con forma scritta *ad substantiam* pur in assenza di una espressa prescrizione formale in tal senso⁸². Come è opportuno sottolineare l'attenzione dell'interprete e, più in generale degli operatori del diritto, deve concentrarsi, più che sulla *struttura* della vicenda negoziale, sulla *natura* della situazione giuridica sulla quale quest'ultima è destinata ad incidere.⁸³ Pertanto, una volta scontato il giudizio di liceità e di meritevolezza, nulla osta alla ammissibilità di un negozio atipico traslativo di diritti reali, che dovrà sottostare a tutte le disposizioni impositive di un onere di forma.

⁸¹ In tal senso: C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. ; GAZZONI, *Manuale*, cit, p. 862.

⁸² INSERIRE DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.

⁸³ Sulla fungibilità delle strutture giuridiche confronta: DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 320 ss.

4. Il sistema della pubblicità immobiliare.

La regola del consenso traslativo, sancita nell'art. 1376 c.c., si basa sul principio secondo il quale la volontà dei singoli è non solo necessaria, ma anche sufficiente a produrre qualsiasi modificazione giuridica della realtà. In tal modo si ha però riguardo solo ai rapporti interni tra le parti, mentre nei confronti dei terzi il legislatore ha dovuto costruire un sistema che li tuteli e favorisca la circolazione dei diritti. In altri termini, il legislatore se da un lato, per favorire la rapidità ed il conseguente sviluppo dei traffici giuridici, ha aperto al principio del consenso traslativo, dall'altro ha sentito, con riferimento ai beni immobili, l'esigenza di "calmierare" ed in qualche modo "temperare" gli effetti di tale principio attraverso il sistema della pubblicità immobiliare, ed in particolare facendo ricorso all'istituto della trascrizione⁸⁴. Quest'ultima si attua per mezzo di pubblici registri ed ha principalmente ad oggetto gli atti che costituiscono, modificano o estinguono diritti reali su beni immobili o mobili registrati.

Il regime della trascrizione immobiliare si realizza attraverso un sistema di pubblicità a base personale e, cioè, un sistema di registri ordinato in base alle persone e non ai beni. L'atto è trascritto contro e a favore dei destinatari degli effetti di esso. La

⁸⁴ NICOLO', *La trascrizione (appunti dalle lezioni)*, 3 vol., Milano, 1973; PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, Milano, 1957; *la trascrizione immobiliare*, vol. 2, Messina, 1945; L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja e Branca* (Art. 2643 – 2696), 1955; MARICONDA, in *Riv. not.*, 1981, p. 1017 e 1055.

trascrizione rende pubblicamente conoscibili gli atti relativi ai beni immobili, che devono avere necessariamente la forma pubblica o di scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

La trascrizione è caratterizzata dalla dichiaratività (non ha effetto costitutivo, perché il diritto si trasferisce col semplice consenso) e dalla priorità temporale (l'atto trascritto per primo prevale su quelli trascritti successivamente, anche se di data anteriore). Il principio della priorità temporale della trascrizione comporta che gli atti soggetti a trascrizione non siano opponibili ai terzi che hanno acquistato diritti in base ad un atto anteriormente trascritto e che, a seguito della trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione di diritti acquistati verso il suo autore, anche se l'acquisto risalga a data anteriore (art. 2644 c.c.). Se, pertanto, in base all'art. 1376 c.c. l'acquirente col semplice accordo acquista un diritto reale, come tale efficace *erga omnes*, l'art. 2644 c.c. prevede che egli, nel conflitto con un acquirente posteriore ma trascrivente anteriore, soccombe ove non abbia tempestivamente trascritto. Il semplice consenso è dunque sufficiente a far acquistare il diritto immobiliare, ma non è sufficiente a conservarlo, essendo necessario trascrivere⁸⁵.

La dottrina ha elaborato numerose teorie volte a conciliare gli artt. 1376 e 2644 c.c., ed a spiegare come sia possibile che il

⁸⁵ GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 303.

diritto del secondo avente causa che per primo trascrive prevale pur essendo egli acquirente *a non domino*.

Parte della dottrina ritiene che il secondo avente causa acquisti a titolo originario in base ad una fattispecie complessa (atto *a non domino* più trascrizione) e pertanto prevale, così come prevale chi acquista a non domino per usucapione. Se si acquista da chi non è mai stato proprietario varrebbe dunque la più rigorosa disciplina dell'usucapione, mentre se si acquista da chi è stato, ma più non è, proprietario (pur appearing tale dai registri immobiliari per difetto di trascrizione del primo acquisto), varrebbe la più favorevole disciplina della trascrizione, con acquisto immediato, senza necessità di buona fede e possesso prolungato nel tempo⁸⁶.

In contrario si è detto che la disciplina della trascrizione, ed in particolare quella dell'art. 2650 c.c., dimostra che l'acquisto è a titolo derivativo, avendo altrimenti poco senso la necessaria continuità delle trascrizioni pur quando ad acquistare è il secondo avente causa⁸⁷. Autorevole dottrina, inoltre, a conferma della derivatività dell'acquisto del secondo avente causa (primo trascrivente) osserva che anche quest'ultimo è destinato a soccombere nei confronti di chi rivendichi la proprietà, se il comune dante causa non era proprietario, proprio perché egli non acquista a titolo originario. La prioritaria trascrizione risolve solo il conflitto con altro avente causa. Dirime, cioè, un conflitto tra

⁸⁶ POLETTI, *Contratto e impresa*, 1991, p. 737.

⁸⁷ GAZZONI, *Manuale*, cit, p. 303.

titoli e non già tra diritti⁸⁸

L'opinione prevalente in dottrina è che l'acquisto del secondo avente causa (primo trascrivente) sia comunque a titolo derivativo e, a tal fine, occorre negare che tale acquisto avvenga *a non domino*.

Secondo alcuni autori l'acquisto, anche prima della trascrizione, è perfetto ed efficace, salvo che nei confronti di un eventuale secondo acquirente il quale abbia trascritto per primo. Nei confronti dei terzi acquirenti la trascrizione avrebbe, dunque, efficacia costitutiva, rendendo l'acquisto ad essi opponibile, precludendo loro la possibilità di trascrivere per primi.

Tale teoria presuppone che il dante causa, anche dopo l'atto di alienazione, mantenga un potere di disposizione fino a quando interviene la trascrizione, perché prima di tale momento egli, a causa dell'inefficacia relativa dell'atto di disposizione, potrebbe alienare di nuovo ed il secondo avente causa acquisterebbe *a domino*. In argomento si è parlato di una "proprietà assoluta" trasferita mediante un valido titolo tempestivamente trascritto, ed una "proprietà relativa", derivante da un titolo non trascritto o trascritto tardivamente⁸⁹. In base all'art. 1376 c.c. si trasferirebbe solo un diritto relativo, perché non opponibile *erga omnes*, mentre l'assolutezza, come abbiamo visto, è uno dei caratteri della realtà.

Secondo altra parte della dottrina più che di "proprietà

⁸⁸ NICOLO', *La trascrizione*, I, p. 119.

⁸⁹ FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, p.....

relativa” sarebbe preferibile parlare di “diritto reale in formazione”⁹⁰.

Infine vi è chi risolve il problema sul piano processuale⁹¹. Secondo tale orientamento il primo acquirente, che non ha trascritto, sarebbe l'unico titolare del diritto sostanziale. Al secondo acquirente, che per primo ha trascritto, verrebbe attribuito solo un potere di natura processuale che gli consente di vincere la lite nei confronti del primo acquirente. Anche in tal modo, però, si rinnova una distinzione tra “proprietà civile” e “proprietà naturale” e si considerano proprietari entrambi gli acquirenti, il primo che non ha trascritto, proprietario sostanziale, il secondo che ha trascritto per primo, proprietario dal punto di vista processuale.

Tuttavia l'opinione secondo cui in base all'art. 1376 c.c. non si trasferirebbe un diritto reale pieno ed esclusivo, seppur variamente interpretata, appare in contrasto col tenore letterale della norma⁹². Pertanto altra parte della dottrina ritiene più corretto pensare che il secondo avente causa acquisti bensì *a non domino*, ma la trascrizione da lui tempestivamente curata opera alla stregua di una condizione risolutiva legale, che risolve retroattivamente gli effetti reali prodotti dall'atto traslativo non trascritto. Di conseguenza, in base a questa finzione giuridica, il

⁹⁰ BARASSI, *Diritti reali e possesso*, vol. I, Milano, 1952, p.

⁹¹ FERRI, *op. ult. cit.*, p.

⁹² GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger* (artt. 2643 - 2645 bis), 1998, p. 306, 457: “il diritto reale deve essere trascritto [...] solo in funzione conservativa di un'efficacia *erga omnes* già posseduta per l'intrinseca natura del diritto stesso”.

primo acquisto è come se non avesse mai prodotto il trasferimento ed il secondo avente causa è in realtà l'unico, acquistando così *a domino* e quindi a titolo derivativo⁹³. In ogni caso il primo acquirente potrà agire per il risarcimento del danno nei confronti del proprio dante causa che ha alienato due volte.

Secondo coloro che ritengono che il primo acquisto sia inefficace, imperfetto o relativo, il risarcimento verrà chiesto in base ad un'azione contrattuale da inadempimento all'obbligo di non alienare; obbligo che nascerebbe proprio al fine di impedire l'esercizio di un diritto che, nelle more della trascrizione, ancora sussisterebbe in capo al dante causa.

Per coloro che ritengono il diritto del primo acquirente subordinato alla condizione risolutiva della trascrizione precedente da parte del secondo avente causa, l'azione sarebbe invece quella da illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c, per avere il comune autore, con il secondo atto di disposizione, fatto venir meno il diritto già acquistato dal primo avente causa. Inoltre il primo avente causa può agire ex art. 2043 c.c. anche contro il secondo acquirente, purchè in mala fede, per il risarcimento in via solidale con il comune autore. Detto risarcimento si configurerà come derivante dall'induzione all'inadempimento, per chi sostiene la teoria dell'inefficacia, ovvero dalla provocata perdita del diritto reale, per la teoria della condizione risolutiva.

⁹³ NICOLO', *op. ult. loc. cit.*; GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 304.

5. Tipicità dei diritti reali e problematica atipicità dei negozi traslativi e costitutivi degli stessi.

Tra le caratteristiche proprie dei diritti reali vi è la tipicità legale necessaria degli stessi. In altri termini non sarebbe concesso ai privati creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge né modificarne il regime.

Il principio del numero chiuso dei diritti reali non è espressamente sancito dal codice ma, secondo l'opinione tuttora prevalente in dottrina, si desume da una serie di elementi.

Storicamente il numero chiuso dei diritti reali rappresenta lo strumento più efficace per porre fine al "particolarismo" che si era progressivamente creato dall'età feudale in poi per l'imposizione a carico della proprietà fondiaria di una molteplicità di oneri e privilegi a favore del "signore", e che ne aveva ridotto o addirittura annullato il valore economico, dando luogo ad una varietà di tipi di titolarità, talvolta privi di un contenuto patrimoniale apprezzabile.

Tuttavia se l'affermazione del principio del numero chiuso poteva costituire una valida difesa al risorgere degli antichi privilegi, dall'altro poteva tradursi in un ostacolo alla realizzazione delle diverse utilità ritraibili dallo sfruttamento della terra.

Nella prima metà dell'ottocento si registra in Francia la tendenza ad ammettere, da parte della dottrina e della giurisprudenza, la realtà del diritto di superficie e dell'enfiteusi⁹⁴. Successivamente, con lo sviluppo delle attività industriali e commerciali, si ammise la creazione di diritti reali diversi da quelli positivamente regolati come, ad esempio, le servitù atipiche.

Senza rinnegare il principio del numero chiuso, quindi, si tendeva a riconoscere ai privati un certo margine di autonomia nel definire il concreto assetto di interessi sotteso alla titolarità del diritto reale, pur se nell'ambito degli schemi legalmente previsti e disciplinati⁹⁵.

Mentre, dunque, nel XIX secolo il principio del numero chiuso non era visto come un limite alla libera affermazione dei privati, nel secolo successivo si diffuse la convinzione che la tipicità dei diritti reali rappresentasse una restrizione all'autonomia privata. Si riteneva⁹⁶ che in tutti i rapporti giuridici, ma in particolar modo per i rapporti di natura reale, dove l'interesse pubblico è più rilevante ed immediato, i privati potessero dar vita solo ai tipi di situazione legislativamente previsti. Le norme positive, considerando utili per la collettività

⁹⁴ CARIOTA FERRARA, *L'enfiteusi*, in *Tr. di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1951, p. 94 s. In Francia nel 1902 venne emanata una legge (25 giugno 1902) che sanciva la natura reale dell'enfiteusi.

⁹⁵ Cfr. F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile*, IX, I, Torino, 1895, il quale sottolineava come, in pratica, difficilmente i privati si allontanassero, nel porre in essere situazioni reali, dalla categoria della proprietà, dell'usufrutto o degli altri diritti di godimento su cosa altrui.

⁹⁶ VENEZIAN, *La causa del contratto. Opere giuridiche. Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, I, p. 395.

solo alcune forme di diritti reali e non altre, concederebbero alla volontà dei privati di stabilire esclusivamente l'oggetto specifico del diritto.

A favore del numero chiuso militavano argomentazioni tecniche e di carattere economico politico⁹⁷. In una realtà di capitalismo emergente sembrava più adatto un sistema in cui i vincoli imposti alla proprietà si limitassero a quelli prestabiliti dalla legge, dal momento che ogni onere gravante sul bene significava una diminuzione delle capacità di esso di utilizzazione a fini industriali.

Analoghe considerazioni sono state espresse dalla dottrina coeva al codice del 1942. La tipicità delle situazioni reali sembrava, infatti, del tutto coerente con l'ottica di tale legislatore, che auspicava una funzionalizzazione degli interessi privati alle esigenze della nazione e, quindi, tendeva a limitare l'autonomia privata e a proteggerne le manifestazioni solo se ritenute apprezzabili per l'intera collettività. Il proprietario era così ridotto da titolare di un diritto soggettivo pieno ed assoluto, ad esercente di un diritto–funzione⁹⁸.

Il moltiplicarsi dei vincoli posti a carico della proprietà non determinò solo una compressione della situazione attiva del titolare, ma, anche, una diversificazione dei modelli di proprietà e parallelamente degli oneri ad essa imposti in corrispondenza

⁹⁷ COMPORTI, *Contributo allo studio dei diritti reali*, Milano, 1977, p. 50 ss.; ID., *Diritti reali I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, p. 5 ss.

⁹⁸ BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto del codice civile*, Milano, 1939, p. 117 ss.

della natura e della destinazione del bene su cui verteva il diritto⁹⁹. In tale ottica solo lo Stato e gli enti pubblici possono creare diritti reali, mentre, tale prerogativa, sarebbe interdetta ai privati¹⁰⁰.

Con l'entrata in vigore della Costituzione la proprietà privata viene tutelata e garantita solo in quanto soddisfi esigenze ed interessi sociali, non coincidenti, però, necessariamente con quelli pubblici.

Parte della dottrina¹⁰¹ ritiene che, con l'avvento della Costituzione, i privati godrebbero della facoltà di disporre liberamente del loro diritto di proprietà, ed anche di disporre di un uso limitato della stessa, creando oneri o pesi reali sul proprio bene, ma purchè ciò non si riveli dannoso per la collettività. In altri termini, può essere creato qualsiasi tipo di diritto reale limitato, purchè ciò non comporti l'azzeramento delle facoltà che costituiscono il contenuto minimo del diritto¹⁰².

L'opinione tuttora prevalente giustifica il principio del *numerus clausus*, inteso quale limite all'autonomia privata, in base alla regola della relatività contrattuale e, conseguentemente, della tutela dei terzi¹⁰³. Il principio contenuto nell'art. 1372 c.c.,

⁹⁹ PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145 e ss, evidenzia l'esistenza di differenti regimi giuridici del diritto di proprietà in relazione ai beni che ne costituiscono l'oggetto.

¹⁰⁰ GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

¹⁰¹ M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 126.

¹⁰² Ritiene che la Costituzione, all'art. 42, abbia stabilito che il diritto di proprietà non possa essere abrogato, ma nemmeno ridotto a mera formale titolarità : A. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 809 e ss.

¹⁰³ ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., p. 406; COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 287; NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova,

in base al quale il contratto ha forza di legge tra le parti, starebbe ad indicare che l'operazione economica si deve risolvere esclusivamente tra le parti contraenti e non può creare un vincolo per i terzi estranei all'accordo. Per tale ragione le situazioni reali, che per definizione sono opponibili *erga omnes*, sarebbero sottratte alla libera disponibilità dei privati.¹⁰⁴

Al principio del numero chiuso dei diritti reali è stata riconosciuta, inoltre, una funzione di garanzia contro possibili forme di abuso da parte di soggetti economicamente forti e di salvaguardia della funzione sociale della proprietà.¹⁰⁵

Ulteriore argomentazione a favore della tipicità dei diritti reali discenderebbe dal sistema di pubblicità cui sono sottoposti i titoli costitutivi e traslativi di diritti immobiliari. Tale sistema prevede, infatti, tassativamente i diritti in relazione ai quali l'atto è soggetto a trascrizione¹⁰⁶.

In verità, a nostro sommo avviso, un tale modo di argomentare sembra basarsi su una ingiustificata sovrapposizione tra effetti negoziali e meccanismo idoneo a produrli. Dalla tipicità delle situazioni finali, infatti, si fa discendere automaticamente la tipicità degli strumenti idonei a determinare tali situazioni. Alla tipicità dei diritti reali corrisponderebbe, quindi, la tipicità dei negozi aventi ad oggetto gli stessi. In questo ordine di idee si collocava, sostanzialmente, già quella dottrina

1982, p. 160.

¹⁰⁴ GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, cit., p. 169.

¹⁰⁵ COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 287.

¹⁰⁶ GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 67.

secondo la quale la possibilità di creare figure atipiche, prevista in tema di contratti, varrebbe solo per i rapporti obbligatori. L'ordinamento predisporrebbe degli atti tipici per la creazione di rapporti giuridici, alcuni diretti alla produzione di effetti reali, altri alla creazione di vincoli obbligatori. Ma solo questi ultimi sarebbero suscettibili di disposizione da parte dei privati¹⁰⁷.

Altra parte della dottrina, invece, distingue il contratto dai suoi effetti. Il contratto rappresenterebbe semplicemente uno strumento, un mezzo per la creazione *ex novo* o per il trasferimento di situazioni giuridiche, le quali, in ragione del loro grado di rilevanza per l'intera collettività, sono sottratte alla libera disponibilità delle parti¹⁰⁸. I privati sono pienamente liberi, entro i limiti stabiliti dalla legge, di scegliere la via attraverso la quale provvedere alla soddisfazione dei propri interessi, ma non sono sempre liberi di regolare il rapporto "statico" che si realizza col contratto.

In altri termini, quando gli interessi sottostanti alle situazioni soggettive create dal contratto sono disciplinati dall'ordinamento in modo inderogabile per la loro incidenza sociale o pubblica, i privati hanno un potere più limitato: scegliere lo strumento attraverso cui realizzare quegli interessi, ma non anche stabilirne le modalità di attuazione. Del resto un tale modo di argomentare sembra confermato proprio da alcune

¹⁰⁷ Così FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, p. 146, citato da M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 141.

¹⁰⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 242 e ss.

norme in tema di trascrizione che, più che predeterminare i singoli tipi negoziali, fanno riferimento soprattutto agli effetti finali che vengono a prodursi all'esito dell'attività negoziale. L'art. 2643 c.c., infatti, salvo che per alcune ipotesi specifiche per le quali menziona espressamente le cause negoziali aventi ad oggetto beni immobili¹⁰⁹, fa generico riferimento agli *atti* (senza specificare, i singoli tipi negoziali)¹¹⁰ che determinano vicende immobiliari. **INSERIRE LA PARTE SUL 2645**

Non è mancato in dottrina chi ha sostenuto che il principio del numero chiuso dei diritti reali come limite all'autonomia privata non sia più giustificabile nel nostro ordinamento, e che la regola relativa al giudizio di meritevolezza sia sufficiente ad impedire che possano avere effetto giuridico operazioni economiche la cui struttura possa rivelarsi dannosa per la collettività¹¹¹.

Tuttavia, finché è lasciata ai privati la facoltà di creare tipi contrattuali anche diversi da quelli codificati (art. 1322 c.c.), sostenere che alcuni rapporti giuridici restino al di fuori della disponibilità dei privati significherebbe affermare aprioristicamente l'esistenza di un limite all'autonomia privata e non risolvere il problema della congruenza e della prevalenza dei due principi, quello della libertà contrattuale e quello del *numerus clausus*.

¹⁰⁹ Cfr. i numeri 5, 8, 10, 11, 12 e 13 del citato art. 2643 c.c.

¹¹⁰ Cfr. i numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c.

¹¹¹ COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 421.

A parere di chi scrive, l'affermazione, sostenuta dall'orientamento prevalente, secondo cui atto contrattuale e suo risultato sono indipendenti, è dimostrata dal fatto che per il nostro ordinamento è possibile realizzare un certo effetto giuridico con una molteplicità di operazioni contrattuali. Ad esempio l'attribuzione della proprietà può avvenire sia attraverso una vendita sia mediante una permuta o una donazione¹¹². Pertanto si ritiene possibile costituire e/o trasferire diritti reali tipici mediante contratti atipici, perché all'atipicità della causa non corrisponde automaticamente un'atipicità del diritto.

¹¹² *Contra* COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 144, che ritiene che le varie cause di attribuzione della proprietà incidano, o meglio “non siano sempre indifferenti rispetto al rapporto che si forma in conseguenza del contratto”.

CAPITOLO TERZO

CONTRATTI ATIPICI TRASLATIVI E/O

COSTITUTIVI DI DIRITTI REALI IMMOBILIARI

SOMMARIO: 1. Ammissibilità delle fattispecie. – 2. Ipotesi negoziali traslative e/o costitutive di diritti reali elaborate dalla prassi: trasferimenti immobiliari *solvendi causa* (preliminare; mandato ad acquistare; mandato ad alienare senza obbligo di rendiconto; negozio fiduciario, trasferimenti in esecuzione di obblighi morali). – 2.1 *Leasing* traslativo. - 2.2 Trasferimenti a causa di separazione. – 2.3 Contratti di mantenimento.

1. Ammissibilità delle fattispecie.

Asserita l'astratta ammissibilità di contratti atipici costitutivi e/o traslativi di diritti reali tipici, occorre esaminare la realizzabilità in concreto di tali negozi.

I principi in tema di forma e pubblicità, validi per i contratti tipici, si applicheranno, come detto, anche per quelli atipici.

Pertanto, ai sensi dell'art. 1350 c.c., il contratto che trasferisce o costituisce la proprietà o altro diritto reale su beni immobili dovrà, a pena di nullità, essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata. Inoltre, ai fini della pubblicità, esso andrà trascritto, ai sensi dell'art. 2643 c.c. Tale norma, infatti, prevede che debba rendersi pubblico con il mezzo della trascrizione e con gli effetti di opponibilità sanciti dall'art. 2644 c.c., ogni atto (tipico o atipico) che produca, in relazione ai beni immobili o ai diritti immobiliari, il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale.

Il contratto concluso dalle parti, non appartenente ai tipi legali, dovrà essere diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, II co., c.c.). Richiamando quanto detto in precedenza¹¹³, la meritevolezza della causa in concreto perseguita dalle parti, andrà valutata alla stregua del nostro ordinamento e dei principi costituzionali¹¹⁴.

Inoltre, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale mediante un contratto atipico, pone l'ulteriore problema dei limiti dell'autonomia privata nel porre fonti regolamentari dell'esercizio di tali diritti, e sul ruolo che le regole disciplinanti l'esercizio assumono nel contenuto della situazione¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. il paragrafo 4 del primo capitolo.

¹¹⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p.

¹¹⁵ Come già detto, secondo COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 132 ss., l'ammissibilità della costituzione e/o trasferimento di diritti reali mediante un contratto atipico implicherebbe automaticamente l'ammissibilità di diritti reali atipici, in quanto la fonte atipica del diritto inciderebbe necessariamente sullo stesso. Ritiene invece che il problema dei limiti all'autonomia privata nella possibilità di incidere pattiziamente sul contenuto del diritto, prescinda dal problema del *numerus clausus* dei diritti reali e valga in generale sia per i contratti tipici che atipici traslativi e/o costitutivi di diritti reali: COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato dir. civ. comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Vol. VIII, t. 1, p. 149.

In altri termini, occorre analizzare se, oltre alle fonti normative, siano operanti ed in quali limiti le fonti dell'autonomia privata.

Pur aderendo alla teoria della necessaria tipicità dei diritti reali, e dunque dell'impossibilità per il privato di creare schemi atipici riguardanti tali diritti, ci si domanda quale sia la libertà delle parti di disciplinare concretamente il contenuto delle singole situazioni reali¹¹⁶.

L'ordinamento concede uno spazio all'autonomia privata, nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi costituenti il contenuto delle varie situazioni reali, prevedendo che il titolo "disponga altrimenti" rispetto alla disciplina normativa.¹¹⁷

Si tratta, però, di stabilire i limiti dell'autonomia privata nella regolamentazione concreta dei diritti reali, non solo in riferimento a quelli previsti, in misura sempre più frequente, dall'ordinamento mediante norme inderogabili¹¹⁸, ma anche degli ulteriori confini fissati da parte dell'interprete.

La casistica giurisprudenziale può aiutare nell'enucleare i

¹¹⁶ F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 148, sottolinea la diversità tra il tema della tipicità ed il tema della determinazione del potere interno alle situazioni.

¹¹⁷ Cfr., ad esempio, gli artt. 954, III° comma, c.c., in tema di superficie; 957 in tema di enfiteusi; 1030, 1063, 1065 e 1069 in tema di servitù; 1100 in tema di comunione, costituenti chiaramente enunciazione di un principio generale.

¹¹⁸ Ad esempio gli artt. 692, ult. comma c.c. sulla nullità della clausola che vieti all'erede di disporre per atto tra vivi o di ultima volontà dei beni ereditari; 698 sul divieto di usufrutto successivo (ritenuta norma di ordine pubblico e valevole anche per l'uso e l'abitazione: Cass., 14 maggio 1962, n. 1024, in *Giust. civ., Mass.*, 1962, 524); 956 sul divieto di proprietà separata sulle piantagioni; 958, II° comma; 961, II° comma, 962, 965, 968, 971, 973, in tema di enfiteusi; 1118, II° comma, 1119, 1120, 1129, 1131, 1132, 1136, 1137, 1138, ult. comma in tema di condominio e regolamento di condominio; 1632, 1633, 1652, 1653 in tema di affitto di fondi rustici; 1963, 2744 sul divieto del patto commissorio nell'anticresi, nel pegno, nell'ipoteca, ecc.

principi fondamentali, o meglio il contenuto essenziale dei vari diritti che non può essere eliminato dal regolamento delle parti.

Relativamente alla facoltà di godimento del proprietario, sono stati ritenuti validi gli oneri che vincolano alla conservazione dell'architettura e della consistenza di un edificio¹¹⁹ o alla stipulazione di un contratto di locazione a canone fisso a favore di un terzo¹²⁰, o alla destinazione di alcune case di abitazione all'uso gratuito di poveri¹²¹.

Relativamente ai poteri di disposizione del proprietario, sono state giudicate legittime le clausole di inalienabilità temporanea dei beni¹²², o clausole con cui si imponga all'erede di vendere, subito o dopo un certo tempo, taluni beni ereditari o la nuda proprietà di un immobile ad un terzo, anche se ad un prezzo determinato¹²³, o si obblighi il medesimo ad effettuare una permuta di beni¹²⁴.

E' stata, invece, ritenuta illecita un'obbligazione a carico del proprietario che abbia per oggetto il godimento da parte di terzi della cosa senza limiti di durata, in quanto in tal modo si disintegrerebbe all'infinito il contenuto economico del diritto di proprietà¹²⁵, ed è stata inoltre ritenuta inderogabile la norma di cui

¹¹⁹ Cass., 8 marzo 1958, n. 795, in *Foro it., Rep.*, 1958, voce *Successione legittima e testamentaria*, n. 205.

¹²⁰ App. Catania, 8 febbraio 1957, *ibidem*, voce cit., n. 211.

¹²¹ App. Bologna, 13 aprile 1942, *ivi*, 1943-45, voce cit., n. 33.

¹²² Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1112, che interpretando restrittivamente l'art. 692, ult. comma, c.c., ritiene valida la clausola di inalienabilità temporanea e nulla quella di inalienabilità perpetua apposta all'istituzione di erede o al legato.

¹²³ Cass., 5 novembre 1955, n. 3597, in *Foro it., Rep.*, 1955, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 158; Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1059.

¹²⁴ App. Brescia, 7 novembre 1951, cit.

¹²⁵ Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro it.*, 1950, I, c. 530.

all'art. 979 c.c. sulla durata dell'usufrutto¹²⁶.

Si è affermato, in particolare, che la proprietà non può essere sottoposta per ragioni privatistiche a servitù, oneri o vincoli tali da renderne quasi illusorio il contenuto essenziale, e tale principio è stato ritenuto inderogabile e di ordine pubblico¹²⁷.

In tema di usufrutto, è stata dichiarata la nullità della clausola che privi l'usufruttuario del possesso e del potere di amministrare la cosa¹²⁸, o di quella che, invece, attribuisca all'usufruttuario il potere di vendere la proprietà della cosa¹²⁹.

In tema di uso ed abitazione, è stata ammessa la limitazione del diritto reale di godimento attraverso un *modus* che destini l'utilità che esso attribuisce a fini determinati¹³⁰, ed è stata anche ammessa la derogabilità del divieto di cessione o di locazione di cui all'art. 1024 c.c.¹³¹.

Il principio generale ricavabile da tali pronunce è che un autonomo regolamento dei diritti reali è lecito finché non venga

¹²⁶ Cass., 12 ottobre 1965, n. 2119, in *Giust. civ., Mass.*, 1965, p. 1091.

¹²⁷ Cass., 31 maggio 1950, n. 1343, in *Foro it.*, 1950, I, c. 813, che ha giudicato nulla per contrarietà all'ordine pubblico una convenzione per cui veniva imposto al fondo servente una servitù che assumeva carattere prevalente ed assorbente delle facoltà dominicali; Cass., 22 aprile 1966, n. 1037, in *Giust. civ., Mass.*, 1966, p. 592, secondo la quale il rapporto di assoggettamento tra due fondi, tipico dell'istituto della servitù, può importare una restrizione ma non una totale elisione delle facoltà di godimento del fondo servente; Cass., 9 luglio 1966, n. 1811, in *Giust. civ., Mass.*, 1966, p. 1034, ha ritenuto valida, nello schema delle servitù, l'imposizione pattizia dell'onere di adibire determinati locali ad un determinato uso, perché tale peso non comporta l'eliminazione, ma solo la riduzione delle possibilità di utilizzazione e del valore dei locali.

¹²⁸ App. Cagliari, 17 luglio 1947, in *Foro it., Rep.*, 1948, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 109.

¹²⁹ Cass., 28 ottobre 1958, n. 3426, *ivi*, 1958, voce cit. p. 213.

¹³⁰ Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro it.*, 1950, I, c. 529.

¹³¹ Cass., 25 marzo 1960, n. 637, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 540; Cass., 18 ottobre 1961, n. 2217, in *Giust. civ., Mass.*, 1961, p. 985; Cass., 13 settembre 1963, n. 2502, *ivi*, 1963, p. 1171. *Contra*, ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 101, secondo cui l'eventuale clausola di cedibilità del diritto sarebbe indice di costituzione di un diverso diritto di natura reale (es. usufrutto) od obbligatoria (es. comodato, locazione).

compromesso il contenuto essenziale e fondamentale di ciascuna situazione, in modo tale, cioè, da non privare il titolare della situazione stessa dei poteri e facoltà caratterizzanti quel determinato “tipo” di diritto reale. Ciò vale sia per quella regolamentazione di carattere ablatorio che tolga al titolare del diritto reale il contenuto essenziale del medesimo, sia per quella che gli imponga obblighi o vincoli tali da assorbire quasi interamente il lato attivo del diritto. In tali casi l’autonomia privata incontra limiti derivanti dall’ordine pubblico e, quindi, le relative clausole saranno nulle.

L’interprete dovrà pertanto individuare, in base all’assetto degli interessi stabilito dall’ordinamento ed alla *ratio* del regolamento, il nucleo fondamentale attinente alla struttura dello schema legale.

La dottrina ha rilevato che, nell’ambito dei numerosi poteri e facoltà corrispondenti all’utilizzazione della cosa da parte del titolare del diritto reale, possono individuarsi dei gruppi omogenei di tali poteri e facoltà che caratterizzano la conformazione e l’esistenza del “tipo” del diritto¹³².

Così, ad esempio, nella proprietà il nucleo fondamentale del diritto sarebbe rappresentato dalle essenziali facoltà di godimento e dai poteri di disposizione previsti dalla legge, nonché dal limite generale della funzione sociale¹³³ e dai vari limiti stabiliti dalla legge¹³⁴.

¹³² PUGLIESE, *Usufrutto*, cit., p. 277 ss.

¹³³ COMPORTI, *Diritti reali in generale*, op. cit, p. 154.

¹³⁴ Ad esempio i limiti per la proprietà immobiliare derivanti dai rapporti di vicinato: in tal senso BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit.; MESSINEO, *Servitù prediali*, cit., p. 51 ss.;

Nell'enfiteusi, il nucleo fondamentale appare costituito dal potere e dalla facoltà tipica di godimento dell'enfiteuta, nonché dal suo dovere specifico di migliorare il fondo¹³⁵.

Nell'usufrutto tra le varie facoltà di godimento (facoltà di possesso, di utilizzazione, di sfruttamento) e di disposizione (trasferimento del diritto, cessione dell'esercizio, potere di dare la cosa in locazione, in comodato o di costituire su di essa diritti reali di garanzia, ecc.), non tutte possono considerarsi essenziali: ad esempio il potere di trasferire il diritto può essere vietato dal titolo (art. 980 c.c.). Essenziali saranno, invece, la facoltà di godere della cosa, menzionata all'art. 981 c.c. nel "contenuto del diritto", ed il dovere dell'usufruttuario di rispettare la destinazione economica della cosa¹³⁶.

Nell'uso e nell'abitazione sono ugualmente qualificabili come limiti del diritto reale, rientranti nel nucleo fondamentale, le limitazioni previste alla facoltà di raccogliere frutti dalla cosa e a quella di abitare l'immobile relativamente ai bisogni del titolare

SANTORO-PASSARELLI, *Altezza e distanze tra edifici privati*, in *Serv. pred. e cond.*, 1942, I, p. 146 ss.; TRABUCCHI, *La difesa possessoria per il rispetto dei limiti legali di buon vicinato*, in *Giur.it.*, 1953, I, 2, c. 59.

Secondo BALBI, *Obbligazioni propter rem*, cit., p. 669, i rapporti di vicinato darebbero invece luogo a servitù o ad obbligazioni *propter rem* a seconda che il comportamento dedotto in oggetto sia negativo o positivo. Ma tale tesi è stata criticata, sia in base al profilo funzionale, perché mentre la servitù realizza un assoggettamento del fondo servente nei confronti di quello dominante, i rapporti di vicinato garantiscono, attraverso la reciprocità del vincolo, la parità di condizioni tra i due fondi, sia in base al profilo strutturale, perché dette limitazioni sono immanenti al diritto di proprietà, non sorgono in base ad uno specifico titolo di acquisto e non sarebbero soggette a prescrizione (MESSINEO, *Servitù prediali*, cit., p. 50 ss).

¹³⁵ ORLANDO CASCIO, voce *Enfiteusi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 925; ROMANO F. *op. ult. cit.*, c. 114; Cass., 25 febbraio 1954, p. 553, in *Foro it., Mass.*, 1954, c. 114; Cass., 30 ottobre 1956, n. 4072, *ivi*, 1956, c. 755; Cass., 3 aprile 1962, n. 682, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 144.

¹³⁶ NICOLO', *Dell'usufrutto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, *Libro della proprietà*, Firenze, 1942, p. 599; PUGLIESE, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, p. 295.

del diritto e della sua famiglia.

Nelle servitù, l'utilità (per quelle volontarie) o la necessità (per quelle coattive) del fondo dominante giustificano la costituzione del peso sul fondo servente, e possono essere considerate quali limiti strutturali della situazione reale nonché componenti il nucleo fondamentale di essa.

Evidenziato in tal modo il nucleo fondamentale di ciascun diritto reale, lo stesso non potrà in alcun modo essere eliminato dal regolamento delle parti, le quali potranno invece disciplinarlo concretamente con statuizioni anche limitative, che non riducano però il diritto ad un mero *nomen*.¹³⁷ In altri termini, le parti possono regolare e limitare le facoltà di godimento del proprietario, dell'usufruttuario, dell'enfiteuta ecc., ma non possono eliminare del tutto tali facoltà. Possono stabilire divieti temporanei al potere di disposizione del titolare o del diritto, ma non possono privarlo totalmente di tale potere dispositivo.

Nell'esaminare le fattispecie elaborate dalla prassi di contratti atipici a mezzo dei quali si acquista la titolarità di diritti reali, occorrerà, pertanto, non solo analizzare la meritevolezza di tutela degli stessi, ma anche il rispetto del contenuto minimo ed essenziale dei diritti reali.

2. Ipotesi negoziali traslative e/o costitutive di diritti reali elaborate dalla prassi: trasferimenti immobiliari *solvendi causa*

¹³⁷ COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato dir. civ. comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Vol. VIII, t. 1, p. 158.

(in adempimento di contratto preliminare; mandato senza rappresentanza ad acquistare; mandato ad alienare; negozio fiduciario; trasferimenti in esecuzione di obblighi morali).

La configurabilità di negozi traslativi atipici è stata più volte invocata da dottrina e giurisprudenza per giustificare l'esistenza di negozi traslativi in esecuzione di un obbligo di dare. Quando una parte si obbliga a trasferire ad un'altra la proprietà di un bene, secondo la giurisprudenza prevalente si sarebbe sempre in presenza di un contratto preliminare, eventualmente a favore di terzo o misto, mentre il contratto cd. definitivo, quando non assume le forme improprie di una vendita simulata o di una donazione unilaterale, potrebbe concretizzarsi, attesa l'unilateralità dell'obbligo, in un cd. contratto unilaterale ai sensi dell'art. 1333 c.c., definito come "contratto gratuito atipico, e quindi né vendita né donazione"¹³⁸.

L'ammissibilità nel nostro ordinamento di figure traslative atipiche, ai sensi dell'art. 1322, II° comma, c.c. ed ancor più la loro riconducibilità all'art. 1333 c.c., costituiscono affermazioni tutt'altro che pacifiche, frutto del superamento di una serie di dogmi. Viene a configurarsi un negozio di trasferimento privo di funzione tipica ma non astratto, in quanto posto in essere con lo scopo dichiarato di adempiere un preesistente rapporto obbligatorio, nel quale trova giustificazione l'attribuzione

¹³⁸ Cass., 12 giugno 1987, n. 5147, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 756; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, *ivi*, p. 1237; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Riv. not.*, 1991, p. 1412 e ss.

patrimoniale da esso realizzata.

La dottrina meno recente negava tale possibilità, muovendo dal presupposto che il pagamento traslativo fosse una figura incompatibile con il principio consensualistico e con quello di causalità delle attribuzioni patrimoniali¹³⁹. Secondo tale orientamento, il pagamento traslativo poteva sussistere solo in ordinamenti, quale quello tedesco, nei quali è rimasta ferma la separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*: il *titulus* si identifica in un contratto causale (es. vendita, donazione ecc.) produttivo di un'obbligazione di dare in senso tecnico; *il modus* si identifica in un contratto traslativo astratto produttivo dell'effetto suo proprio indipendentemente dai vizi del *titulus*. Nel nostro ordinamento, caratterizzato dal principio consensualistico e causale, i contratti diretti alla costituzione o al trasferimento di diritti non esauriscono la loro funzione nella costituzione di un'obbligazione di dare, ma hanno efficacia reale (immediata o differita) e pertanto non sarebbe ipotizzabile un atto negoziale traslativo *solvendi causa*. Tale opinione si fondava sulla convinzione che la giustificazione causale di un contratto dovesse essere necessariamente tipica, ed il pagamento traslativo, come negozio atipico, fosse necessariamente astratto.

Ma in realtà non vi è motivo di ritenere che vi sia interdipendenza tra atipicità ed astrattezza, in quanto corrispettività

¹³⁹ PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 413 ss.; ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 157 ss.; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 24 ss.

e liberalità non rappresentano le uniche categorie di causa idonee ad assicurare il fondamento imposto dall'art. 1325 n. 2 c.c agli atti attributivi¹⁴⁰. Vi è dunque spazio per i negozi con causa esterna, figure in cui la causa non si manifesta come funzione desumibile dal contenuto del negozio, ma si specifica essenzialmente nell'esistenza di un rapporto obbligatorio, non sottostante ma antecedente, al quale il negozio dà esecuzione e che deve essere espressamente in esso menzionato (c.d. *expressio causae*). Il rapporto antecedente in sè considerato costituisce la causa del trasferimento e il termine di riferimento dell'intento negoziale¹⁴¹. Pertanto, un'attribuzione compiuta senza corrispettivo e al di fuori dello schema liberale, ma comunque provvista di una causa *praeterita*, rispetta pienamente il principio di causalità, in quanto nel negozio è comunque indicato l'assetto di interessi che si intende realizzare con l'attribuzione patrimoniale da esso derivante¹⁴².

Tra le ipotesi di negozi *solvendi causa* alcuni autori vi ricomprendono anche il contratto definitivo in esecuzione di un preliminare. Ciò in quanto si considera il contratto definitivo un atto dovuto, non meno del pagamento; l'unica differenza risiederebbe nella circostanza che in veste di debitori si presentano

¹⁴⁰ DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 285 ss.

¹⁴¹ GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 566; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 1933 ss.

¹⁴² NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967, p. 42 ss.; CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persone*, Milano, 1962, p. 132 ss.; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 200 e ss.; BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Studi Urbinati*, Milano, 1975, p. 18 ss.; PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 934.

entrambi i contraenti¹⁴³. Pertanto il definitivo resterebbe negozio solo per quelle parti in cui i contraenti innovino la disciplina dettata nel contratto preliminare.

Nello stesso senso altra parte della dottrina ha considerato il preliminare di vendita una vendita condizionata sospensivamente e a termine iniziale, in cui il fatto che avvera la condizione e permette la produzione *ex nunc* degli effetti traslativi è il c.d. definitivo, pura documentazione che riveste una dichiarazione confessoria dell'avvenuta produzione del comando negoziale contenuto nel preliminare¹⁴⁴.

Altri autori distinguono a seconda che il preliminare sia seguito da un definitivo o da una sentenza: nel primo caso configurerebbe un contratto preparatorio, nel secondo un contratto obbligatorio o un titolo reso definitivo dalla sentenza stessa¹⁴⁵.

L'opinione dominante ritiene, invece, che il definitivo di vendita abbia una doppia causa, solutoria ed interna: dopo aver esaurito la funzione solutoria la dichiarazione di volontà, liberatasi dell'involucro dell'atto dovuto, è idonea a realizzare una nuova e diversa funzione, tipicamente negoziale¹⁴⁶. Vi sarebbero due autonomi e distinti contratti che si susseguono con identico

¹⁴³ RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 117.

¹⁴⁴ MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, p. 11 ss. e *passim*.

¹⁴⁵ DI MAJO, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 1996, p. 569 s.; GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 64 ss.

¹⁴⁶ NICOLO', voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, p. 557.

contenuto, con una rinnovazione del giudizio di convenienza, esercitando il promittente acquirente il controllo sugli eventuali vizi originari o sulle sopravvenienze, con possibilità di rifiutare la stipula del definitivo, qualora il controllo dia esito negativo¹⁴⁷.

Non manca chi critica tale impostazione, ritenuta ambigua e parzialmente mentitoria: il preliminare, in verità, altro non sarebbe se non una vendita ad efficacia obbligatoria¹⁴⁸. Il preliminare sarebbe un contratto obbligatorio con cui le parti si promettono "prestazioni" più che "consensi", e il definitivo non sarebbe altro che un puro e semplice adempimento delle obbligazioni assunte con il preliminare, che resta l'unico e vero regolamento contrattuale dei rapporti¹⁴⁹.

Vi sono, poi, altre ipotesi contemplate dal vigente ordinamento che danno luogo a pagamenti traslativi: il trasferimento dal mandatario al mandante nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili o mobili registrati (art. 1706, II° comma, c.c.); il trasferimento dall'onerato al legatario della cosa altrui oggetto del legato (art. 651, I° comma c.c.); i conferimenti in natura in attuazione dell'obbligazione assunta con il contratto di società (art. 2253, I° comma c.c.)¹⁵⁰.

¹⁴⁷ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 159 ss.

¹⁴⁸ SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 56; CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, p. 692; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19 ss.

¹⁴⁹ Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 140; **Cass., 28 luglio 1995, n. 8186.**

¹⁵⁰ MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 203; GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, cit., p. 556; BENATTI, *op. ult. cit.*, p. 18 e ss. Ritiene, invece, che il contratto di società abbia efficacia

In particolare, relativamente al mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, l'ultima parte dell'art. 1706 c.c. rinvia all'art. 2932 c.c., abilitando il mandante ad ottenere una sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto di trasferimento non concluso. Tra i due negozi traslativi (quello dal terzo al mandatario e quello dal mandatario al mandante) sussiste un'assoluta indipendenza giuridica, con l'importante conseguenza che le cause di nullità del contratto di mandato non si riverberano sul negozio di acquisto concluso dal mandatario con il terzo.

Molto discusso è il problema della forma di tale mandato. Parte della dottrina ritiene, che non è necessaria la forma scritta in omaggio al principio generale della libertà di forma, e che non si possono applicare per analogia norme in deroga a tale principio (come, ad esempio, l'art. 1392 c.c. dettato in tema di procura), né le norme sul contratto preliminare¹⁵¹. Vero è che l'art. 1706, II° comma, c.c. mette a disposizione del mandante il medesimo rimedio che l'art. 2932 c.c. prevede contro l'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto assunto col preliminare e, perciò, l'opinione prevalente in giurisprudenza è stata quella di applicare per analogia le norme sulla forma di quest'ultimo

traslativa e, pertanto, non crei alcun obbligo di dare da eseguire mediante un distinto negozio di conferimento, PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, cit., p. 932.

¹⁵¹ CARIOTA FERRARA, *Forma del mandato senza rappresentanza*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, p. 79; STOLFI, *In tema di mandato senza rappresentanza a concludere negozi solenni*, in *Foro it.*, 1952, I, col. 1361; GIORGIANNI, *Contratto preliminare e esecuzione in forma specifica*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 64 ss.

contratto (art. 1351 c.c.)¹⁵². In altri termini, si è sostenuto che nel mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili si inserisce necessariamente un contratto preliminare che obbliga il mandatario a trasferire l'immobile al mandante e, pertanto, lo stesso è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto di ritrasferimento¹⁵³.

A ben guardare, pur se le due figure (mandato senza rappresentanza ad acquistare e contratto preliminare) sono profondamente diverse sotto il profilo causale, per la maggior complessità e ricchezza di effetti del mandato, tuttavia si può ugualmente considerare necessaria la forma scritta a pena di nullità sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 1351 c.c., riferendo tale norma a tutti i contratti che importano un obbligo di trasferire¹⁵⁴.

Accanto alle figure sopra menzionate, espressamente

¹⁵² Cass., 19 ottobre 1954, n. 3861; Cass., 19 maggio 1960, n. 1261, in *Giust. civ.*, 1960, I, 2131; Cass., Sez. un., 13 dicembre 1970, n. 2565; Cass., 31 dicembre 1978, n. 5939; Cass., 23 giugno 1980, n. 3939; Cass., 19 novembre 1982, n. 6239; Cass., 12 gennaio 1991, n. 256; Cass., 18 giugno 1998, n. 6063.

¹⁵³ MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1960, p. 57; DOMINEDO', voce *Mandato, diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, p. 122 ss.; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 111 ss.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 3, Torino, 1968, p. 524; GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv.*, sezione civile, vol. XI, Torino, 1994, p. 161; CARNEVALI, voce *Mandato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 3.

¹⁵⁴ MINERVINI, *Il mandato*, cit., p. 29; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984, p. 374 ss. In senso contrario, GIORGIANNI, *Contratto preliminare e esecuzione in forma specifica*, cit., il quale ritiene che se la solennità del mandato trova il suo fondamento non già nell'oggetto immobiliare, ma nel negozio che il mandatario è tenuto a compiere per trasferire al mandante i beni acquistati, il mandato non dovrebbe rivestire la forma scritta ove le parti avessero escluso quel trasferimento, come nel caso in cui il mandatario dovesse acquistare per rivendere. Inoltre, il mandato privo di forma produrrebbe tutti i suoi effetti, salvo quello consistente nell'obbligo del mandatario di trasferire i beni immobili al mandante. Infine, anche in tal caso, il volontario adempimento di tale obbligo da parte del mandatario non potrebbe considerarsi *sine causa*, trovandosi il suo fondamento nell'obbligo di rendiconto sancito dall'art. 1713 c.c.

disciplinate, è possibile individuare ulteriori ipotesi di pagamenti traslativi atipici, ogniqualvolta sussista un atto di disposizione sorretto causalmente da un rapporto sottostante di cui il negozio traslativo è attuazione. Si tratta di trasferimenti in adempimento di un'obbligazione di dare, come ad esempio nel caso di mandato senza rappresentanza ad alienare o nel caso di ritrasferimento da parte di un intestatario fiduciario al proprietario originario.

Il mandato senza rappresentanza ad alienare, non previsto specificamente dal legislatore, ha dato luogo a forti contrasti con riferimento all'individuazione del mezzo tecnico che permette al mandatario di diventare titolare del bene, che poi trasferirà in nome proprio ad un terzo.

Secondo alcuni autori l'alienazione posta in essere, in nome proprio dal mandatario, in esecuzione dell'incarico, determinerebbe un trasferimento diretto del bene dal mandante al terzo, attraverso il mandatario, al quale verrebbe conferita con il mandato una legittimazione (ancorché indiretta) a disporre del bene¹⁵⁵.

Tale tesi, però, trova un decisivo ostacolo nella mancanza di una norma che attribuisca al mandatario il potere di disporre di un bene senza esserne titolare.

Altri autori sostengono che il mandato può avere, sia pure in via eccezionale, anche efficacia reale¹⁵⁶. L'effetto reale si

¹⁵⁵ MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1948, p. 34 ss.; GIORDANO, *Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 174 ss.; VISALLI, *Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario*, Milano, 1974, p. 133.

¹⁵⁶ CARRARO, *Il mandato*, cit., p. 67 e ss.; LUMINOSO, *Mandato*, cit., p. 247 ss.; SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e

produrrebbe al sopravvenire dell'esecuzione dell'incarico (ossia nel momento in cui il mandatario aliena al terzo); esecuzione che verrebbe così a formare, col contratto di mandato, una fattispecie traslativa complessa. L'effetto traslativo del bene, derivante dal consenso manifestato dalle parti del contratto di mandato, sarebbe sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario¹⁵⁷.

Seguendo l'opinione tradizionale, secondo cui il mandato ha in ogni caso efficacia meramente obbligatoria, vi è tra questi effetti l'obbligo del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni che il mandatario ha contratto in proprio nome (art. 1719 c.c.)¹⁵⁸. L'atto con cui il mandante trasferisce il bene al mandatario sarà appunto *causa solvendi*, in adempimento di un'obbligazione che il mandante ha assunto col contratto stesso di mandato. Anche in tal caso, il negozio di mandato dovrà, così come affermato da dottrina e giurisprudenza in tema di mandato ad alienare, avere la stessa forma prescritta per l'atto esecutivo dell'obbligazione. Pertanto, in applicazione del principio generale sancito dall'art. 1351 c.c., il mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili dovrà

Branca, Bologna - Roma, 1985, p. 249 ss.

¹⁵⁷ Cass., 7 dicembre 1994, n. 10522, in *Giust. civ.*, 1995, I, c. 2165.

¹⁵⁸ MINERVINI, op. cit., p. 126 ss.

essere stipulato per iscritto, vale a dire nella stessa forma prescritta per il suddetto atto di trasferimento dal mandante al mandatario.

L'esame del negozio con il quale l'intestatario fiduciario ritrasferisce il bene di cui è divenuto titolare, presuppone l'adesione all'opinione secondo cui il negozio fiduciario è un negozio con cui un soggetto (c.d. fiduciante) trasferisce in proprietà un bene ad altro soggetto (c.d. fiduciario) per conseguire un effetto diverso da quello traslativo (che dunque si atteggia come effetto puramente strumentale). Sorge contestualmente in capo al fiduciario l'obbligo di ritrasferire la proprietà del bene a semplice richiesta¹⁵⁹. Il negozio fiduciario ha dunque un effetto traslativo, ma tale effetto è limitato al suo interno da un patto obbligatorio (*pactum fiduciae*) in forza del quale il fiduciario non può trasferire a terzi il bene ma deve all'occorrenza amministrarlo, a seconda di quanto pattuito e, comunque, ritrasferirlo al fiduciante. Come già visto in tema di mandato ad acquistare, appare prevalente l'opinione secondo cui anche in tal caso occorre la forma scritta a pena di nullità del *pactum fiduciae*.

Il negozio col quale il fiduciario ritrasferisce al fiduciante il bene immobile sarà un negozio *solvendi causa* in cui occorrerà indicare la causa esterna e, cioè, il *pactum fiduciae*. Ciò, ovviamente, sarà

¹⁵⁹ La fiducia basata sul trasferimento della proprietà è la fiducia c.d. romanistica, accolta nel nostro ordinamento. In altri ordinamenti, come quello tedesco, il negozio fiduciario è invece costruito come attribuzione della mera legittimazione all'esercizio del diritto la cui titolarità permane però in capo al fiduciante. Tale ultimo tipo di fiducia, con dissociazione tra proprietà e legittimazione, è ammissibile nell'ordinamento italiano solo nelle ipotesi previste dalla legge, proprio perché la proprietà non può essere svuotata dei suoi elementi essenziali, come già detto al paragrafo precedente.

possibile solo ove il patto abbia una causa lecita; in caso contrario si utilizzerà una compravendita con pagamento del prezzo simulato.

Restano, infine, da prendere in considerazione le prestazioni traslative poste in essere a titolo di adempimento spontaneo di un'obbligazione naturale. Si pensi, ad esempio, all'esecuzione spontanea di una disposizione testamentaria fiduciaria mediante trasferimento dei beni alla persona voluta dal testatore (art. 627, II° comma c.c.)¹⁶⁰. Tali figure non costituiscono atti di adempimento in senso tecnico, poiché, dando esecuzione ad un'obbligazione naturale, come tale incoercibile, non sono atti dovuti ma liberi. La mancanza di obbligatorietà, comunque, non impedisce di configurare tali atti come pagamenti traslativi in quanto si tratta di atti diretti pur sempre al trasferimento della proprietà in esecuzione di un'obbligazione preesistente che costituisce idoneo riferimento causale.

Una volta affermata l'ammissibilità nel nostro ordinamento di casi di pagamento traslativo, occorre individuare quale struttura sia la più appropriata per realizzare tali trasferimenti.

Ci si domanda se tali atti di autonomia privata debbano necessariamente ricondursi al modello contrattuale o possano configurarsi, piuttosto, come negozi unilaterali¹⁶¹. In ogni caso, il

¹⁶⁰ Con riferimento alle obbligazioni naturali confronta: CARRESI, *L'obbligazione naturale*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 582 ss; MOSCATI, voce *Obbligazione naturale*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 353 ss.

¹⁶¹ PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 840; BENATTI, *op. cit.*, p. 19 ss.; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 753 ss.; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 403 ss.; CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti*

fatto che si tratti di prestazioni dovute non implica, di per sé, l'esclusione del carattere negoziale di tali atti, in quanto l'adempimento, in tal caso, costituisce esecuzione di un'obbligazione di trasferire e non solamente di mera consegna¹⁶².

Parte della dottrina ritiene che il pagamento traslativo configuri un negozio unilaterale, persino nell'ipotesi di contratto definitivo eseguito conformemente al preliminare. Ciò in quanto non potrebbe pretendersi il consenso dell'acquirente quando questi lo abbia già precedentemente espresso con il preliminare, tanto più che in caso di rifiuto di stipulare il definitivo, interverrebbe la sentenza ex art. 2932 c.c. In tutti i casi in cui *l'accipiens* non abbia l'obbligo di pagare il prezzo o l'abbia già adempiuto, cosicché è solo *il tradens* a dover adempiere la prestazione, la struttura dell'atto unilaterale sarebbe l'unica razionalmente concepibile¹⁶³.

La giurisprudenza ha spesso inquadrato il negozio traslativo *solvendi causa* nell'ambito operativo dell'art. 1333 c.c, finendo così col considerare proprio tale norma come schema generale di riferimento per le ipotesi di pagamento traslativo¹⁶⁴.

traslativi solvendi causa, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233.

¹⁶² GIORGIANNI, voce *Pagamento*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 330; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 32; MENGONI, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 116. In senso contrario DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 368 ss., ritiene che vi sarebbe incompatibilità tra la natura di atto dovuto del pagamento traslativo e la sua struttura negoziale.

¹⁶³ Così GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., p. 43.

¹⁶⁴ Cass., 30 giugno 1987, n. 5748, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1023; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, p. 144 e ss. con nota di Mariconda. In argomento la Cassazione afferma che, trattandosi di un contratto comportante prestazioni a carico di una sola parte, questo si perfeziona in mancanza di rifiuto da parte del destinatario. L'onere di forma scritta, necessaria per tutti i negozi traslativi di diritti reali immobiliari, sarebbe assolto mediante l'utilizzo di tale forma per la sola proposta, non essendo necessario che la volontà di

Il problema, non esaminato dalla giurisprudenza citata, è quello di verificare la compatibilità tra pagamento traslativo e procedimento di formazione del contratto di cui all'art. 1333 c.c., atteso che la lettera di tale norma sembra restringere il suo ambito di applicazione ai soli contratti con effetti obbligatori¹⁶⁵.

La dottrina ha approfondito l'art. 1333 c.c. soprattutto per quanto riguarda il problema dogmatico della sua struttura.

Alcuni autori hanno addirittura negato la natura contrattuale della fattispecie, pervenendo alla conclusione della autonoma dispositività della proposta di cui all'art. 1333, I co., c.c., ritenuta rilevante non già come mero atto prenegoziale irrevocabile, ma come autonomo negozio unilaterale¹⁶⁶.

Altra parte della dottrina ha considerato l'art. 1333 c.c. come una promessa unilaterale che diverrebbe obbligatoria non appena sia scaduto il termine per il rifiuto¹⁶⁷.

L'opinione prevalente è, invece, quella secondo cui la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. appartenga pienamente alla categoria contrattuale¹⁶⁸. A tale conclusione si perviene sia accettazione risulti da atto scritto.

¹⁶⁵ SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 531 ss.

¹⁶⁶ FUNAIOLI, *Promesse unilaterali*, in *Studi senesi*, 1943, p. 355; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 122 s.; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 185 ss.; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 61; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 84 ss.

¹⁶⁷ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p. 119

¹⁶⁸ TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 28 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966, p. 341 ss.; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 76 ss.; MESSINEO, *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di Cicu e Messineo, I, Milano, 1968, p. 355 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni (art. 1321 - 1352)*, Bologna - Roma, 1970, sub art. 1333, p. 161 ss.; SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova,

argomentando dalla lettera della norma, sia considerando che lo speciale procedimento previsto dalla legge sarebbe del tutto coerente col modello contrattuale. L'omesso rifiuto potrebbe, infatti, configurarsi come un'ipotesi di manifestazione tacita di accettazione¹⁶⁹, oppure come un requisito oggettivo inteso come comportamento omissivo al quale la legge attribuisce una precisa funzione costitutiva¹⁷⁰. Si è anche sostenuto che si tratti di contratto concluso con la sola dichiarazione del proponente, in quanto il silenzio dell'oblato non rilevarebbe come elemento costitutivo della fattispecie, ma solo, qualora si estrinsechi nel rifiuto della proposta, quale elemento impeditivo¹⁷¹. Non manca chi sottolinea come, in realtà, la lettera della norma configura il mancato rifiuto come elemento costitutivo necessario ai fini della perfezione della fattispecie contrattuale: il sorgere dell'effetto verrebbe rimesso ad un comportamento, sia pure omissivo, dell'oblato¹⁷².

Tornando all'applicabilità dell'art. 1333 c.c. ai contratti con effetti reali, la risposta positiva è piuttosto agevole per quanti affermano che nella previsione della norma sia contemplato pur

1972, p. 374 ss.

¹⁶⁹ TAMBURRINO, *op. ult. cit.*, p. 28 ss.; STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 27; DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Milano, 1962, p. 116 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, p. 121; SEGNI, *op. ult. cit.*, p. 349 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, III, t. 1, Milano, 1988, p. 70.

¹⁷⁰ SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 167; RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 341 ss.; GIAMPICCOLO, *op. ult. cit.*, p. 78 ss.

¹⁷¹ SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 15 ss.; SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, X, 1982, p. 19 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 70; DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli - Camerino, 1982, p. 96 ss.

¹⁷² CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 286 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., p. 534.

sempre un contratto a formazione bilaterale, cioè fondato su uno scambio di consensi¹⁷³. Si è, infatti, sottolineato che i contratti traslativi sono quelli in cui, da un punto di vista economico, l'utilità a favore dell'oblato è sicura e già determinata, e che non è invocabile il dato letterale per escludere l'applicabilità della figura in esame a tali contratti. Infatti l'eccezionalità di una norma ne esclude l'applicazione analogica, ma la sua tassatività non ne impedisce l'interpretazione estensiva, purché ne ricorrano i presupposti.

La giurisprudenza sembra aver utilizzato proprio tale interpretazione estensiva per dichiarare l'ammissibilità di negozi traslativi atipici effettuati *causa solvendi* e conclusi mediante lo schema del 1333 c.c.¹⁷⁴.

Più complessa diventa l'ammissibilità di tale trasferimento qualora si aderisca all'opinione secondo cui la fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. configuri un negozio unilaterale. In tal caso le obiezioni si fondano sulla presunta necessità che nel nostro ordinamento il destinatario di effetti reali aderisca alla stipulazione in suo favore, o esprima comunque un consenso, seppur tacito, a tale acquisto. Sarebbe proprio la qualità dell'effetto che si verifica in capo all'oblato (acquisto del diritto reale) ad imporre di subordinare il trasferimento al mancato intervento di una

¹⁷³ RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 351; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 161 ss.

¹⁷⁴ Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.; peraltro Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Corr. giur.*, 1996, p. 301, ammette che l'art. 1333 c.c. configuri un negozio unilaterale, ma pronunciandosi con riguardo ad un negozio obbligatorio.

dichiarazione di rifiuto del creditore ex art. 1333 c.c. Ragioni principalmente di natura economica (e, in particolare, di cautela dell'*accipiens*) deporrebbero nel senso della necessità della struttura contrattuale¹⁷⁵.

2.1 *Leasing* traslativo.

La necessità di disporre di strumenti di produzione sempre più complessi e costosi e la difficoltà, per gli operatori economici, di procurarsene la disponibilità a causa della mancanza di una sufficiente liquidità, hanno determinato il sorgere ed il proliferare di nuove figure contrattuali tese, appunto, a soddisfare tali esigenze, tipiche della moderna economia. In questo contesto assume rilievo il contratto di *leasing* o locazione finanziaria.

Il *leasing* finanziario è il contratto con cui una parte concede all'altra il godimento di un bene (mobile o immobile) verso il pagamento di un canone periodico e per un tempo determinato, attribuendo ad essa la facoltà di acquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto mediante versamento di un prezzo prestabilito.

In esso, a differenza del *leasing* “operativo”, che si

¹⁷⁵ MARICONDA, *Il pagamento*, cit., p. 764.

presenta come un contratto bilaterale col quale il produttore di un bene concede il medesimo in godimento ad un altro soggetto, assume rilevanza una funzione di finanziamento che risulta dal fatto che il concedente non è il produttore della cosa, ma deve acquistarla, su incarico dell'utilizzatore, da un terzo (cd. fornitore).

Il nesso di dipendenza strutturale esistente tra il contratto di *leasing* e la compravendita è stato qualificato, come un collegamento unilaterale necessario tra due contratti autonomi¹⁷⁶. Il concedente, infatti, assume l'obbligo di stipulare una compravendita con il soggetto ed alle condizioni indicate dall'utilizzatore. La vendita crea il presupposto (la titolarità del bene) per la successiva concessione in godimento dell'utilizzatore. Il venditore è pienamente consapevole che il negozio da lui stipulato è parte di un'operazione più articolata nella quale le sorti del contratto di *leasing* dipendono dalla compravendita (e non viceversa).

Nonostante l'ampia utilizzazione dell'istituto in vari settori dell'economia ed alcuni interventi normativi, il *leasing* continua ad essere un contratto atipico, rientrando tra quelli che "le parti possono concludere ai sensi del II° co. dell'art. 1322 c.c., purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo

¹⁷⁶ LENER, *Leasing, collegamento negoziale e azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3085 ss. Nel senso di un collegamento tra due negozi bilaterali, uno principale di compravendita tra fornitore e società di *leasing* e l'altro, accessorio al primo, di *leasing* tra concedente ed utilizzatore, GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti*, 2, Padova 1993, p. 126. Così anche Cass., 2 novembre 1998, n. 10926 e Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3083.

l'ordinamento giuridico"¹⁷⁷.

Con riferimento all'individuazione della natura giuridica della figura in commento si sono sviluppate, sia in dottrina sia in giurisprudenza, diversi orientamenti.

Alcuni autori e parte della giurisprudenza di legittimità ritengono che l'operazione di *leasing* si strutturi quale unitario contratto plurilaterale (trilaterale). In altri termini, all'unitarietà economica dell'operazione dovrebbe corrispondere una unitarietà giuridica della stessa¹⁷⁸. La struttura unitaria deriverebbe dall'unità della causa dell'operazione, individuata in una causa di finanziamento.

Tuttavia, all'esito dell'esame della dottrina e della giurisprudenza che hanno approfondito l'istituto in commento, si osserva come sia proprio l'individuazione della sua causa il punto sul quale sussistono maggiori divergenze. Il contratto di

¹⁷⁷ Una definizione legislativa è contenuta nella l. 2 maggio 1976 n. 183, relativa alla disciplina degli interventi straordinari nel Mezzogiorno, il cui art. 17 prevede: "Per le operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito". Le leggi 10 ottobre 1975 n. 517; 21 maggio 1981 n. 240; 10 ottobre 1981 n. 416; 19 dicembre 1983 n. 696; 11 dicembre 1984 n. 848 hanno regolato particolari fattispecie di *leasing* agevolati per l'ampliamento e l'ammodernamento degli impianti, in cui il canone è posto a carico dello Stato o di altro Ente Pubblico. Il legislatore tributario ha preso in considerazione il contratto di "locazione finanziaria" sin dal 1968 (art. 1 della l. n. 1089 del 1968), nonché con il d. pres. n. 633 del 1972 relativo all'IVA (art. 10, n. 10), ed il d. pres. n. 688 del 1974 relativo all'INVIM. Gli artt. 106 ss. del T.U. in materia bancaria (d. lg. n. 385 del 1993) hanno disciplinato l'aspetto soggettivo del contratto di *leasing* finanziario, riservando l'esercizio di tale attività alle imprese iscritte in un apposito elenco tenuto dall'UIC. L'iscrizione nell'elenco è subordinata, tra l'altro, al ricorrere delle seguenti condizioni: adozione di determinate forme societarie (s.p.a.; s.a.p.a.; s.r.l.; società cooperativa); capitale non inferiore a cinque volte il capitale minimo previsto per la costituzione delle società per azioni; oggetto sociale costituito esclusivamente dall'attività finanziaria. Infine, la Convenzione di Ottawa ha disciplinato il *leasing* internazionale.

¹⁷⁸ CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano 1990, 187 ss. In giurisprudenza cfr.: Cass., 26 gennaio 2000, n. 854, in *Foro it.*, 2000, I, 2269 ss.

leasing finanziario, infatti, è stato assimilato ora alla locazione¹⁷⁹ ora al contratto di vendita a rate con riserva della proprietà¹⁸⁰, ora al mutuo¹⁸¹. Alcuni autori, poi, hanno configurato il contratto di *leasing* come un contratto misto¹⁸². Anche in tal caso, però, resta il problema dell'individuazione della normativa applicabile per quanto non disciplinato dalle parti ed, a tal fine, acquista rilevanza l'identificazione della causa del contratto.

Parte della dottrina ritiene che il contratto del quale si discorre abbia prevalentemente la funzione di assicurare il godimento del bene al conduttore e, pertanto, sia allo stesso applicabile la disciplina degli artt. 1571 ss. c.c.¹⁸³.

Tale opinione è stata però criticata, in quanto si è sottolineato come l'insieme dei canoni versati dall'utilizzatore corrisponda, solitamente, al valore economico del bene e non già al valore d'uso¹⁸⁴. Inoltre sull'utilizzatore, a differenza del conduttore, gravano non solo gli oneri relativi alla conservazione dei beni, ma anche tutti i rischi connessi al perimento degli stessi

¹⁷⁹ TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1973, II, 287 ss.; BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in BUONOCORE, FANTOZZI, ALDERIGHI, FERRARINI, *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano 1975, 85 ss. il quale parla di una "qualificazione prevalentemente locatizia del nucleo centrale del rapporto"; CALANDRABONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 206 ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, IV ed., Napoli 1993, 805.

¹⁸⁰ MIRABELLI, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1974, I, 228 ss.

¹⁸¹ CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano 1990, 187 ss.; CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino 1989, 34 ss. e *passim*, il quale definisce il *leasing* finanziario come un contratto con causa di finanziamento e propone pertanto l'applicazione della disciplina del mutuo.

¹⁸² VAILATI, *Aspetti giuridici del leasing finanziario*, in *Riv. not.*, 1973, I, 211 ss.

¹⁸³ TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, II, 287 ss.

¹⁸⁴ Cfr. MIRABELLI, op cit., 231 ss.; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, VII ed., Torino 1988, 837 ss.; CORBO, op. cit., 179 ss. .

e può assumere, pattiziamente, anche i rischi connessi ad eventuali vizi ed alla mancata consegna del bene¹⁸⁵. Infine, nel *leasing* finanziario i beni concessi in godimento sono acquistati dal concedente al solo scopo di concederli in *leasing* e sono scelti dall'utilizzatore presso il produttore che li consegna direttamente all'utilizzatore stesso¹⁸⁶.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza configura il *leasing* come un contratto in cui prevale la funzione traslativa, dal momento che in capo al conduttore vi è un obbligo di versare il corrispettivo in rate (o canoni) che rappresentano il valore capitale del bene, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di vendita con riserva della proprietà¹⁸⁷. In altri termini, la proprietà del bene rimarrebbe in capo al concedente al solo scopo di garantirlo del pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore, mentre l'utilizzatore assumerebbe dalla consegna i rischi relativi alla cosa.

In contrario si è osservato che, mentre nella vendita con riserva della proprietà l'acquisto del bene avviene automaticamente con il pagamento dell'ultima rata di prezzo, nel *leasing* il trasferimento della proprietà in capo all'utilizzatore, non è automatico, ma opera solo nel caso in cui questi scelga tale

¹⁸⁵ CLARIZIA, *op. cit.*, 87 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino 1972, 55; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 2, Padova 1993, 126.

¹⁸⁶ Cfr. DE NOVA, *Leasing*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. X, Torino 1993, p. 468; CLARIZIA, *op. cit.*, p. 87 ss.

¹⁸⁷ MIRABELLI, *op. cit.*, p. 249 ss.; DE NOVA, *op. cit.*, p. 468; COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 164. In giurisprudenza: Trib. Parma, 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, 217; Trib. Torino, 5 settembre 1985, in *Giur. piem.*, 1986, p. 1986; Trib. Milano, 15 gennaio 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1155.

soluzione tra le possibili alternative che gli si presentano allo scadere del rapporto¹⁸⁸.

Non manca chi ritiene che il contratto di *leasing* abbia una causa di finanziamento. L'utilizzatore ottiene un prestito dalla società di *leasing* che anticipa in contanti l'intero prezzo di acquisto del bene, che gli verrà restituito a rate, garantendosi il rischio per l'inadempimento con la proprietà del bene¹⁸⁹. La sussistenza di una causa creditizia si riscontrerebbe nella corrispondenza tra, il prezzo pagato dalla società di *leasing* per l'acquisto del bene dal fornitore aumentato degli interessi, e l'insieme dei canoni e del prezzo di opzione dovuti dall'utilizzatore. Inoltre occorrerebbe considerare il collegamento tra l'acquisto del bene da parte del concedente e la concessione dello stesso in *leasing*. Attesa l'individuata funzione creditizia del contratto di *leasing*, ne conseguirebbe l'applicabilità allo stesso, in via analogica, delle norme sul mutuo.

Neppure tale ricostruzione è stata esente da critiche, evidenziandosi che nel contratto con causa di finanziamento

¹⁸⁸ FERRI, *Manuale*, cit., p. 753 ss.; GABRIELLI, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 458 ss., il quale, peraltro, afferma che la somiglianza concettuale tra i due schemi negoziali consente l'impiego del procedimento analogico.

¹⁸⁹ Cfr. in dottrina: CORBO, *op. cit.*, p. 187 ss.; GALGANO, *op. cit.*, p. 124; CLARIZIA, *op. cit.*, p. 34 ss. Vedi anche F. BOCCHINI, in *Comm. Schlesinger, La vendita di cose mobili* - artt. 1510, 1530, Milano 1994, sub art. 1526: *risoluzione del contratto*, p. 342 s., il quale ritiene che: "la funzione immanente del *leasing*" sia "innanzi tutto ed essenzialmente di finanziamento rivolto a consentire all'utilizzatore il godimento di un bene"; nello stesso senso BUONOCORE, *Il contratto di leasing*, in BUONOCORE e LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, cit., p. 1481. In giurisprudenza: Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 175; Cass., 15 ottobre 1988, n. 5623, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 688; Cass., 26 novembre 1987, n. 8766, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2329; Cass., 13 dicembre 1989, n. 5573, ribadisce che il *leasing* di godimento ha "come caratteristica causale preminente la funzione di finanziamento, con la quale si realizza il punto di connessione degli interessi reciproci delle parti", ma lo distingue poi dalla diversa ipotesi di *leasing* "traslativo".

occorre l'attribuzione di una somma di denaro ad un soggetto che, dopo un certo tempo, è tenuto a restituire il *tantundem*.

Secondo alcuni autori nel contratto di *leasing* non sarebbe individuabile la “concessione del credito”, anche se non mancherebbe la restituzione del *tantundem* identificabile nel pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore¹⁹⁰. Nei contratti di credito, infatti, la dazione della somma di denaro può avvenire anche a favore di un soggetto (nel nostro caso il fornitore) che non è il mutuatario, ma è terzo, purché avvenga a favore del beneficiario del finanziamento. L'utilizzatore, però, non sarebbe beneficiario del pagamento, in quanto egli non è debitore del fornitore, né verrebbe in alcun modo avvantaggiato dal pagamento fatto dalla società di *leasing* al fornitore.

Alla luce di queste osservazioni, autorevole dottrina ritiene che al contratto di *leasing*, in mancanza di una disciplina specifica, si applichino alternativamente le regole della vendita con riserva della proprietà o quelle sulla locazione, dal momento che il contratto in esame si pone in una posizione intermedia tra i due. A dette discipline si è fatto riferimento costante (ma non esclusivo) per la soluzione dei problemi derivati dal contratto in esame¹⁹¹.

Infine vi è chi, rifiutando una tipizzazione “unitaria e rigida”, suggerisce una suddivisione del *leasing* in vari sottotipi,

¹⁹⁰ Cfr. DE NOVA, *op .cit.*, p. 468; FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano 1977, p. 219 ss.

¹⁹¹ DE NOVA, *op .cit.*, p. 469; FERRARINI, *op .cit.*, p. 227; COTTINO, *Diritto commerciale*, II, Padova, 1978, p. 374 ss.

in ragione del diverso oggetto dello scambio dedotto nei singoli schemi, caratterizzati tutti da alcuni elementi costanti, ma aventi ciascuno una diversa disciplina, adeguata alla causa in concreto del contratto¹⁹². Allo sviluppo di tale orientamento ha contribuito anche la graduale ma incessante estensione dell'ambito applicativo della figura in commento che, da contratto (socialmente) tipico dell'impresa avente ad oggetto strumenti di produzione, è divenuto anche figura strumentale all'acquisto di beni di consumo, utilizzabile, come tale, anche dal soggetto "non professionista".

Sembra aderire a tale soluzione la più recente giurisprudenza, che distingue tra *leasing* tradizionale o di "godimento" e *leasing* nuovo o "traslativo"¹⁹³.

Il "*leasing* di godimento" è caratterizzato dalla stretta inerenza del *leasing* alle finalità dell'impresa, sia sotto il profilo soggettivo, in quanto l'utilizzatore è un imprenditore, sia sotto il profilo oggettivo, perché l'oggetto del contratto è costituito da beni strumentali all'esercizio dell'impresa. La cosa acquistata dal concedente, inoltre, esaurisce la propria utilità economica entro un periodo coincidente con la durata del rapporto. In tal caso: il

¹⁹² LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano 1995, p. 362 ss.

¹⁹³ Cass., 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, in *Foro it.*, 1990, I, p. 461. Successivamente nel medesimo senso, Cass., 20 febbraio 1992, n. 2083, in *Fall.*, 1992, p. 479; Cass., 6 giugno 1992, n. 7556, in *Fall.*, 1992, p. 1118; Cass., 24 agosto 1993, n. 8919, in *Giust. civ.*, 1994, p. 725; Cass., 11 luglio 1992, n. 8454, in *Società*, 1992, p. 1661, con nota di LUPI; Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Fall.*, 1993, p. 521; Cass., 4 luglio 1997, n. 6034, in *Riv. not.*, 1997, p. 731; Cass., 18 novembre 1998, n. 11614, in *Foro it.*, 1998, p. 2608; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2069, in *Giur. it.*, 2001, 2, p. 261; Cass., 14 aprile 2000, n. 4855; Cass., 4 agosto 2000, n. 10265; Cass., 12 luglio 2001, n. 9417, in *Contratti*, 2001, p. 1016.

rapporto posto in essere assolve una funzione di finanziamento a scopo di godimento, i canoni sono stabiliti esclusivamente quali corrispettivo del godimento ed il trasferimento del bene alla scadenza del termine, dietro pagamento del prezzo di opzione, costituisce una pattuizione marginale ed accessoria del rapporto. Le parti prevedono già al momento della conclusione del contratto che il bene acquistato dalla società finanziaria e concesso in *leasing* all'utilizzatore, scaduto il contratto, esaurisca la propria utilità economica.

Di maggiore interesse, ai fini della presente indagine, si rivela il c.d. "*leasing* traslativo" nel quale, per contro, il carattere dell'imprenditorialità non è essenziale. In tale contratto le parti, già al momento della conclusione del contratto, prevedono che il bene, avuto riguardo alla sua natura, all'uso programmato ed alla durata del rapporto, è destinato a conservare alla scadenza contrattuale un valore residuale particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore, in quanto notevolmente superiore al prezzo di opzione. Conseguentemente il canone corrisposto dall'utilizzatore non costituisce solo il corrispettivo del godimento della cosa, ma anche il corrispettivo anticipato del trasferimento del diritto di proprietà, svolgendo, quindi, anche la funzione di prezzo. Le parti vogliono, sin dall'inizio, anche un effetto traslativo del bene, attesa la particolare convenienza dell'utilizzatore che ha pagato tutti i canoni maturati in costanza di rapporto, di conseguire la proprietà di un bene ancora efficiente. L'esercizio dell'opzione,

proprio per il valore economico che il bene conserva alla scadenza del rapporto, diviene elemento caratteristico e “causale” della fattispecie. In altri termini, appare evidente che, in questa “versione”, il contratto di *leasing* pur continuando a svolgere una funzione di finanziamento realizza anche una funzione di scambio che, lungi dal costituire solo un momento secondario ed eventuale, costituisce vicenda principale e caratterizzante la figura in commento. Anzi può dirsi che mentre nel *leasing* c.d. finanziario la funzione di finanziamento è strumentale al godimento del bene, nel *leasing* c.d. traslativo la funzione di finanziamento è strumentale all’acquisto della proprietà del bene (mobile o immobile).

La giurisprudenza ritiene che il *discrimen* tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo sia costituito dalla previsione originaria delle parti di quello che sarà, alla scadenza del contratto, il rapporto tra valore residuo del bene e il prezzo di opzione: la notevole eccedenza del primo sul secondo è stata considerata rivelatrice di una volontà originaria volta al trasferimento; la previsione opposta conduce alla configurazione del *leasing* tradizionale o di godimento¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Cass., 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, cit., ed in particolare la sent. n. 5572, integralmente recepita da Cass., 24 agosto 1993, n. 8919, cit.; Cass., 4 luglio 1997, n. 6034, cit.; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2069, cit.; Cass., 12 luglio 2001, n. 9417, cit. Con la sentenza del 18 novembre 1998 n. 11614, cit., i giudici di legittimità hanno precisato che se l’insieme dei canoni previsto remunera interamente o pressoché il capitale impiegato nell’operazione ed il prezzo di opzione è in rapporto a quell’insieme sostanzialmente irrilevante, occorre valutare se il *leasing* sia di godimento o traslativo: “il problema non può essere risolto ponendo a raffronto l’insieme dei canoni ed il prezzo di opzione, ma il prevedibile valore residuo del bene alla scadenza del contratto ed il prezzo di opzione: perché se il primo sopravanza in modo non indifferente il secondo, ciò sta a significare che i canoni hanno incluso per una parte il corrispettivo del valore d’uso e per

Accanto a tale indice, vi possono essere altri elementi chiarificatori della volontà delle parti di stipulare un *leasing* traslativo, e cioè:

- a) la previsione della facoltà dell'utilizzatore di chiedere la proroga del rapporto nella previsione di un'ulteriore utilizzazione del bene;
- b) l'obbligo, imposto all'utilizzatore, di riconsegnare il bene in buono stato di manutenzione e di funzionamento;
- c) il rapporto tra durata del contratto e periodo di obsolescenza tecnica ed economica del bene in relazione alla natura ed alle modalità d'uso del medesimo.

Inoltre, sono stati presi in considerazione, sempre ai fini della ricostruzione della volontà delle parti, anche il tipo di professione esercitata dall'utilizzatore, l'interesse che questi ha inteso soddisfare con la stipulazione del contratto, il criterio di determinazione dei canoni adottato dalle parti, le eventuali pattuizioni in deroga o in aggiunta alle condizioni generali di contratto¹⁹⁵. Tali indici, considerati come elementi oggettivi di determinazione per il giudice, rappresentano dei criteri di valutazione globale della comune intenzione delle parti, e dunque della "causa concreta" del contratto.

Alle medesime conclusioni è pervenuta parte della dottrina che, pur sottolineando la funzione di finanziamento del contratto,

l'altra il corrispettivo del valore di appartenenza".

¹⁹⁵ Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, cit.; Cass., 4 luglio 1997, n. 6034, cit.

non esclude che lo stesso possa “sfociare in una compravendita”¹⁹⁶. L'autore ritiene che la funzione di finanziamento si rispecchia nella struttura economica del corrispettivo dovuto dall'utilizzatore. Tale corrispettivo è calcolato secondo criteri finanziari e consiste nel canone, da pagarsi a scadenze periodiche, ed in un prezzo da versarsi nell'eventualità dell'esercizio dell'opzione di acquisto da parte dell'utilizzatore. Esso si compone di una quota di ammortamento del capitale investito e di una quota di interessi. Il saggio di interesse è conteggiato prendendo come base un saggio di interesse “puro” e aggiungendovi una somma a titolo di rimborso spese generali ed un'ulteriore somma a titolo di profitto. Il corrispettivo, così calcolato, viene distribuito tra canone e prezzo in modo che la parte preponderante sia imputata al primo. Dal momento che, generalmente, la durata del contratto è inferiore alla vita tecnica del bene, il prezzo d'acquisto è per regola inferiore al valore residuo del bene quale previsto al momento della stipula del contratto. Quanto più il prezzo di acquisto è basso rispetto al valore residuo del bene, tanto più è probabile che la locazione finanziaria abbia causa traslativa. Su questa probabilità incide, tuttavia, negativamente il rischio di obsolescenza a cui vanno soggetti i beni (macchinari, impianti) rispetto ai quali la locazione finanziaria trova l'applicazione più frequente. Non a caso la giurisprudenza ha spesso qualificato come contratti di

¹⁹⁶ FERRARINI, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. XI, Torino 1984, p. 8.

leasing traslativo quelli il cui oggetto fosse un bene la cui vita dura ben più a lungo del contratto, quali le automobili o addirittura i beni immobili.

La dicotomia enucleata dal Supremo Collegio e da una parte della dottrina è stata criticata da alcuni autori¹⁹⁷. Si ritiene, infatti, che in tal modo si disperda la funzione economica immanente del *leasing*, e cioè la funzione di finanziamento volto al godimento di un bene. Pertanto una parte della dottrina ritiene che il *leasing* continui ad essere una figura unitaria, e qualora si manifesti una causa traslativa si configurerebbe un nuovo e diverso contratto¹⁹⁸. Altra parte della dottrina sottolinea che, se il *discrimen* è dato dal rapporto tra prezzo di opzione e valore residuo del bene, attualmente il *leasing* traslativo rappresenterebbe la regola, e quello di godimento l'eccezione¹⁹⁹. Infine, vi è chi evidenzia l'incongruità degli effetti di una distinzione basata sui predetti indici rivelatori²⁰⁰. Si segnala, infatti, che il *discrimen* operato dalla Corte improntato sulla "previsione originaria" delle parti di quello che sarà, alla scadenza del contratto, il rapporto tra valore residuo del bene e prezzo di opzione opera correttamente, come strumento per evitare un ingiusto arricchimento del concedente, solo qualora il

¹⁹⁷ CAGNASSO-COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, 9, Padova, 2000, p. 82 ss

¹⁹⁸ CLARIZIA, *Nuova figura di leasing e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c.*, in *Giur. it.*, 1990, 1, p. 746 ss.

¹⁹⁹ Cfr. DE NOVA, *La Cassazione e il leasing: atto secondo*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 469; CHINDEMI, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 c.c.*, in *Resp. civ.*, 1994, p. 343 ss.

²⁰⁰ F. BOCCHINI, in *Comm.*, cit., *sub art. 1526*, cit., p. 193.

reale valore del bene allo scadere del contratto coincida con quello previsto. Qualunque modifica del valore del bene nel corso del rapporto, non prevista dalle parti, potrebbe comportare una conseguente modifica della natura del contratto, da "traslativo" a "di godimento" e viceversa. In tal modo, l'individuazione del tipo di *leasing* posto in essere, non si legherebbe ad una *quaestio voluntatis*, ma finirebbe per dipendere dall'andamento del mercato. Tuttavia, anche l'adesione a tale ultimo orientamento, non preclude la configurabilità dello schema del *leasing*, qualora ne ricorrano i presupposti, come meccanismo negoziale atipico idoneo a determinare l'acquisto di beni immobili.

2.2 Trasferimenti a causa di separazione.

Un fenomeno sempre più diffuso nella prassi sono gli accordi traslativi conclusi tra i coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio. Ciò nonostante i "condizionamenti culturali" ed alcune prese di posizione relative al ruolo dell'autonomia negoziale dei coniugi nella disciplina dei rapporti economici connessi allo scioglimento del vincolo²⁰¹.

²⁰¹ La nostra tradizione giuridica è stata dominata dal principio della indissolubilità del vincolo coniugale con conseguente immutabilità delle convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c. al riguardo: P. RESCIGNO, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del I Convegno di Venezia*, Padova, 1967, p. 52 ss. e G. DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare"*, Milano, 1996, p. 6-7, e dal divieto di donazioni tra coniugi (art. 781 c.c.), norma peraltro dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 3 della Costituzione dalla pronuncia della Corte costituzionale, 27 giugno 1973, n.91, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2014 ss. con nota di C. A. JEMOLO.

A seguito del processo di trasformazione dell'intero sistema del diritto di famiglia (attraverso gli interventi della Corte costituzionale, la riforma del 1975, l'introduzione della legge sul divorzio 1 dicembre 1970, n. 898 e la relativa riforma del 6 marzo 1987 n. 74)²⁰², sta emergendo la tendenza ad una maggiore valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi²⁰³, che trova riscontro in quell'orientamento giurisprudenziale, influenzato dalla dottrina prevalente, che ha considerato lecito l'accordo con il quale i coniugi regolano gli aspetti economici della separazione di fatto (anche se inidoneo a produrre gli effetti della separazione legale)²⁰⁴ ed ha ammesso la validità ed efficacia delle convenzioni modificative o integrative stipulate dai coniugi successivamente al decreto di omologazione (purché non incidano sui diritti e doveri inderogabili di cui all'art. 160 c.c.), o anche concluse prima dell'omologazione e non trasfuse nell'accordo

La giurisprudenza della Cassazione sostiene da tempo, in contrasto con la dottrina, la radicale "nullità per illiceità della causa" degli accordi preventivi tra coniugi sul regime economico del divorzio: cfr., ad esempio, Cass. 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1992, I, 1496 ss.; per la critica, v. ampiamente, M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 105 ss.

²⁰² Cfr. L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 93 e ss.; con riguardo alla L. 6 marzo 1987, n. 74 di riforma del divorzio: A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 125 ss.; A. LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime impressioni sulla legge 6 marzo 1987 n. 74)*, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, p. 438 ss. e G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit.

²⁰³ F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia. Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 383 ss.

²⁰⁴ Cfr. per tutte, Cass. 17 giugno 1992, n. 7470, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Separazione tra coniugi*, n. 18.

omologato, quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio quando si concorda un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione) o quando siano meramente specificative dell'accordo stesso²⁰⁵.

Il legislatore ha espresso addirittura il proprio favor verso gli atti di attribuzione patrimoniale stipulati tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, disponendo uno specifico trattamento fiscale agevolato²⁰⁶.

La fenomenologia degli accordi tra i coniugi in vista della separazione o del divorzio è estremamente ampia e composita, riguardando sia interessi personali che patrimoniali, situazioni disponibili e indisponibili.

Mentre è assai discussa l'ammissibilità di pattuizioni che incidono sugli aspetti personali della separazione, ed in particolare sui rapporti fra genitori e figli²⁰⁷, dottrina e giurisprudenza sembra favorevole ad una regolamentazione negoziale dei rapporti patrimoniali, a prescindere dal

²⁰⁵ Cfr. Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in *Corriere giur.*, 1994, p. 139 ss. con commento di V. CARBONE; Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corriere giur.*, 1993, 820 ss. Ha invece negato validità ad accordi intervenuti prima della omologazione e non inseriti nel relativo verbale: Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Foro it.*, 1984, I, c. 401 (ma per la critica, v. M. COMPORTI, op. cit., c. 108, nt. 16).

²⁰⁶ Cfr. P.GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita not.*, 1993, p. 1075 ss.

²⁰⁷ Cfr. A. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 692; P. ZATTI, *I diritti e doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. Rescigno, Persona e famiglia III*, Torino, 1982, p. 106 ss.

provvedimento giudiziale²⁰⁸.

La distinzione viene effettuata sul contenuto patrimoniale o meno dell'accordo e quindi nella natura disponibile o indisponibile delle situazioni negoziate.

Si considerano pertanto validi gli accordi che riguardano diritti disponibili (come il mantenimento, il trasferimento in proprietà o in uso della casa familiare o di altri immobili o mobili), nulli quelli aventi ad oggetto diritti indisponibili, come il diritto agli alimenti²⁰⁹.

Gli accordi traslativi perfezionati tra i coniugi hanno una fisionomia complessa, data dalla commistione di una infinita gamma di interessi giuridicamente rilevanti (interessi patrimoniali, personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da situazioni pregresse)²¹⁰.

È dunque possibile che vi siano alcune ipotesi di confine in cui la distinzione indicata risulta di difficile applicazione.

Accade sempre più spesso che i coniugi regolino in maniera compiuta e dettagliata le condizioni economiche della

²⁰⁸ Cfr. P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi, ecc.*, cit., p. 1059 s.

²⁰⁹ Cfr. M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione ecc.*, cit., c. 119, secondo il quale nel caso in cui siano inserite in una convenzione relativa a rapporti patrimoniali anche clausole concernenti gli status, si dovrebbe applicare, la regola della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c., nel senso che la nullità delle clausole relative agli *status* "non si trasmetterà di norma alle pattuizioni patrimoniali, salvo che risulti che le parti non avrebbero concluso tali contratti senza le altre colpite da nullità".

²¹⁰ Per alcuni esempi di situazioni rilevanti sotto l'aspetto esistenziale ed economico patrimoniale: G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 18 e 198 ss.; G. METITIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, 1164.

separazione o del divorzio. Non si limitano, cioè, a statuire in ordine alla misura e al contenuto di obblighi legali inderogabili di natura economica (come nella determinazione convenzionale dell'assegno di mantenimento dovuto al coniuge privo di “adeguati redditi propri” in sede di separazione personale consensuale - art. 711, comma 3 c.p.c. - o nella determinazione convenzionale dell'assegno di divorzio dovuto al coniuge privo, in via attuale o potenziale, di “mezzi adeguati” - art. 5.8 L. Div.; ed arg. art. 4.13 L. Div.), ma realizzano una serie di attribuzioni reali (trasferimenti di diritti reali su beni immobili o mobili) od obbligatorie, tra loro ovvero a favore dei figli, la cui struttura e giustificazione causale non è ancora univocamente individuata.

In dottrina il problema era già stato prospettato con riguardo ad atti di attribuzione patrimoniale intervenuti tra i coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio²¹¹.

Dall'inizio degli anni ottanta si è avuta una produzione giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito ²¹², che ha svelato una realtà molto complessa in cui, accanto ad attribuzioni che si pongono in funzione solutoria - totale o parziale -

²¹¹ C. A. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 529 ss.

²¹² Cfr. App. Torino 9 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 19 ss.; Cass. 11 maggio 1984, n. 2887, in *Foro it.*, 1984, I, c. 584; Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, cit., 922 ss.; Cass. 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1319 ss. con commento di A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*.

dell'obbligo legale di mantenimento a carico del coniuge che trasferisce (o promette di trasferire) i beni all'altro coniuge o ai figli ²¹³, ve ne sono altre che appaiono del tutto autonome rispetto a quell'obbligo²¹⁴.

Vi sono infine ipotesi in cui le attribuzioni patrimoniali avvengono liberamente in un momento successivo alla separazione, ma hanno una causa tipica, e pertanto non riguardano le fattispecie in esame²¹⁵.

Quando il trasferimento è realizzato attraverso un meccanismo negoziale non previsto dal legislatore, ciò coinvolge la problematica più generale dell'ammissibilità di contratti traslativi atipici.

In alcuni casi, anziché far ricorso ad un'attribuzione diretta, si preferisce utilizzare uno schema “bifasico”, che si articola in un impegno a trasferire e in un successivo trasferimento, che avrà funzione solutoria dell'obbligo assunto con il primo contratto.

²¹³ Il problema è stato posto dalla già citata pronuncia di Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237 ss. con nota di M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari “solutionis causa”* (ma v. già Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, cit., 922 ss.), che riguardava l'attività (traslativa) funzionale alla esecuzione dell'obbligo di trasferire la proprietà assunta da un coniuge (nei confronti dell'altro) per l'assolvimento dell'obbligazione legale di mantenimento nei riguardi della figlia.

²¹⁴ E. BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. not.*, 1997, p. 5 ss., pone l'esempio dei trasferimenti immobiliari tra coniugi economicamente autosufficienti e senza prole, ovvero quelli che si aggiungono all'assegno di mantenimento, talora con funzione assolutamente diversa rispetto a quest'ultimo (quando l'obbligo di mantenimento rimane invariato a carico di entrambi i genitori e il trasferimento a favore dei figli viene effettuato al solo scopo di evitare una eventuale comunione ereditaria con altri figli di secondo letto o per eludere o ridurre l'imposta di successione); Cfr. anche G. METTIERI, *La funzione notarile*, ecc., cit., p. 1166-1167.

²¹⁵ Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui, cessando con la separazione personae il regime di comunione legale, i coniugi procedano ad una divisione dei beni ormai in comunione ordinaria.

Anzi, è proprio questa seconda ipotesi che più ha interessato la giurisprudenza, in quanto quasi sempre il giudizio si instaura a seguito della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo ex art. 2932 c.c.²¹⁶

Si è detto che in ogni caso, per essere certi che le pattuizioni, reali o obbligatorie, regolamentino solo una situazione di separazione ormai formalizzata sarebbe opportuno condizionarne espressamente l'efficacia al provvedimento di omologazione del giudice, onde evitare il prodursi immediato dell'effetto reale²¹⁷.

Spesso accade che marito e moglie si impegnino ad effettuare dei trasferimenti immobiliari a favore dei figli, con o senza funzione solutoria dell'obbligo legale di mantenimento. A questo proposito si è parlato stipulazione a favore del terzo²¹⁸.

Tale ricostruzione appare ineccepibile allorché l'attribuzione immobiliare avvenga per liberarsi dall'obbligo di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge, il quale disporrebbe di un diritto proprio, a favore del figlio.

Diversamente si pone la questione quando, trasferendo il bene o impegnandosi a trasferirlo, si intenda estinguere in tutto o in

²¹⁶ Cfr. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi "solvendi causa"*, cit, p. 233 ss.

²¹⁷ E. BRIGANTI, *Crisi della famiglia ecc.*, op. cit, p. 7.

²¹⁸ In tal senso, da ultimo, G. METITIERI, *La funzione notarile, ecc.*, cit., p. 1166; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, cit., p. 1237.

parte

l'obbligo di cui all'art. 147 c.c.; in tal caso si dispone del diritto proprio del figlio, cosa che non potrebbe realizzarsi se non attraverso il meccanismo della rappresentanza legale, ed in ogni caso non potrà richiamarsi la figura della stipulazione a favore del terzo (art. 1411 ss., c.c.), la quale, com'è noto, presuppone la produzione in capo al terzo di un effetto meramente favorevole.

Come già detto, occorre distinguere le ipotesi in cui, pur realizzandosi nell'immediatezza della separazione o del divorzio, i negozi conclusi dai coniugi abbiano un profilo funzionale del tutto indipendente ed autonomo rispetto alla crisi familiare cui sono solo occasionalmente connesse: si fa l'esempio dei coniugi che, essendo controversa la titolarità di un bene o diritto (ad esempio, della costruzione realizzata da entrambi i coniugi su suolo di proprietà esclusiva di uno di essi), decidano di eliminare transattivamente ogni contestazione in vista della fine della convivenza coniugale. Non diverso è il caso in cui si convenga di permutare le rispettive quote di comproprietà, ovvero di dividere i beni comuni in considerazione del fatto che la separazione scioglie la comunione legale con conseguente passaggio al regime di comunione ordinaria. Si prospetta, ancora, l'ipotesi di uno dei coniugi che, intendendo trasferirsi fuori città, venda

all'altro la propria quota sulla casa familiare²¹⁹.

In questi casi, ricorrendone tutti i requisiti, avremo dei comuni contratti di transazione, permuta, divisione, vendita, rispetto ai quali la separazione o il divorzio si pongono come semplice occasione per la stipula.

Il problema si presenta diversamente in quelle fattispecie in cui la crisi coniugale costituisce il necessario presupposto, in senso giuridico e non meramente fattuale, delle attribuzioni. È il caso delle frequenti ipotesi di trasferimenti immobiliari stipulati tra i coniugi con funzione solutoria dell'obbligo legale di mantenimento a carico del coniuge che trasferisce (o promette di trasferire) il bene all'altro coniuge o ai figli²²⁰.

Ritenuta ammissibile la conclusione di accordi traslativi atipici

²¹⁹ Gli esempi sono tratti da P. GIUNCHI, *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni fra coniugi nella separazione personale*, in *Riv. not.*, 1994, p. 292; ID., *I trasferimenti di beni fra coniugi*, ecc., cit., p. 1050 ss.

²²⁰ Preliminarmente è stato al centro di un vivace dibattito il problema della idoneità di un atto traslativo *una tantum* a costituire adempimento dell'obbligazione di mantenimento, data la difficoltà di conciliare la natura definitiva del trasferimento *una tantum* con il carattere essenzialmente transitorio dello stato di separazione (come situazione "ponte" tra la ricostruzione della comunione familiare ed il suo definitivo scioglimento). La soluzione negativa si lega ad una concezione della separazione strumentale ad una successiva riconciliazione, in quanto la periodicità dell'obbligazione varrebbe a tenere in vita il rapporto interpersonale; viceversa, l'estinzione dell'obbligo attraverso una singola attribuzione patrimoniale equiparerebbe la condizione dei coniugi separati a quella dei divorziati: C. GRASSETTI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1976, p. 303 ss. Cfr., in giurisprudenza, Cass. 23 dicembre 1988, n. 7044, cit., 1320 ss. con nota di A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*.

La Cassazione ha sostenuto la validità dell'attribuzione patrimoniali *una tantum* e la sua idoneità ad estinguere totalmente e definitivamente l'obbligazione di mantenimento (Cass. 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1878 ss.; di contraria opinione A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 474 ss.; favorevole anche Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, cit., 922 ss.

nel momento patologico del rapporto familiare, occorre valutare se l'accordo traslativo possa effettivamente ritenersi sorretto, sotto l'aspetto causale, dall'adempimento dell'obbligazione legale di mantenimento²²¹ o più in generale, da una “*causa separationis*”.

Quando il trasferimento è effettuato in adempimento dell'obbligazione legale di mantenimento, parte della dottrina ha parlato di una “sostituzione consensuale della prestazione mediante dazione in pagamento” (art. 1197 c.c.)²²².

Il profilo funzionale viene colto nella connessione con un elemento “esterno” all'atto di attribuzione. Si fa pertanto rientrare il negozio in questione nella la c.d. categoria degli atti negoziali a “causa esterna”, in cui è necessaria l’ *expressio causae*, cioè l’espressa indicazione del diverso rapporto giustificativo: ne consegue, dunque, che per la validità dell'atto, i coniugi debbano aver espressamente enunciato l'intento di realizzare, attraverso quell'attribuzione patrimoniale, la funzione solutoria

²²¹ L'accordo troverebbe «causa esterna» nell'adempimento dell'obbligazione legale di mantenimento, con la conseguente impossibilità di richiamare lo schema della donazione sicuramente incompatibile con l'esistenza di un rapporto antecedente: V. MARICONDA, Il pagamento traslativo, in *Contratto e impresa*, 1988, 735 ss., A. DI MAIO, Causa e imputazione negli atti solutori; cit., 781 ss.

²²² A. BERGAMINI, *Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale e in vista di un futuro divorzio*, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 174; A. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1990, p. 1410.; E. BRIGANTI, op. cit., p. 11, sottolinea come in realtà quando, si utilizza il meccanismo dell'impegno a trasferire, con successiva alienazione, non si potrà avere la tipica efficacia estintiva della *datio in solutum*, bensì la mera sostituzione dell'obbligazione legale con quella negoziale. Sicché sembrerebbe più corretto parlare di novazione modificativa del precedente rapporto obbligatorio, avente l'effetto di costituire una facoltà alternativa a favore del debitore.

dell'obbligazione (legale) di mantenimento.

L'inquadramento degli accordi traslativi entro lo schema dell'attività negoziale in adempimento dell'obbligazione legale di mantenimento, consente di escludere la possibilità di rintracciare nella fattispecie traslativa una causa donandi, sicuramente incompatibile con la presenza di un rapporto che costituisce un antecedente causale della successiva attribuzione patrimoniale²²³.

Ciò consente di superare il problema della forma; si evita, inoltre, l'applicazione della disciplina propria degli atti di liberalità in ordine alla revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli, all'obbligo alimentare del donatario, all'azione di riduzione, alla collazione, all'azione revocatoria, ecc.²²⁴

Qualificare un atto come solutorio o di adempimento, e non come donativo, può peraltro comportare lesioni dei diritti dei legittimari(in particolare dei figli) e dei creditori²²⁵.

Occorre pertanto qualificare l'atto traslativo come solutorio solo quando vi sia una effettiva corrispondenza, anche se oggettivamente valutata, tra attribuzione immobiliare ed obbligo legale.

²²³ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., p. 737; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, p. 1947.

²²⁴ G. METITIERI, *La funzione notarile*, ecc.,cit., p. 1166.

²²⁵ Cfr. E. BRIGANTI, op. cit, p. 12, che riporta l'esempio di A. MARINI, di una persona oberata dai debiti che finge di separarsi e di non essere in grado di versare l'assegno di mantenimento per il coniuge e, quindi, in sostituzione, trasferisce a quest'ultimo un'abitazione che rappresenta l'unico cespite esistente nel suo patrimonio.

Non altrettanto potrà dirsi delle ipotesi in cui i trasferimenti siano di valore assolutamente sproporzionato rispetto a quell'obbligo, o addirittura non abbiano alcun legame con esso; nel qual caso può configurarsi l'esistenza di una *causa donandi*.²²⁶

Può infine accadere che i coniugi perfezionino un accordo traslativo pur se nessun assegno di mantenimento sia dovuto²²⁷, oppure determinino, oltre alla misura della corresponsione dovuta a titolo di mantenimento, l'attribuzione immediatamente traslativa. In tale ipotesi non si potrà richiamare lo schema della *datio in solutum*, perché all'attribuzione traslativa non consegue l'estinzione satisfattiva del credito.

Anche in tal caso occorrerà verificare se non sussista una causa donativa, transattiva o di scambio, non necessariamente esclusa dalla presenza di una crisi coniugale²²⁸.

Qualora la fattispecie non possa rientrare in alcuno di tali negozi tipici, perché il presupposto della separazione o del divorzio risulta permeare la causa del negozio, occorrerà allora definire il profilo causa le di tale accordo.

²²⁶ Sembrerebbe invece escludere a priori la *causa donandi*, Cass. 11 novembre 1992, n. 12110, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, p. 471 ss.

²²⁷ Così G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 282, nt. 148.

²²⁸ Un accenno in tal senso in Cass. 11 maggio 1984, n. 2887, cit., c. 584; Cass. dicembre 1987, n. 9500, cit., p. 1237 ss.; cfr. anche, G. METITIERI, *La funzione notarile, ecc.*, cit., p. 1166; per una visione di sintesi, C. MANZINI, "*Spirito di liberalità*" e controllo giudiziario della *causa donandi*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 422-425; con specifico riferimento al tema in oggetto, G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 211 ss.

La giurisprudenza ha spesso attribuito all'accordo traslativo tra i coniugi una funzione transattiva.²²⁹ L'accordo infatti può riguardare anche negozi che, pur trovando sede ed occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in questa, in quanto non sono direttamente collegati ai diritti ed agli obblighi che derivano dal matrimonio: tali negozi pertanto costituiscono espressione di libera autonomia e configurerebbero delle transazioni.²³⁰

In verità nelle ipotesi oggetto di decisione vi era una oggettiva situazione di contrasto che le parti avevano inteso comporre mediante reciproche concessioni.

Ed è proprio l'esistenza di una lite, sia pur potenziale, uno degli elementi fondamentali per poter qualificare una data fattispecie come transazione. Il presupposto della transazione è infatti l'esistenza di un conflitto giuridico e non una mera contrapposizione di pretese economiche.²³¹

Pertanto, poichè l'accordo traslativo di cui in discorso non presuppone necessariamente alcuna lite²³², né dà luogo a

²²⁹ Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; Cass., 5 settembre 2003, n. 12939 in *Riv. Not.* 2004, p. 468 ss., con nota di Festa Ferrante.

²³⁰ Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, cit.

²³¹ SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 9 ss.; DEL PRATO, voce *Transazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 818 ss. Così anche Cass., 26 maggio 1969, n. 1879, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Transazione*, n. 3; Cass., 9 maggio 1978, n. 2251, in *Foro it.*, 1978, I, p. 2195 ss. con nota di Lener e in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 1423 con nota di Costanza, *Transazione o promessa unilaterale?*

²³² G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 242 ss.

reciproche concessioni²³³, non è corretto parlare di transazione.

La funzione del negozio andrebbe allora individuata in quel coacervo di interessi personali e patrimoniali che accompagnano la crisi familiare.

Gli accordi si considerano conclusi “a causa della separazione” o “a causa del divorzio”²³⁴.

Si tratta infatti di pattuizioni in cui non è dato riscontrare alcun elemento, più o meno evidente, di corrispettività, senza peraltro che vi sia un intento liberale²³⁵.

Vi è chi afferma che la fattispecie, sotto il profilo strutturale, vada inquadrata negli atti a titolo gratuito, ma che, pur tuttavia, presenti sicuri elementi di onerosità, in quanto il coniuge trasferente riceve un sicuro vantaggio, anche di natura patrimoniale, dal negozio posto in essere, consistente nella soddisfazione di un proprio interesse alla definizione dei rapporti familiari e degli interessi sottesi alla separazione personale.²³⁶

Secondo altra tesi, invece, il negozio in questione sarebbe a titolo oneroso in quanto diretto a regolamentare i reciproci rapporti

²³³ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 677 ss.

²³⁴ G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 300ss.; P.GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi, ecc.*, cit., p. 1053. Secondo Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, cit., p. 922, le attribuzioni patrimoniali stabilite dai coniugi in vista della separazione trovano causa “nella esigenza di assetto personale e patrimoniale delle parti”.

²³⁵ Così P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi, ecc.*, cit., p. 1053 che configura alcuni esempi: in caso di riconoscenza per il lavoro prestato da un coniuge a favore dell'altro, del senso di colpa per avere assunto l'iniziativa della separazione, del desiderio di giungere ad una definizione rapida della vicenda separazione, ecc.

²³⁶ G. DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, p. 2228 ss.

patrimoniali sorti tra i coniugi nel corso della loro vita matrimoniale, anche se tale regolamentazione può avvenire attraverso la previsione di prestazioni unilaterali o reciproche, di carattere obbligatorio o reale, istantanee o periodiche²³⁷.

La meritevolezza di tutela di tali negozi atipici potrebbe evincersi dalla rilevanza delle esigenze coniugali e della famiglia, testimoniata tra l'altro dall'art. 158, II comma c.c., che ammette espressamente gli accordi tra coniugi relativi al mantenimento ed all'affidamento dei figli.

Secondo alcuni autori potrebbe addirittura parlarsi di “causa tipica” di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale.²³⁸

Il negozio tipico, in quanto previsto e disciplinato da apposite disposizioni (art. 711 c.p.c. “condizioni della separazione personale”, art. 4, comma 13 legge divorzio “condizioni inerenti alla prole ed ai rapporti economici”, art.5, comma 8 della predetta legge che prevede l'accordo per la definizione *una tantum* dell'obbligazione di mantenimento), potrebbe essere definito come contratto tipico della crisi coniugale o “contratto post-matrimoniale”²³⁹.

In realtà le norme citate non sembrano ricomprendere tutte le

²³⁷ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 706.

²³⁸ OBERTO, *I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 159.

²³⁹ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 677 ss.

fattispecie esaminate, né dettano alcuna disciplina delle medesime, e pertanto appare più appropriato configurare tali negozi come atipici.²⁴⁰

Si discute, infine, se gli accordi sulle condizioni economiche della separazione o del divorzio debbano necessariamente essere contenuti nel ricorso al giudice e, quindi, riprodotti nel verbale di udienza o, piuttosto, possano essere stipulati separatamente: ad esempio, trattandosi di trasferimenti immobiliari, per atto di notaio, che avrebbe anche il vantaggio di costituire titolo sicuramente idoneo per la trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.²⁴¹

La posizione più rigorosa appare ispirata all'idea che le situazioni in esame siano fondamentalmente dominate da esigenze di tipo pubblicistico e che il controllo del giudice non possa non estendersi a tutti gli aspetti di esse, senza alcuna distinzione di

²⁴⁰ Cfr. P. CARBONE, *I trasferimenti in sede di separazione e di divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 623, il quale ritiene che in realtà parlare di tipicità non aiuti in ogni caso nell'individuazione della disciplina applicabile, e che la causa di definizione della crisi coniugale possa contenere l'adempimento dell'obbligo di mantenimento, ipotizzandosi in tali casi l'esistenza di un contratto misto in cui la causa risulti dalla fusione di due o più contratti nominati, o di elementi di contratti tipici ed atipici o di soli elementi atipici.

²⁴¹ Chi ritiene che gli accordi patrimoniali tra coniugi possano essere contenuti anche in atti diversi dal verbale, ne condiziona l'efficacia alla omologazione, la quale, pur non potendo riguardare il merito di accordi puramente patrimoniali, è diretta ad una valutazione di legittimità dell'atto e alla salvaguardia della libera volontà dei coniugi, non viziata dal desiderio di un accordo a qualsiasi costo: P. ZATTI, *I diritti e i doveri*, ecc., cit., 131; Trib. Firenze, 6 gennaio 1982, in *Riv. not.*, 1982, 197. Coloro che, invece, esaltano il principio di autonomia contrattuale dei coniugi ed intendono l'omologazione come attività di controllo limitata all'accertamento di lesioni degli interessi della prole, ritengono gli atti contenenti accordi patrimoniali sottratti all'omologazione, ed anzi rivendicano al solo atto pubblico notarile la capacità di ricevere o comunque documentare attività negoziali: V. ANGELONI, *Separazione fra coniugi e divisione dei beni*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 953; G. METITIERI, *La funzione notarile*, ecc., cit., p. 1178; G. DORIA, nota a Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, p. 559.

sorta ²⁴².

L'opinione più aperta è suffragata anche dal nuovo testo dell'art. 158 c.c., che sembrerebbe attribuire un rilievo non identico ai vari profili del rapporto coniugale. L'intervento giudiziale, infatti, è indispensabile solo per rendere operativo il consenso dei coniugi alla separazione e, d'altro canto, è consentito rifiutare l'omologa unicamente se sia *contra legem* (o comunque incongrua) la disciplina relativa all'affidamento ed al mantenimento dei figli²⁴³.

In questa ottica si è ritenuto che le condizioni economiche possano essere regolate anche in via stragiudiziale, con accordi che sarebbero efficaci senza necessità di ulteriori verifiche o integrazioni dall'esterno. Le pattuizioni di natura patrimoniale diventerebbero operative con la semplice formalizzazione del consenso alla separazione o al divorzio²⁴⁴.

In sostanza, secondo l'opinione preferita, la disciplina economica della crisi coniugale è libera, salvo che si incida sugli interessi della prole; in questo solo caso, per attribuire valore alle condizioni concordate, sarà indispensabile l'intervento del

²⁴² Per una approfondita ricostruzione del rapporto tra concezione autoritaria e concezione individualistica della famiglia, v. L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La famiglia crocevia della tensione tra « pubblico » e « privato »*, Milano, 1979, p. 268 ss.

²⁴³ P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi, ecc.*, cit., p. 1059 s.

²⁴⁴ Cfr. A. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 688; P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi, ecc.*, cit., p. 1062 ss.

giudice e, quand'anche l'accordo avvenga fuori dal procedimento, la sottoposizione all'omologa con esito positivo funzionerà da condizione di operatività.

Occorre poi qualificare giuridicamente il negozio posto in essere dalle parti per verificare se sia stato soddisfatto l'onere formale che la legge imponeva per la validità di quell'accordo, e stabilire quale sia il contesto documentale (scrittura privata, atto pubblico, ricorso, verbale presidenziale) idoneo ad esprimere validamente la volontà delle parti²⁴⁵.

Ad esempio, solo dopo aver individuato la natura donativa dell'attribuzione ovvero la presenza di elementi di corrispettività (ancorché atipici), si potrà concludere per la necessità o meno dell'intervento del notaio e dei testimoni affinché l'attività negoziale sia utilmente compiuta²⁴⁶.

Su quest'ultimo punto i maggiori problemi li pone proprio la donazione, per la quale l'art. 782 c.c. e l'art. 48 L. Not. impongono l'atto pubblico e l'assistenza dei testimoni, rendendo ogni altro meccanismo inidoneo all'assolvimento dell'onere

²⁴⁵ F. NAPPI, *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali)*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, p. 171 ss. non ha nessun dubbio nell'attribuire natura di atto pubblico ai verbali e nel considerare il cancelliere e il giudice pubblici ufficiali; difficoltà invece nel riconoscere la competenza del giudice (e del cancelliere) a ricevere atti negoziali *inter vivos* e nell'attribuire loro pubblica fede, al pari del notaio: cfr., per tutti, G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., p. 381 ss., ove ampie indicazioni bibliografiche.

²⁴⁶ Sulla possibilità di inserimento del notaio nei procedimenti volontari di separazione e di divorzio, G. CAPOZZI, *La funzione del notaio nel diritto di famiglia*, in *Vita not.*, 1973, p. 1 ss.

formale prescritto per legge. In particolare non sarà valida l'attribuzione donativa compiuta nei patti da sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria, non avendo il verbale presidenziale le caratteristiche dell'atto pubblico di cui all'art. 2699 c.c.; per non parlare dell'assistenza testimoniale, di cui non vi è traccia nei procedimenti in discorso²⁴⁷.

Fuori dall'ipotesi donativa le difficoltà si attenuano, in quanto tutt'al più ricorrerà l'onere della forma scritta ai sensi dell'art. 1350 c.c. ovvero dell'art. 1351 c.c., in caso di “impegno a trasferire”. Orbene, l'onere di forma sarà in questo caso soddisfatto tanto da una scrittura privata non omologata, quanto da accordi sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziale ovvero dal ricorso all'atto notarile.

Peraltro, il meccanismo scelto dalle parti avrà una diversa valenza ai fini della trascrizione.

In caso di semplice scrittura privata si avrà solo il trasferimento *inter partes*, ma non si potrà conseguire l'opponibilità erga omnes dell'acquisto secondo il disposto dell'art. 2657 c.c. Per ottenere titolo idoneo alla trascrizione occorrerà agire in giudizio e

²⁴⁷ Cfr. A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1977, 871: riguardo alla forma “si deve ritenere che, in mancanza di deroga espressa, quella osservata con il processo verbale formato davanti al Presidente non valga ad assorbire le eventuali forme più rigorose che siano prescritte in relazione alla natura dei singoli patti, sia di natura personale che patrimoniale”. In tal senso anche Cass. Sez. I, 8 marzo 1995, n. 2700, in *Mass. Foro it.*, 1995, c. 347: “ove nell'accordo di separazione consensuale i coniugi abbiano convenuto una donazione, l'omologazione non vale a rivestire l'atto negoziale della forma dell'atto pubblico, richiesto dall'art. 782 c.c., che gli artt. 2699 e 2700 c.c. impongono sia "redatto" e "formato" dal pubblico ufficiale.

conseguire sentenza di accertamento che dichiari prodotto l'effetto reale *inter partes*, eseguendo la trascrizione della domanda per l'effetto prenotativo di cui all' art. 2652 n. 3 c.c.

Il caso di attribuzione realizzata in sede di procedimento giudiziale apre, invece, il problema della idoneità del relativo provvedimento alla trascrizione²⁴⁸.

La tesi più rigorosa considera insuperabile il disposto dell'art. 21 c.c.²⁴⁹ e distingue, perciò, tra divorzio e separazione, in quanto nella prima ipotesi il giudizio, ancorché apertosi su domanda congiunta, chiude con sentenza, mentre nella seconda esso si conclude con decreto.

La sentenza di divorzio, dunque, non porrebbe alcun problema rapporto alla elencazione tassativa dell'art. 2657 c.c., mentre per il decreto di omologa della separazione consensuale dovrebbe negarsi l'idoneità alla pubblicità immobiliare²⁵⁰. In questa ottica, ai fini della opponibilità ai terzi, le attribuzioni contenute in atti omologati non avrebbero sorte diversa da quelle realizzate con scritture private non sottoposte al vaglio del giudice.

Non manca, tuttavia, un'interpretazione più elastica, che fa leva

²⁴⁸ Cfr. G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 381, anche in ordine agli orientamenti della giurisprudenza.

²⁴⁹ Sul principio della tassatività delle ipotesi di trascrizione, G. GABRIELLI, *Pubblicità immobiliare e circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 425 ss.

²⁵⁰ A. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, cit., 1409. *Contra*, P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi, ecc.*, cit., 1070 ss., il quale affronta anche il problema particolare relativo alla trascrizione dell'attribuzione, contenuta nel verbale, del diritto di abitazione nella casa familiare al coniuge al quale vengano affidati i figli; cfr. Trib. Firenze, 6 gennaio 1982, cit., 197 ss.

soprattutto sull'art. 2645 c.c.²⁵¹, il quale impone la trascrizione di ogni altro atto o provvedimento oltre quelli indicati nell'art. 2643 c.c. che produca effetti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari. In particolare la dizione “ogni altro provvedimento” viene intesa nel senso di estendere i titoli giudiziali oltre l'ambito della sentenza, per comprendervi ogni ipotesi in cui si realizzino gli effetti di cui all'art. 2643 n. 14 c.c.

Nessun problema, naturalmente, pongono i trasferimenti compiuti per atto pubblico o per scrittura autenticata, essendo questi ultimi titoli senz'altro idonei alla pubblicità immobiliare (art. 2657 c.c.).

2.3 I cc.dd. contratti di mantenimento

L'esigenza di assicurare ad un soggetto, normalmente di età avanzata, una continua assistenza materiale e morale per la restante parte della sua vita, è alla base della notevole diffusione nella prassi negoziale di contratti, variamente denominati, aventi finalità che si possono definire *lato sensu* assistenziali.

Com'è noto il nostro ordinamento non è privo di schemi negoziali che possono assolvere a tali finalità quali, ad esempio, la rendita vitalizia e la donazione modale. In particolare, con la

²⁵¹ Una sintesi delle posizioni sull'art. 2645 c.c. e sulla sua interpretazione come norma di apertura nel sistema della trascrizione in G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Tutela dei diritti, I, Torino, 1985, p. 101ss.

rendita vitalizia un soggetto che, pur essendo titolare di diritti reali di godimento, non dispone di sufficiente liquidità per provvedere al proprio mantenimento e magari a quello del proprio congiunto e che, per l'età raggiunta ed eventualmente per il proprio stato di salute teme di non essere più in condizione di procacciarsi il reddito a tanto necessario può, mediante l'alienazione di un bene mobile o immobile o mediante cessione di un capitale, divenire creditore di una obbligazione di durata avente ad oggetto la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di altre cose fungibili (cfr. art. 1872 ss. c.c.)²⁵².

Tuttavia, a volte, la prassi ha registrato la necessità di predisporre strumenti negoziali idonei a soddisfare non solo e non tanto il sostentamento materiale del c.d. vitaliziato, più facilmente determinabile e quantificabile in una somma di denaro da corrisondersi periodicamente, quanto, piuttosto, l'assistenza ed il sostegno morale di quest'ultimo. In altri termini, l'esigenza di assicurare al vitaliziato, per il tempo che gli resta da vivere, un'esistenza non solo priva di stenti, ma dignitosa, corredata dall'assistenza anche e soprattutto morale prestata personalmente

²⁵² MONTEL, *Della rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, II, t. 2, Firenze, 1949; TORRENTE, *della rendita perpetua e della rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1861-1932)*, Bologna-Roma, 1955; ANDREOLI, *La rendita vitalizia*³, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VIII, t. 3, fasc. 4, 1958; VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1961; LENER, *Vitalizio*, in *Noviss. dig. It.*, XX, 1975, 1018 ss.; TRIDICO, *Rendita*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da De Martino, Novara, 1976; MARINI, *Rendita perpetua, rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XIII, t. 5, Torino, 1985; DATTILO, voce *Rendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 853 ss; MACIOCE, voce *Rendita (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, 7 ss.

da persone a lui legate da sentimenti di affetto, ha reso sempre più inadeguato il tipo della rendita vitalizia per un tale autoregolamento di interessi.

In questo quadro si colloca il c.d. contratto di mantenimento cioè quel contratto con cui una parte trasferisce all'altra un bene (mobile, immobile, capitale) verso l'assunzione dell'obbligazione, di *facere*, di provvedere al suo mantenimento per tutta la durata della vita della stessa²⁵³. Si osserva che la mancanza di una espressa ed analitica nozione normativa del concetto di mantenimento, determina il difetto di una sua connotazione oggettiva e costante dovendosi, quindi, per

²⁵³ In argomento confronta in dottrina: CARIOTA FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1951; TAMBURRINO, *Alimenti*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 25; TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. Civ.*, 1958, I, p. 606; VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1961, p. 193; LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 482; MACIOCE, in *Enc. giur. Treccani, Diritto civile*, voce *Rendita*; DATTILO, *Rendita*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 873; LENER, voce *Vitalizio*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975; CALO', *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, 1165; IANNIELLO, *L'intento delle parti nel vitalizio alimentare*, in *Temi Romana*, 1991, p. 527; TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.*, 1992, p. 1437; D'ALIBERTI, *Il contratto di mantenimento e la rendita vitalizia*, in *Giur. it.*, 1993, p. 1784; MARINI, *Tratt. Rescigno*, vol. 13, p. 34 ss. In giurisprudenza è diffusa la tendenza ad un uso promiscuo dei termini contratto di mantenimento e vitalizio alimentare: Cass., 23 giugno 1964, n. 1658; Cass., 10 gennaio 1965, n. 186; Cass., 18 maggio 1965, n. 968; Cass., 28 gennaio 1966, n. 330; Cass., 7 giugno 1971, n. 1994; Cass., 30 ottobre 1980, n. 5855; Cass., 16 giugno 1981, n. 3902; Appello Napoli, 4 agosto 1993. Fanno espressamente riferimento al contratto di vitalizio alimentare tra le altre: Cass., Sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432 in *Giust. civ.*, I, 1991, p. 634 ss.; Cass., 13 giugno 1997, n. 5342, in *Notariato*, 1998, p. 236 s. con nota di PERSEO, *Risoluzione del contratto di mantenimento*. Si riferisce, invece, al contratto di mantenimento Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, in *Notariato*, 1999, p. 219. Sulla individuazione della ulteriore fattispecie del c.d. contratto di assistenza vitalizio, qualificato da prestazioni di assistenza esclusivamente morale e spirituale, quali la compagnia, l'accompagnamento ed il sostegno morale cfr.: Cass., 11 dicembre 1995, n. 12650 in *Riv. not.*, 1996, p. 235 e in senso non dissimile Cass., 19 febbraio 1996, n. 1280 in *Guida al dir.*, 20 aprile 1996, n. 16, p. 42 ss con nota di ATELLI, *La prevalenza del contenuto non patrimoniale rende atipico l'accordo tra le parti*, nel testo della quale, dopo un accenno al contratto c.d. di vitalizio alimentare è possibile leggere, con riferimento alla fattispecie contrattuale al vaglio della Suprema corte, che "non può non rilevarsi come nel caso in esame sia prevalente il contenuto il contenuto non meramente patrimoniale delle prestazioni degli obbligaticontrassegnate soprattutto dall'impegno di prestare assistenza morale, obbligo questo che assume un rilievo fondamentale nella struttura del contratto, colorando altresì d'infungibilità la prestazione del vitalizante".

specificarne l'ampiezza quantitativa e qualitativa, far riferimento, caso per caso, alla concreta volontà delle parti. In altri termini, quella in esame è una di quelle figure rispetto alle quali può essere particolarmente pericoloso e fuorviante, oltreché errato, l'ostinarsi a ricercarne una definizione omnicomprensiva che pretenda di cristallizzare, in una rigida definizione astratta, quel multiforme coacervo di esigenze materiali e morali che nel caso concreto possono indurre le parti alla conclusione di un tale contratto. Appare, pertanto, evidente come sia la concreta volontà di queste ultime ad essere determinante nel definire l'ampiezza e la qualità delle prestazioni poste a carico del soggetto obbligato²⁵⁴. In argomento si segnala, quindi, la rilevanza fondamentale di un'accurata tecnica redazionale che, con riferimento alla figura in esame, può, da un lato, essere decisiva circa la determinazione precisa del contenuto dell'obbligazione del vitalizante e, dall'altro, conseguentemente, può prestabilire precise ipotesi di inadempimento della stessa, magari ricorrendo al meccanismo della clausola risolutiva espressa²⁵⁵. Precisato,

²⁵⁴ Sottolinea tale aspetto: TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, cit., p. 1437.

²⁵⁵ Tuttavia, per la constatazione che una eccessiva specificità, concretatesi nella previsione di un numero elevato di obblighi, rischierebbe di essere sancita da illiceità in quanto gravemente limitativa della libertà personale, cfr. Cass., 27 aprile 1982, n. 2629, in *Foro It. rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 72. Sempre con riferimento alla fattispecie concreta contemplata nella sentenza della Suprema Corte da ultimo citata, PEIRANO, *Clausole in tema di contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1995, p. 611 ss. evidenzia che la predisposizione, di apposite clausole contrattuali "contribuì non poco a farne salva la liceità, poiché il contratto esaminato (stante il numero enorme di obblighi pattuiti) rischiava di porre problemi di compatibilità con l'ordine pubblico, sotto lo specifico profilo della libertà personale (del beneficiante)". Lo stesso autore segnala l'opportunità della previsione di una clausola risolutiva espressa. Cfr. pure PERSEO, *Risoluzione del contratto di mantenimento*, cit., che afferma: "opportuno e doveroso sarebbe di converso lo sforzo da parte di chi redige il contratto di specificare al meglio le prestazioni che si desidera ottenere dall'obbligato sottolineando l'importanza delle medesime per il beneficiario. Si

quindi, il ruolo fondamentale della specifica volontà delle parti circa la determinazione del contenuto dell'obbligo di mantenimento nelle singole fattispecie concrete, può affermarsi che nella prassi negoziale, tenuto conto della conseguente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si è andato affermando un concetto di mantenimento comprensivo del vitto, dell'alloggio, del vestiario, dell'assistenza medico-sanitaria, nonché di altre prestazioni appositamente pattuite. Il parametro cui rapportare quantità e qualità della prestazione di mantenimento è costituito dal tenore di vita goduto dal vitaliziato al momento della conclusione del contratto.

Dopo aver illustrato il quadro di interessi nel quale si colloca la figura in commento, ed aver tentato di svilupparne una nozione che, pur senza la pretesa di esaurirne tutte le possibili sfaccettature, non rinunci tuttavia a descriverne il contenuto più ricorrente, appare opportuno spostare l'indagine sull'individuazione della natura giuridica del c.d. contratto di mantenimento e quindi sulla sua riconducibilità o meno allo schema tipico del contratto di rendita vitalizia. Preliminarmente si osserva che ogni indagine tesa all'individuazione di un tipo contrattuale autonomo, non riconducibile nell'alveo di uno schema tipico, ha pregio nel momento in cui si riscontra

potrebbe in tal modo rendere più agevole e meno discrezionale l'intervento del giudice, spesso chiamato a dirimere controversie di tale natura e arbitro indiscriminato nel valutare l'inadempimento e l'importanza dello stesso nel generale assetto di interessi". L'autrice afferma ancora che "da una più precisa formulazione delle clausole contrattuali risulterebbe beneficiato anche l'obbligato il quale, da un lato, non sarebbe costretto a subire decisioni 'interpretative' di comportamenti ritenuti lesivi e, dall'altro, avrebbe ben chiari fin dall'inizio i suoi compiti e le limitazioni del suo operare".

l'incompatibilità della disciplina della fattispecie tipica con il concreto assetto di interessi posto in essere dalle parti. In altri termini, come non ha mancato di rilevare autorevole dottrina, non è sufficiente, per parlare correttamente di contratto atipico, l'inserimento di una o più clausole che pur derogando alla disciplina legale tipica non siano idonee, considerate isolatamente o nel loro insieme, a modificare la causa del contratto rendendo così incompatibile la disciplina legislativa con il concreto assetto di interessi voluto dalle parti. Bisogna, infatti, "ribadire l'elasticità della nozione di tipo, nonché la portata qualificante della cosiddetta causa concreta, al di là di una ormai superata contrapposizione dicotomica di tipicità ed atipicità"²⁵⁶.

Com'è noto un fondamentale apporto alla qualificazione del contratto di mantenimento è stato fornito dalla giurisprudenza che, atteso il rilevante contenzioso originato dalla figura in commento, ha avuto modo di pronunciarsi innumerevoli volte sui cc. dd. vitalizi atipici, con particolare riferimento all'inadempimento della prestazione assistenziale. Esaminando le sentenze della Corte di Cassazione pronunciate a partire dalla

²⁵⁶ DATTILO, *Rendita (dir. priv.)*, cit., 873. Nello stesso ordine di idee: TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, cit., p. 605. Con riferimento alla causa come unico elemento rilevante per la qualificazione del contratto: PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, e *Precisazioni in tema del negozio giuridico*, ora in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 75 ss e *passim*; BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1964, p. 35 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Le Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 172 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1973, p. 684 ss. Ritengono, invece, la causa non l'unico ma uno degli elementi qualificanti il tipo contrattuale: SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 802; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 72 ss.; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 192 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, p. 245 ss.

fine degli anni cinquanta, è possibile riscontrare un duplice orientamento della Suprema Corte. Un primo filone di pronunce ha ricostruito il contratto di mantenimento come una *species* del *genus* rendita vitalizia (o vitalizio oneroso)²⁵⁷. A cominciare dalla metà degli anni settanta, tuttavia, inizia a prendere corpo anche un opposto orientamento della Corte di legittimità che, rinnegando la riconducibilità della figura in commento allo schema tipico della rendita vitalizia, afferma la natura *atipica* ed *autonoma* del contratto di mantenimento. A questo secondo filone ricostruttivo aderiscono le sezioni unite della Corte di Cassazione con la fondamentale sentenza del 18 agosto 1990, n. 8432, aderendo sostanzialmente alla tesi sostenuta dalla dottrina prevalente e determinando, quindi, un *revirement* dell'opinione giurisprudenziale fino a quel momento maggioritaria²⁵⁸.

²⁵⁷ Cass., 18 marzo 1958, n. 905, in *Giust. civ.*, 1958, I, 605; Cass., 28 giugno 1961, in *Giust. civ.*, 1961, I, 2095; Cass., 23 giugno 1964, n. 1658, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1995; Cass., 18 maggio 1965, n. 968, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 1159 ed in *Giust. civ.*, 1965, I, 1291; Cass., 10 gennaio 1966, n. 186, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1635; Cass., 28 gennaio 1966, n. 330, in *Foro it.*, 1966, I, 1787; Cass., 25 ottobre 1969, n. 3501, in *Foro it.*, 1970, I, 2910; Cass., 7 giugno 1971, n. 1694, in *Foro it. Mass.*, 1971, 506; Cass., 5 agosto 1977, n. 3553, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Rendita vitalizia* n. 1; Cass., 24 ottobre 1978, n. 4801, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce *Rendita vitalizia* nn. 3-4; Cass., 25 febbraio 1981, n. 1154, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1139; Cass., 16 giugno 1981, n. 3902, in *Foro it.*, 1982, I, 447; Cass., 15 marzo 1982, n. 1683, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Rendita vitalizia* n. 3; Cass., 14 aprile 1984, n. 2419, in *Foro it.*, 1984, I, 1841; Cass., 8 dicembre 1986, n. 7679, in *Foro it.*, 1984, I, 1841. In dottrina sostengono la tipicità del contratto di mantenimento: ANDREOLI, *La rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1949, 49; LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, 482. Sotto il vigore del codice del 1865, in tal senso, cfr.: BUTERA, *Del contratto vitalizio*, Torino, 1935, 266.

²⁵⁸ Per la giurisprudenza favorevole alla natura atipica del contratto di mantenimento ed alla sua autonomia rispetto alla figura della rendita vitalizia, oltre alla citata Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Giust. civ.*, 1991, I, 635 ss. ed in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 30, confronta: Cass., 28 luglio 1975, n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, 2879 ed in *Giust. civ.*, 1976, I, 442; Cass., 5 gennaio 1980, n. 50, in *Foro it.*, 1980, I, 1813; Cass., 30 ottobre 1980, n. 5855, in *Giust. civ.*, 1981, I, 519; Cass., 27 aprile 1984, n. 2629, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 72; Cass., 4 maggio 1982, n. 2756, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 73; Cass., 14 giugno 1982, n. 3625, in *Foro it. Rep.*, voce *Agricoltura*, n. 153; Cass., 15 febbraio 1983, n. 1166, in *Foro it.*, 1983, I, 993; *Giur. it.*, 1983, I, 1, 876 ed in *Riv. not.*, 1983, 774; Cass., 6 agosto 1984, n. 4631, in *Giust. civ.*, 1984,

Al fine di meglio descrivere e comprendere i tratti peculiari e caratterizzanti il negozio di mantenimento appare, tuttavia, opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sui caratteri comuni, pur esistenti, tra la figura in commento e il negozio tipico di rendita vitalizia²⁵⁹.

Entrambe le fattispecie integrano ipotesi di contratti consensuali, cioè di contratti che si perfezionano secondo il meccanismo contemplato dall'art. 1376 c.c. e possono atteggiarsi come contratti a titolo oneroso o a titolo gratuito. Sia la rendita sia la prestazione di mantenimento poi, possono trovare fonte nel negozio testamentario²⁶⁰. Ove si tratti di contratto a titolo

I, 1983 ed in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1541; Cass., 18 dicembre 1986, n. 7679, in *Foro it.*, 1987, I, 1085; Cass., 11 novembre 1988, n. 6083, in *Riv. not.*, 1989, 647 ed in *Foro it.*, 1989, I, 1163; Cass., 30 gennaio 1992, n. 1019, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1054; Cass., 11 dicembre 1995, n. 12650, in *Notariato*, 1996, 121 ss. con nota di STELLA RICHTER, *Somministrazione di servizi ed assistenza in corrispettivo della cessione di immobili*; Cass., 13 giugno 1997, n. 5342, in *Notariato*, 1998, 235 ss. con il commento di PERSEO, *Risoluzione del contratto di mantenimento*, cit.; Cass., 12 febbraio 1998, n. 1502, in *Riv. not.*, 1998, p. 986 ss.; Cass., 12 febbraio 1998, n. 1503, *ibidem*, p. 987 ss.; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Riv. not.*, 1999, p. 717 ss. In dottrina per la natura atipica ed autonoma del contratto di mantenimento cfr.: CARIOTA FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, cit., p. 53 ss.; PIERI, *Sulla valutazione dell'alea nel contratto di vitalizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 416 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1958, 213; TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 605; ID, *Della rendita perpetua. Della rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, *sub artt.* 1861-1881, Bologna-Roma, 1966, 77 ss.; MICCIO, *Della rendita vitalizia*, in *dei singoli contratti*, *Comm. cod. civ.*, 1959, 250; VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1961, p. 191 ss.; DONISI, *Un caso discutibile di rendita vitalizia*, nota a Trib. Napoli, 14 febbraio 1974, in *Dir. giur.*, 1975, 110; LENER, voce *Vitalizio*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, 1021; TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all'azione di risoluzione*, in *Foro it.*, 1976, I, 2282; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Torino, 1984, 202; DATTILO, *Rendita*, cit., p. 873; CALO', *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, cit., 1165; IANNIELLO, *L'intento delle parti nel vitalizio alimentare*, cit., p. 527; SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1054.

²⁵⁹ Cfr. per questo modo di impostare l'analisi della figura in parola: TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, cit., p. 1438 ss. ripreso da STELLA RICHTER, *Somministrazione di servizi ed assistenza in corrispettivo della cessione di immobili*, cit., p. 126 ss.

²⁶⁰ In tema di legato di rendita vitalizia, v. almeno: CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, p. 141 ss. Più in generale sul legato di prestazioni periodiche, tra gli altri, confronta: GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (dir. civ.)*, cit., p. 766; v. anche CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 124 ss.

oneroso, il vitalizante assume l'obbligazione di eseguire la prestazione di rendita vitalizia o di mantenimento verso il trasferimento in suo favore di un bene del vitaliziato. Trattasi, quindi, di contratti di scambio e più precisamente di un contratto ad attribuzioni corrispettive. Si preferisce parlare di "attribuzioni" corrispettive e non di "prestazioni" corrispettive attesa la maggiore aderenza della seconda locuzione (prestazioni) ai rapporti obbligatori, laddove nelle figure in esame, a ben vedere, solo un soggetto assume una obbligazione (quella di rendita o di mantenimento) mentre l'altro trasferisce la titolarità di un diritto. Trattasi, quindi, di contratti ad effetti reali con riferimento all'acquisto da parte del vitalizante del bene del vitaliziato mentre si configurano come contratti ad effetti obbligatori con riferimento alla prestazione del vitalizante nei confronti del vitaliziato.

Da entrambe le figure nasce un'obbligazione di durata; una obbligazione, cioè, la cui esecuzione si protrae nel tempo e che presenta utilità proprio per questa sua caratteristica. Come si vedrà, però, parzialmente diversa è la natura dell'obbligazione nascente dalle due figure in esame e ben diverse sono le modalità di esecuzione di tali prestazioni da parte del vitalizante.

Infine, carattere comune e fondamentale delle figure in commento, risiede nella loro necessaria ed imprescindibile aleatorietà, nel senso che dalle concrete pattuizioni deve scaturire una situazione di incertezza circa il vantaggio economico e,

correlativamente, circa la perdita che potranno alternativamente verificarsi nello svolgimento e nella effettiva durata del rapporto²⁶¹. Come si vedrà di qui a poco il concreto atteggiarsi dell'alea costituirà anche un elemento distintivo delle due figure in esame, ma ciò non esclude che la quasi totalità della dottrina e della giurisprudenza ritengono imprescindibile, ai fini della validità della due figure in esame, l'esistenza dell'alea al momento della conclusione del negozio. In argomento, anzi, la giurisprudenza, senza al riguardo compiere alcuna distinzione tra rendita vitalizia e mantenimento, ha elaborato dei criteri comuni per accertare la sussistenza o meno dell'alea nel caso concreto. Pur se il legislatore del 1942 non ha recepito le due disposizioni, presenti nei lavori preparatori, prevedenti la nullità del vitalizio oneroso nel caso di morte della persona contemplata dopo breve termine dalla conclusione del contratto per una malattia esistente in tale momento e nel caso di inferiorità della rendita annua rispetto ai frutti di cui è capace il bene trasferito in corrispettivo, non è difficile rilevare che a tali principi si è informata l'elaborazione giurisprudenziale al fine di accertare la sussistenza o meno del carattere aleatorio del contratto di vitalizio oneroso²⁶².

Peraltro, come si è già accennato, l'elemento dell'alea oltre

²⁶¹ Sull'alea in generale cfr.: CARIOTA FERRARA, *Contratti aleatori e negozi atipici*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 1° quadr., 98; NICOLO', *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1024; GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964; DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987; SCALFI, *Alea*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 253; con riferimento al vitalizio oneroso, oltre agli autori citati che si sono occupati in generale della rendita vitalizia, cfr. PINO, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 353.

²⁶² Con riferimento all'accertamento della sussistenza o meno dell'alea confronta, in giurisprudenza, tra le altre: **Cass., 1980/2283; Cass., 1981/3902; Cass., 1986/4344.**

a costituire un tratto comune al c.d. contratto di mantenimento ed al contratto di rendita vitalizia rappresenta anche un punto di discontinuità tra le due figure in commento, per il carattere più accentuato che esso assume nella prima delle figure menzionate. Infatti, la dottrina e la giurisprudenza decisamente prevalenti, concordano nel rilevare che nel contratto di mantenimento l'alea è doppia, in quanto accanto all'incertezza relativa alla durata della vita della persona contemplata, si pone quella relativa al contenuto concreto della prestazione posta a carico del vitalizzante, prestazione variabile in relazione agli specifici e mutevoli bisogni del vitaliziato di vitto, vestiario, alloggio, assistenza sanitaria, sostegno morale e quanto altro necessario a quest'ultimo per condurre un'esistenza umana e dignitosa in conformità alla sua posizione sociale ed al suo tenore di vita condotto al momento della conclusione del contratto²⁶³. Individuato nel concreto atteggiarsi dell'elemento aleatorio un primo tratto distintivo delle figure in commento, appare, a questo punto, opportuno soffermarsi, sia pur brevemente, sugli ulteriori elementi di differenziazione tra le stesse onde poter verificare, all'esito di tale indagine, la fondatezza o meno dell'opinione, attualmente decisamente prevalente, che riconosce piena autonomia tipologica e funzionale al c.d. contratto di mantenimento. Proprio, infatti, la presenza di notevoli elementi

²⁶³ Sul punto in dottrina cfr.: TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, cit., p. 606 ss.; CALO', *op. cit.* In giurisprudenza per tutte cfr.: Cass., 16 giugno 1981, n. 3902, in *Foro it.*, 1982, p. 477.

di differenziazione tra le due figure in commento, può determinare quella incompatibilità tra la disciplina prevista per la fattispecie tipica (rendita vitalizia) ed il concreto assetto di interessi voluto dalle parti, che determina l'impossibilità di giovare della c.d. elasticità del tipo e giustifica, quindi, il necessario ricorso ad una figura atipica ed autonoma.

L'esclusiva o comunque prevalente presenza, nel contratto c.d. di mantenimento, di prestazioni di fare implica la sua qualificazione di contratto del genere *do ut facies*, laddove la rendita vitalizia è contratto tipico del genere *do ut des*²⁶⁴. Dall'esame della copiosa giurisprudenza in materia è possibile riscontrare, infatti, che le prestazioni oggetto del contratto di mantenimento non consistono solo nel dare (una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili) quanto piuttosto, e prevalentemente, nel fare e cioè in comportamenti dell'obbligato consistenti nell'assicurare al vitaliziato un'adeguata assistenza sanitaria, una continua compagnia ed assistenza morale, eventualmente l'accompagnamento dell'assistito nei luoghi da questi segnalati e quanto altro possa assicurare a quest'ultimo il suo *standard* di vita²⁶⁵.

Altro tratto distintivo tra le figure in commento è ravvisabile nelle modalità di esecuzione dell'obbligazione del vitalizante. Se, infatti, nella rendita l'esecuzione della

²⁶⁴ Cfr. per tutte: Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Giust. civ.*, 1991, p. 636; Cass., 11 dicembre 1995, n. 12650, in *Notariato*, 1996, p. 124; Cass., 13 giugno 1997, n. 5342, in *Notariato*, 1998, p. 236 s.

²⁶⁵ Cfr. Cass. 1988/6083.

prestazione è periodica, viceversa, nel contratto di mantenimento, il vitalizante è tenuto ad un'esecuzione continuata. Si tratta di prestazioni (si pensi alla somministrazione del vitto, del vestiario ma anche alla garanzia di un alloggio ed alla compagnia ed al sostegno morale) che per loro natura non possono essere prestate che continuativamente.

Differenze tra la due figure in esame è possibile riscontrare anche con riferimento alla misura dell'erogazione. Nella rendita vitalizia, infatti, la misura dell'erogazione è fissa²⁶⁶ laddove, il contratto di mantenimento si caratterizza anche per la variabilità quantitativa e qualitativa delle prestazioni del vitalizante la cui entità dipende dal variare dei bisogni e delle esigenze del vitaliziato.

Altro carattere proprio del contratto di mantenimento è la infungibilità della prestazione del vitalizante. Le caratteristiche soggettive di quest'ultimo sono determinanti nella formazione della volontà negoziale del vitaliziato, che trasferisce la titolarità di un proprio bene ad un determinato soggetto tenendo conto delle sue qualità morali e caratteriali che lo fanno apparire, almeno *a priori*, particolarmente adatto a svolgere quel complesso di attività "assistenziali" in cui si concreta la prestazione di mantenimento. Tale caratteristica evidenzia che il

²⁶⁶ Sulla possibilità di inserire nel contratto di rendita vitalizia clausole di rivalutazione monetaria cfr.: DATTILO, *Rendita (dir. priv.)*, cit., 872. In argomento confronta anche LENER, voce *Vitalizio*, cit., p. 1022 secondo il quale "la variabilità della prestazione in funzione di un criterio prestabilito (discorso che non concerne le clausole di garanzia monetaria, che tendono a mantenere costante un valore attraverso l'adeguamento della sua espressione monetaria) non è incompatibile col modulo della rendita vitalizia"

c.d. contratto di mantenimento è caratterizzato da un profondo *intuitus personae*²⁶⁷. Una delle conseguenze di tale infungibilità va ravvisata nella circostanza che il vitaliziato non può essere costretto a subire una modificazione soggettiva del soggetto obbligato al mantenimento. Parte della dottrina da ciò inferisce che la prestazione di mantenimento non possa essere adempiuta dagli eredi del vitalizante, cosicché la morte di quest'ultimo determinerebbe l'estinzione dell'obbligazione²⁶⁸. Altra parte della dottrina pur negando, da un lato, la possibilità per il vitalizante di sostituire a sé altri soggetti contro la volontà del creditore-vitaliziato, dall'altro ritiene che “tale principio non va esasperato: si pensi, ad esempio, alla premorienza del soggetto vitalizante rispetto al vitaliziato ed alla inevitabile successione nel lato passivo dell'obbligazione dei suoi eredi”²⁶⁹.

²⁶⁷In tal senso: Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, ult. cit., p. 637; Cass., 11 dicembre 1995, ult. cit., p. 124 nella quale è possibile leggere con riferimento alla fattispecie concreta sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità che: “si configura come un contratto innominato ed atipico, che, pur essendo affine a quello di rendita vitalizia, se ne differenzia per *l'intuitus personae* che determina la scelta dell'obbligato, per il carattere non (meramente) patrimoniale ed essenzialmente non fungibile delle prestazioni, consistenti in un *facere* e non in un *dare*, come nel vitalizio tipico, e cioè in una serie di prestazioni di carattere essenzialmente morale e spirituale, personale ed infungibile, quali la compagnia, l'accompagnamento, il sostegno morale, dirette ad aiutare l'anziano, all'epilogo della vita, a sopportare meglio i problemi, i disagi e le difficoltà di ordine psicologico connesse all'età ed alle condizioni di salute, a sentire meno grave il momento della vita, che, lentamente ma inesorabilmente, sfugge”. Nel medesimo senso, Cass., 13 giugno 1997, n. 5342, ult. cit., p. 237.

²⁶⁸ Cfr. STELLA RICHTER, *Somministrazione di servizi ed assistenza in corrispettivo della cessione di immobili*, op. ult. cit., p. 127.

²⁶⁹ TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, cit., p. 1443. Sostanzialmente in tal senso Cass., 12 febbraio 1998, n. 1503, in *Riv. not.*, 1998, p. 993 che in argomento afferma che: “e se è vero che la componente morale della prestazione assistenziale, è collegata, di norma, con *l'intuitus personae*, cioè con la scelta della persona obbligata, per le garanzie di adempimento che offre; è altresì vero che di infungibilità della prestazione di assistenza morale deve parlarsi non nel senso che essa, in natura, non possa essere fornita da soggetti diversi dall'obbligato; ma nel senso che essa NON sia sostituibile con una prestazione di denaro, e non sia, quindi, coercibile”. Significativa è la circostanza che la pronuncia citata faceva riferimento proprio ad una fattispecie contrattuale nella quale, *per pattuizioni delle parti*, all'obbligo di mantenimento erano tenuti oltre agli originari vitalizanti anche i loro eredi ed aventi causa.

La caratteristica dell'infungibilità della prestazione del vitalizante nel c.d. contratto di mantenimento è alla base di alcune interessanti pronunce della Suprema Corte in tema di prelazione agraria. In tali sentenze è possibile leggere che il carattere non meramente patrimoniale delle prestazioni del soggetto obbligato implicando un *intuitus personae* nella scelta di quest'ultimo determinano l'inapplicabilità della prelazione e del riscatto agrari, stante la impossibilità da parte del ritrattante di assicurare al vitaliziato quella parità di condizioni che è un presupposto irrinunciabile per l'esercizio di ogni forma di prelazione²⁷⁰.

Un'ulteriore distinzione rispetto al contratto di rendita vitalizia è costituita dal fatto che, mentre in quest'ultima è espressamente prevista la possibilità che la rendita sia costituita per la durata della vita di persona diversa dal beneficiario-vitaliziato (art. 1873 c.c.), nel contratto di mantenimento, invece, la persona che funge da parametro temporale ai fini della durata della obbligazione del vitalizante dovrà essere necessariamente il vitaliziato-mantenuto.

Infine, mentre il credito nascente dal contratto di rendita vitalizia è un credito cedibile ad altro soggetto ex artt. 1260 ss. c.c., sembra problematico ipotizzare la cedibilità del credito al mantenimento stante, verrebbe da dire, l'intima connessione delle prestazioni che ne costituiscono il contenuto con la persona del

²⁷⁰ Cass., 30 ottobre 1980, n. 5855; Cass., 1982/3625. Vedi pure Cass., 18 dicembre 1986, n. 7679, in *Foro it.*, 1987, p. 1085 e in *Riv. not.*, 1987, p. 1136.

vitaliziato-mantenuto²⁷¹.

Orbene, all'esito di questa breve disamina dei caratteri distintivi del c.d. contratto di mantenimento rispetto al contratto di rendita vitalizia, appare evidente, pur nell'innegabile contiguità delle due figure, una marcata "discontinuità" tra le stesse che, lungi dal riguardare meri aspetti accessori (assorbibili, per così dire, dall'elasticità del tipo), appare penetrare lo stesso meccanismo causale dei negozi in esame finendo, conseguentemente, per sancire la loro autonomia funzionale e tipologica. In altri termini, dopo le riflessioni svolte in queste pagine, ci si sente di aderire con maggior consapevolezza all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, più volte citato ed attualmente prevalente, secondo il quale il c.d. contratto di mantenimento è un contratto atipico ed autonomo rispetto al contratto tipico costitutivo di rendita vitalizia.

L'affermazione dell'atipicità del contratto di mantenimento non ha un rilievo meramente teorico ma comporta conseguenze pratiche la cui rilevanza è di percezione immediata. Anzi, con riferimento alla fattispecie che ci occupa, si può dire che la disputa dottrinale e soprattutto giurisprudenziale sulla sua atipicità o meno, è alla base della soluzione offerta ad uno dei problemi più rilevanti al quale la diffusione di tali schemi

²⁷¹ Cfr. TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, cit., p. 1445. il quale afferma che: "l'obbligazione di fornire vitto, alloggio, vestiario, assistenza medico-sanitaria può risultare completamente modificata dal punto di vista quantitativo e qualitativo ove muti l'avente diritto, afferendo questa obbligazione alle condizioni di età, salute, tenore di vita condotto, abitudini e sesso del soggetto vitaliziato".

negoziali ha dato luogo. Ci s'intende riferire ai rimedi esperibili dal vitaliziato in caso di inadempimento del vitalizante all'obbligazione di mantenimento ed in particolare alla discussa applicabilità, al contratto di mantenimento, del divieto di risoluzione previsto in tema di rendita vitalizia dall'art. 1878 c.c. Com'è noto non è mancato un primo orientamento, sostenuto anche da alcuni pronunciati della Suprema Corte, che riconducendo il contratto di mantenimento nell'ambito della rendita vitalizia ha affermato la conseguente diretta applicazione dell'art. 1878 c.c.²⁷². L'opposto orientamento, già sostenuto da larga parte della dottrina²⁷³, è stato gradatamente ma definitivamente accolto anche dalla giurisprudenza di legittimità²⁷⁴ che, partendo dalla configurabilità del contratto di mantenimento come contratto atipico ed autonomo rispetto alla rendita vitalizia, ha affermato che al fine di tutelare l'interesse del vitaliziato nel caso di inadempimento degli obblighi assistenziali, trovano applicazione le regole generali sulla risoluzione per inadempimento anziché la norma speciale di cui all'art. 1878 c.c., escludente il rimedio della risoluzione in caso di mancato pagamento delle rate di rendita.

²⁷² Cfr.: Cass., 18 marzo 1958, n. 905, in *Giust. civ.*, 1958, I, 605; Cass., 23 giugno 1964, n. 1658, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1995; Cass., 28 gennaio 1966, n. 330 in *Foro it.*, 1966, I, 178; Cass., 15 marzo 1982, n. 1683.

²⁷³ Tra gli altri: PERFETTI, *Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1978, 514; SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, cit., 1054.

²⁷⁴ Cass., 1975/2924; Cass., 1983/1166; Cass., sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Giust. civ.*, 1991, 634 ss.; Cass., 12 febbraio 1998, n. 1502 e n. 1503, entrambe in *Riv. not.*, 1998, 986 ss.

CAPITOLO QUARTO NEGOZI DI DESTINAZIONE

SOMMARIO: 1. “Patrimoni di destinazione”, “patrimoni autonomi” e “patrimoni separati”. - 2. Negozi di destinazione. - 3. Il *trust* e la legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell’Aja del primo luglio 1985. - 4. L’articolo 2645-*ter* c.c. e gli atti di destinazione atipici.

1. “Patrimoni di destinazione”, “patrimoni autonomi” e “patrimoni separati”.

Cappello su autonomia negoziale e negozi di destinazione

Possono qualificarsi come “patrimoni di destinazione” quelle ipotesi in cui una pluralità di rapporti attivi e passivi, facenti capo a più persone o a una persona, è costituita in unità e tenuta distinta dagli altri rapporti attivi e passivi delle stesse persone o della stessa persona, per il perseguimento di una certa destinazione specifica²⁷⁵. All’interno di tale ampia categoria vi rientrano i “patrimoni autonomi”, cioè costituiti da rapporti che riguardano una pluralità di soggetti, ed i “patrimoni separati”, cioè quelli che riguardano un solo

²⁷⁵ Cfr. SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p.85 s.; Circa la nozione di “Patrimoni di destinazione”, “patrimoni autonomi” e “patrimoni separati: FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, *Dottrine generali*, Roma, 1921, p.875 ss.; DONADIO, *I patrimoni separati*, Bari, 1040, p.3 ss.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, *Introduzione allo studio del diritto*, I, *Ordinamento giuridico, soggetto e oggetto del diritto*, Milano, 1943, p. 302 ss.; NATOLI, *L’amministrazione dei beni ereditari*, II, *L’amministrazione nel periodo successivo all’accettazione*, Milano, 1949, p.87 ss.; PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, p. 1 ss.; GRISOLI, *Impresa individuale a responsabilità limitata e la sua configurabilità come patrimonio di destinazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p.242 ss.; RASCIO, *Destinazione di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, 2 ss.; OPPO, *Sulla “autonomia” delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979,I, p. 18 ss.; M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionari di diritto privato*, a cura di N. Irti, I, Milano, 1980, p. 871 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 280 ss.; G. ALPA, *Destinazione dei beni e struttura della proprietà*, in *Riv. not.*, 1983, I, p. 1 ss.; A. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., V, Torino, 1989, p. 322 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale (Disposizioni generali)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 92 ss.; U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 5 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 412 s.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 3 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 565 ss.; G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 391 ss.; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 1 ss.; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. società*, 2002, p. 121 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545 ss.; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 837 ss.; E. CESARO, *La disciplina del “patrimonio separato”*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di M. de Tilla, G. Alpa e S. Patti, Roma, 2003, p. 417 ss.; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 13 ss. V. anche, di recente, i contributi raccolti nel volume *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003.

soggetto²⁷⁶.

Accade spesso che l'utilizzo di tali concetti avvenga in modo promiscuo, soprattutto qualora si voglia ricollegare alla relativa nozione alcune fattispecie disciplinate dal legislatore²⁷⁷.

Quanto ai “patrimoni separati”, cioè quelli che secondo la definizione data riguardano un solo soggetto, si ritiene che per gli stessi vi sia una “destinazione allo scopo di realizzare una particolare funzione”²⁷⁸, caratteristica propria dei “patrimoni di destinazione”. Pertanto si è detto che caratteristica fondamentale dei “patrimoni separati” sarebbe quella di costituire “patrimoni di destinazione”.²⁷⁹

Secondo parte della dottrina²⁸⁰ non vi è però una necessaria assimilazione tra patrimonio di destinazione e patrimonio separato; in altri termini il fenomeno della separazione è solo un aspetto del fenomeno della destinazione patrimoniale, che vale a rafforzarla²⁸¹.

La separazione patrimoniale comporta due conseguenze:

²⁷⁶ SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p.85 s.; in tal senso anche MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p.387.

²⁷⁷ Ad esempio il patrimonio di un ente non riconosciuto è considerato da alcuni autori (SANTORO – PASSARELLI, *op. cit.*, p.86) come un'ipotesi di “patrimonio autonomo”, da altri (BIONDI, *I beni*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F.Vassalli, Torino, 1953, p. 108 s.) deve considerarsi esclusa tale possibilità, dal momento che nell'ipotesi di enti non riconosciuti, pur essendovi unità reale o di fatto, non vi sarebbe distacco del patrimonio dell'ente da quello delle persone che lo compongono.

²⁷⁸ PINO, *op. cit.*, p.20 s.

²⁷⁹ MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 101

²⁸⁰ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 189.

²⁸¹ LA PORTA, *op. cit.*, p. 6.

una “limitazione” o “frammentazione” della responsabilità patrimoniale in deroga al principio dell’universalità della stessa, ed un’indisponibilità dei beni per scopi estranei a quelli enunciati, in deroga al principio di libera circolazione dei beni.²⁸²

Dunque il sorgere di un vincolo di destinazione, tale da dar vita ad un fenomeno di separazione patrimoniale, determina una deroga alla regola fissata dall’art. 2740, I comma, c.c., secondo cui “il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”, nonché un’indisponibilità di tali beni per scopi estranei, che è stata da alcuni autori qualificata come una vera propria inalienabilità.²⁸³

Come già detto il legislatore utilizza i concetti di “patrimonio separato” e “patrimonio di destinazione” in maniera promiscua, tanto da imporre agli interpreti il compito di valutare l’effettiva correttezza dell’uso di tali formule nelle ipotesi disciplinate²⁸⁴.

L’esame della disciplina della cartolarizzazione dei

²⁸² M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 28

²⁸³ MESSINEO, *op. cit.*, p. 385. Relativamente al tema delle limitazioni convenzionali del potere di disposizione, v. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, p. 13 ss.; FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 401 ss; per il concetto di vincolo di indisponibilità, v. MOSCATI, *Vincolo di indisponibilità e rilevanza dell’atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 269 ss., ID., voce *Vincoli di indisponibilità*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, 1975, p. 819 ss. e FRANCIOSI, voce *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p.1 ss.

²⁸⁴ R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, p. 11 ss

crediti, introdotta dalla legge 30 aprile 1999 n. 130²⁸⁵, dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza”, disciplinati dall'art. 2117 c.c.²⁸⁶, nonché dei “patrimoni destinati ad uno specifico affare” di cui agli artt. 2447 –

²⁸⁵ Sulla disciplina della cartolarizzazione, particolarmente ampia è stata la riflessione della dottrina; al riguardo, v.: D. GALETTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, cit., p. 1025 ss.; G. DE NOVA e C. LEO, *La securitization in Italia (commento alla l. 30 aprile 1999 n. 130)* in *Contratti*, 1999, p. 711 s.; F. DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia (commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130)*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 1999, p. 51 ss.; M. LISANTI, *Gli intermediari finanziari coinvolti in un'operazione di securitization*, ivi, p. 105 ss.; F. SEASSARO, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti ed ai terzi*, ivi, p. 121 ss.; N. SQUILLACE, *Cartolarizzazione dei crediti e sollecitazione all'investimento*, ivi, p. 153 ss.; R. VENTURA, *La cartolarizzazione nell'ordinamento giuridico italiano: un primo commento alla L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1993 ss.; C. RUCCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 411 ss.; ID., *La cartolarizzazione in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 392 ss.; C. PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Fallimento*, 1173 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Brevi note sulla l. 30 aprile 1999, n. 130, recante “Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 489 ss.; E. SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 436 ss.; A. U. PETRAGLIA, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti: brevi riflessioni*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1071 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La revocatoria fallimentare nella legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Vita not.*, 1999, I, p. 1167 ss.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 154 ss.; G. RUMI, *Securitization in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 438 ss.; G. GUERRIERI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 997 ss.; A. FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, p. 19 ss.; A. CARINCI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 1129 ss.; R. RORDORF, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Società*, 2000, p. 1163 ss.; F. MAIMERI, *Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 329 ss.; P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 265 ss.; P. GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 512 ss.; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., p. 259 ss.; M. BESSONE, *Cartolarizzazione dei crediti. “Soggetti”, disciplina delle attività, garanzie di pubblica vigilanza*, in *Dir. borsa e merc. Fin.*, 2002, I, p. 3 ss.; F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 5 ss.; M. SACCHI, *Trust e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 530 ss.; D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. “cartolarizzazione” dei crediti*, cit., p. 101 ss.; P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., p. 132 ss.; L. CAROTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002, p. 29 ss. e *passim*; D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, p. 211 ss.; V. TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003, p. 27 ss.; M. MARIANELLO, *Dai crediti ai flussi di cassa: i cespiti cartolarizzabili nelle operazioni di finanza strutturata* (prima parte), in *Riv. dir. priv.* 2003, p. 777 ss.; ID., *Dai crediti ai flussi di cassa: i cespiti cartolarizzabili nelle operazioni di finanza strutturata* (seconda parte), ivi, 2004, p. 111 ss.

²⁸⁶ Con riferimento alla problematica dei “fondi speciali per la previdenza e l'assistenza” di cui all'art. 2117 c.c. e, in particolare, alla controversa natura dei medesimi, v: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 386; B. BIONDI, *I beni*, cit.,

bis e seguenti c.c.²⁸⁷, consente di pervenire all'individuazione dei tratti salienti del "patrimonio separato".

In tali ipotesi il legislatore, mediante l'imposizione di un particolare vincolo di destinazione su una determinata

p. 107; U. ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi di previdenza (art. 2117 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, p. 858 ss.; R. RASCIO, *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, cit., p. 161 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 123 s.; ID., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano, Padova, 1987, p. 322 ss.; ID., *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. E impr.*, 1996, p. 824; M. GRANDI, voce *Quiescenza (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 145 ss.; G. PONZANELLI, *I fondi di pensione nell'esperienza nordamericana e in quella italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 109 ss.; ID., *Forma giuridica e controlli in tema di fondi pensione: la soluzione americana e il diritto italiano*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 1994, p. 167 ss.; F. SANTONI, voce *Fondi speciali di previdenza*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; D. MANTUCCI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 187 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 112 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 42 ss.; U. LA PORTA, *Destinazione di beni alla scopo e causa negoziale*, cit., p. 32 ss.; P. SANDULLI, voce *Previdenza complementare*, in *Dig. disc. Priv. sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 243 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *I fondi pensione aperti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 320 ss.; G. INFANTE, *I profili civilistico dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza. L'art. 2117 c.c. dopo gli interventi legislativi degli anni novanta*, Napoli, 2002, p. 13 ss.; M. BESSONE, *Gestione finanziaria dei fondi pensione. La disciplina delle attività, le situazioni di conflitto di interessi*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 139 ss.; G. GIOIA, *Trasparenza nella disciplina dei fondi pensione*, ivi, p. 182 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, p. 153 ss.

²⁸⁷ Sull'istituto dei "patrimoni destinati ad uno specifico affare", cfr.: F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 17 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali*, cit., 2003, p. 37 ss.; P. SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. e prat. Delle società*, 2003, 3, p. 6 ss.; B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 164 ss.; P. MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, ivi, p. 181 ss.; E. CESARO, *La disciplina del "patrimonio separato"*, cit., p. 417 ss.; P. BECCHETTI, *Patrimoni e finanziamenti destinati: profili problematici*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di M. de Tilla, G. Alpa e S. Patti, cit., p. 397 ss.; A. ZOPPINI, *Primi appunti sul patrimonio separato della società per azioni*, ivi, p. 433 ss.; F. DI SABATO, *La disciplina dei patrimoni separati*, ivi, p. 439 ss.; ID., *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 13 ss.; G. LAURINI, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., p. 117 ss.; M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, ivi, p. 160 ss.; M. LAMANDINI, *I patrimoni "destinati" nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. società*, 2003, p. 490 ss.; G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 639 ss.; R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 543 ss.; P. DE BIASI, *Patrimoni separati e alphabet stock, nuove norme e vecchi problemi*, in *Vita not.*, 2003, II, p. 457 ss.; S. PESCATORE, *La società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino,

massa di beni, ha inteso incentivare determinate forme di investimento e, più in generale, di aggregazione patrimoniale, nella prospettiva di un equilibrato sviluppo delle dinamiche di mercato.²⁸⁸

La separazione patrimoniale risulta incidere sul profilo della responsabilità patrimoniale del debitore, ma non necessariamente anche su quello della disponibilità dei beni costituenti la massa separata.

In tema di cartolarizzazione di crediti, risulta difficile rendere concretamente opponibile, ai terzi che contrattano con la società per la cartolarizzazione, il vincolo di destinazione concernente le somme riscosse dai debitori ceduti. Non sembra configurabile, pertanto, uno specifico vincolo di indisponibilità delle somme corrisposte dai debitori ceduti. La sussistenza di un simile vincolo, infatti, dovrebbe indurre a ritenere invalido o comunque inefficace, qualunque atto illegittimo di disposizione delle somme, in quanto lesivo del vincolo di destinazione: solo una sanzione tale da colpire direttamente l'atto sarebbe idonea alla

2003, p. 125 ss.; C. COMPORZI, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, II, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 951 ss.; G. BOZZA, in M. BERTUZZI, G. BOZZA e G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.a.a. (artt. 2447-bis – 2461 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 1 ss.; G. E. COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 30 ss.; R. ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 323 ss.

²⁸⁸ R. QUADRI, *op. cit.*, p. 124 ss.

riacquisizione delle somme al patrimonio della società per la cartolarizzazione e, quindi, atta a ricostruire, sulle medesime, la garanzia per i portatori dei titoli²⁸⁹.

Nell'ipotesi di "patrimoni destinati ad uno specifico affare" di cui all'art. 2447 *bis* lett.a) c.c. , l'art. 2447 *quinquies* c.c. prevede che, decorso il termine di due mesi dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese, "i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o i proventi da esso derivanti". Per i beni immobili o mobili registrati l'effetto di separazione non si produce "fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri"(II comma) e "per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato" (III comma)²⁹⁰.

Vi è una separazione patrimoniale ed una "specializzazione della responsabilità patrimoniale"²⁹¹.

²⁸⁹ Ritieni M. BIANCA, *op. cit.*, p. 202 ss., che, "mentre i patti di non alienazione hanno efficacia meramente obbligatoria, [...] l'inalienabilità che caratterizza i patrimoni separati ha un'efficacia reale, il che comporta in caso di inalienabilità l'invalidità dell'atto e in caso di alienabilità vincolata l'opponibilità del vincolo di destinazione ai successivi acquirenti del bene".

²⁹⁰ ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, cit., p. 567, osserva come l'utilizzazione del meccanismo del patrimonio separato per realizzare una destinazione specifica, nasce dall'esigenza di evitare i costi della duplicazione soggettiva (creazione di una nuova società).

²⁹¹ ZOPPINI, *Primi appunti sul patrimonio separato della società per azioni*, cit., p. 434. il fenomeno è stato descritto anche come "scissione sub-societaria" (così P. FERRO- LUZZI, *I patrimoni "dedicati" e i "gruppi" nella riforma societaria*, cit., p. 272); come "parcellizzazione" del patrimonio sociale (v. C. RABITTI BEDOGNI, *Patrimoni dedicati*, cit., p. 1121); come "segregazione nella segregazione" (cfr. M. LAMANDINI, *I patrimoni*

Il legislatore ha poi previsto una limitazione quantitativa del patrimonio destinato al solo dieci per cento del patrimonio netto della società (art. 2442 *bis*, II comma, c.c.), probabilmente dovuto alla preoccupazione che l'istituto potesse prestarsi ad utilizzazioni distorte, in frode ai creditori²⁹².

L'art. 2447 *quinquies*, III comma, c.c., riconosce la possibilità di deroga, in sede di deliberazione, al regime legale di responsabilità del patrimonio destinato, e cioè alla c.d. separazione bilaterale, consentendo alla società di optare per la separazione c.d. unilaterale: in tal caso i creditori sociali non possono aggredire il patrimonio destinato, mentre i creditori del patrimonio destinato possono soddisfarsi sia sui beni che compongono il medesimo che sul rimanente patrimonio della società.

Anche relativamente ai “patrimoni destinati ad uno specifico affare”, il legislatore non ha predisposto alcuna specifica previsione in relazione agli atti dispositivi dei beni destinati.

Parte della dottrina, ritenendo il carattere dell'indisponibilità quale connotato implicito del fenomeno destinatorio, ha considerato inefficaci gli atti

“destinati” nell'esperienza societaria, cit., p. 491).

²⁹² In tal senso INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 168. Per DI SABATO, *la disciplina dei patrimoni separati*, cit., p. 442, quest'istituto è un' “innovazione senza coraggio”

di distrazione dei beni destinati allo specifico affare²⁹³.

Altri autori ritengono invece che l'atto di disposizione possa ritenersi invalido o inefficace solo nei confronti di terzi contraenti in mala fede.²⁹⁴

Qualora il patrimonio abbia ad oggetto beni immobili, la trascrizione del vincolo rende lo stesso sempre opponibile nei confronti dei terzi, con la conseguenza che, in assenza della dovuta espressa menzione del vincolo, l'atto dispositivo dovrà considerarsi inefficace, a prescindere dalla effettiva pertinenza del medesimo allo scopo della destinazione. Quando invece l'atto di disposizione contiene menzione del vincolo, sarà a carico dei soggetti interessati – i creditori del patrimonio destinato – l'onere di provare la malafede del terzo contraente e, quindi, di far valere l'inefficacia dell'atto dispositivo²⁹⁵.

2. Negozi di destinazione.

Il fenomeno della destinazione patrimoniale non si esaurisce nella figura del patrimonio separato, ma risulta di più ampie dimensioni e tende ad assumere forme eterogenee in relazione alla diversità degli interessi che,

²⁹³ BOZZA, in BERTUZZI, BOZZA e SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali*, s.a.a., cit., p.22.

²⁹⁴ R. QUADRI, op. cit., p. 110 ss.

²⁹⁵ R. QUADRI, op. ult. loc.cit.

mediante la destinazione patrimoniale, si intendono perseguire. Inoltre, secondo parte della dottrina, non ogni forma di destinazione comporta una separazione dello stesso²⁹⁶.

La fattispecie del patrimonio separato individua un complesso di beni che formano un nucleo a sé stante nel patrimonio del debitore che, in forza di uno specifico vincolo di destinazione, è sottratto alla funzione di garanzia svolta dal restante patrimonio generale, essendo riservato al soddisfacimento di dati creditori.

Secondo parte della dottrina²⁹⁷ un'ulteriore distinzione è data dal fatto che, mentre la destinazione può incidere sulla facoltà di disposizione e di gestione di soggetti diversi rispetto al titolare dei beni oggetto del vincolo di destinazione, la separazione del patrimonio suppone uno stesso titolare del patrimonio generale e della massa patrimoniale separata.

I negozi di destinazione appaiono estremamente eterogenei tra loro, tanto da far dubitare dell'utilità di una categoria generale, se non a fini meramente descrittivi²⁹⁸.

Il negozio di destinazione sarebbe caratterizzato da una “causa di destinazione”, tale da giustificare la

²⁹⁶ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 189.

²⁹⁷ M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 190

²⁹⁸ R. QUADRI, *op. cit.*, p. 283.

produzione dell'effetto traslativo di uno o più beni dal disponente in capo ad altro soggetto, il quale acquista, però, non una situazione di titolarità piena, bensì strumentale alla realizzazione dello scopo prefissato dal disponente²⁹⁹. La causa di destinazione, in altri termini, analogamente ad altre causa tipiche traslative (vendita, donazione, permuta, viene reputata di per sé idonea a giustificare il trasferimento del bene.

In contrario altra parte della dottrina ritiene invece che la destinazione vada collocata sul piano degli effetti, e non già della causa del negozio³⁰⁰. Ciò in quanto i fenomeni di destinazione patrimoniale risulterebbero ispirati a cause diverse³⁰¹.

Si è giustamente replicato che seppur le cause dei negozi con effetti destinatori hanno cause diverse, sono comunque tutti connotati da tale scopo di destinazione. Pertanto, più che un'unica causa di destinazione, comune alle varie ipotesi, sarebbe giusto parlare di "un'articolazione di "cause" di destinazione, ciascuna dotata di una propria peculiarità rispetto alle altre, ciascuna caratteristica di una concreta fattispecie

²⁹⁹ LAPORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, *bcit.*, p. 35 ss.; ID, *Il problema della causa del contratto*, *cit.*, p. 154 ss.; ID, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo*, *cit.*, p. 261 ss.

³⁰⁰ Così D. DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, *cit.*, p. 111

³⁰¹ Cfr. D. DI SABATO, *op. cit.*, secondo il quale: "il contratto di società o il conferimento di beni in società non condividono certo la medesima causa del negozio di costituzione del fondo patrimoniale".

negoziale di destinazione patrimoniale”³⁰².

Relativamente agli effetti prodotti dai negozi di destinazione, secondo parte della dottrina, il destinatario dell’attribuzione non acquisterebbe una situazione di titolarità piena, bensì funzionale alla realizzazione dello scopo prefissato dal disponente³⁰³. Si tratterebbe, cioè, non di un’acquisto di titolarità piena e definitiva, ma strumentale, che si giustifica in capo al destinatario dell’attribuzione esclusivamente in vista delle finalità che sono alla base della vicenda destinataria.

Ma ciò non significa che per effetto dell’atto di destinazione il titolare del “patrimonio separato” acquisti una situazione soggettiva qualificabile in termini di diritto reale atipico: e ciò viene dimostrato da parte della dottrina con una serie di argomentazioni³⁰⁴.

Nella complessità di relazioni economiche che legano gli individui ai beni, risulta possibile distinguere, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, una nozione “formale” di proprietà, che corrisponde al concetto di titolarità, ed una nozione “sostanziale della medesima, che racchiude la relazione economica, la possibilità di godimento effettivo del bene³⁰⁵.

³⁰² R. QUADRI, *op. cit.*, p. 287.

³⁰³ U. LAPORTA, *Il problema della causa del contratto*, cit., p.175.

³⁰⁴ R. QUADRI, *op. cit.*, p. 293.

³⁰⁵ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 224

Il modello tradizionale del diritto di proprietà risponde all'interesse isolato del soggetto proprietario del bene alla totalità delle utilizzazioni della cosa; vi sono però ipotesi in cui l'ordinamento prende in considerazione interessi facenti capo a soggetti diversi dal proprietario, parimenti degni di tutela.

Per effetto del negozio di destinazione, i destinatari dell'attribuzione acquistano una situazione soggettiva riconducibile al modello proprietario, ma non riconducibile al tradizionale statuto individuale del diritto di proprietà, come delineato dall'art. 832 c.c., bensì ad una diversa forma di appartenenza, strumentale o funzionale alla realizzazione dello scopo prefissato³⁰⁶.

Il dato che consente la deviazione dal modello tradizionale del diritto di proprietà è rappresentato, appunto, dall'interesse non dell'assegnatario dell'attribuzione, bensì del soggetto o dei soggetti in favore del quale (o dei quali) la complessiva vicenda destinataria trova la propria ragion d'essere.

Che tale deviazione non comporti la creazione di un diritto reale atipico, si può evincere dal fatto che per la creazione di un diritto reale limitato sia necessaria un'alterità soggettiva tra titolarità del diritto di proprietà

³⁰⁶ R. QUADRI, *op. cit.*, p. 295.

e titolarità del diritto reale limitato³⁰⁷. Ciò non sussiste nell'ipotesi di costituzione di un "patrimonio destinato".

Ad esempio nel caso di fondo patrimoniale, non si può configurare alcun dualismo soggettivo, dal momento che i coniugi sono gli unici titolari di un diritto reale sui beni destinati a soddisfare le esigenze della famiglia³⁰⁸.

Né potrebbe cogliersi tale alterità soggettiva nel rapporto intercorrente tra soggetto titolare del patrimonio separato e soggetto beneficiario della destinazione patrimoniale. Ciò in quanto, secondo l'opinione preferibile, la situazione soggettiva del beneficiario deve essere ricostruita in termini di diritto di credito³⁰⁹.

Tornando alle caratteristiche dei negozi di destinazione, occorre sottolineare come all'effetto di destinazione non debba necessariamente affiancarsi quello traslativo: vi sono infatti ipotesi in cui l'atto di destinazione produce effetti nella stessa sfera del disponente. Sempre prendendo ad esempio il fondo patrimoniale, lo stesso può essere costituito da un terzo, trasferendo la proprietà ai coniugi, o dai coniugi stessi, già titolari del diritto di proprietà; in entrambe le ipotesi in capo ai titolari del patrimonio separato sarà configurabile un diritto di proprietà strumentale alla realizzazione dello scopo

³⁰⁷ P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 295.

³⁰⁸ R. QUADRI, *op. cit.*, p. 297.

³⁰⁹ R. QUADRI, *op. ult. loc. cit.*

prefissato.

Esempi di destinazione patrimoniale disciplinati dalla legge sono la fondazione, il fondo patrimoniale e l'usufrutto legale. Mentre il patrimonio della fondazione è un patrimonio autonomo ed appartenente ad un soggetto dotato di personalità giuridica³¹⁰, il fondo patrimoniale e l'usufrutto legale dei genitori sono ipotesi in cui, pur mancando un patrimonio autonomo, il legislatore delinea, quale strumento per comporre gli interessi eterogenei di genitori e figli minori, una destinazione patrimoniale che incide sulla disciplina dell'alienazione dei beni e sull'esecuzione sui medesimi³¹¹.

Accanto alle ipotesi di patrimoni destinati ex lege, possono configurarsi ipotesi nascenti dall'autonomia privata.

In dottrina ci si domanda se la separazione patrimoniale, consistente nel fatto che i beni in esso rientranti non rispondono di tutte le obbligazioni assunte dal titolare,

³¹⁰ Non manca chi ritiene ammissibile nel nostro ordinamento la fondazione c.d. non riconosciuta, considerando la fondazione di fatto "la forma più limpida di destinazione di beni allo scopo": BECCHETTI, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 66

³¹¹ Relativamente al fondo patrimoniale l'art. 169 c.c. disciplina l'alienazione dei beni del fondo e l'art. 170 c.c. l'esecuzione sui medesimi; con riguardo all'usufrutto legale il legislatore prevede un particolare regime sotto il profilo della disponibilità e dell'esecuzione all'art. 326 c.c

ma solo di quelle sorte in vista della realizzazione dello scopo prefissato, con conseguente vistosa deroga all'art. 2740, I comma, c.c., sia ammissibile solo nelle ipotesi previste dalla legge, in applicazione del disposto del II comma del medesimo articolo (“le limitazioni della responsabilità patrimoniale non sono ammesse se non nei casi previsti dalla legge”)³¹². L'effetto di limitazione della responsabilità patrimoniale, peculiare dei patrimoni separati, va certamente ricondotta alle limitazioni legali della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740, II comma, c.c.

Si pone allora un problema di compatibilità di tale disposizione con quella dell'art. 1322, II comma, c.c., che identifica nella “meritevolezza degli interessi secondo l'ordinamento giuridico” il limite imposto ai privati nella predisposizione di tali schemi negoziali atipici. Problema che ai più appare ormai superato alla luce di quanto disposto dall'art. 2645 – *ter* c.c., come si vedrà al paragrafo 4 del presente capitolo.

³¹² R. QUADRI, *op. cit.*, p. 17 ss.

3. Il *trust* e la legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell’Aja del primo luglio 1985.

Considerare il *trust* un negozio atipico traslativo di diritti reali rappresenta il punto di arrivo di un ragionamento lungo e complesso che presuppone una preliminare trattazione di cosa sia il *trust* e quali siano le opinioni in dottrina e giurisprudenza relative a tale istituto.

La Convenzione relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento, adottata a L’Aja il primo luglio 1985 e ratificata con la legge 364/89, è entrata in vigore in Italia il 1° gennaio 1992, ma solo negli ultimi anni si è avuta una concreta diffusione dell’istituto nel nostro paese³¹³.

³¹³ Con riguardo al *trust* ed alle problematiche concernenti la relativa ipotizzata introduzione nell’ordinamento giuridico italiano, soprattutto alla luce della legge n. 364/1989, v.: M. LUPOI, *Trusts*, *cit.*, p. 551 ss. e *passim*; ID., voce *Trusts*, II, *Convenzione dell’Aja e diritto italiano*, *cit.*, p. 2 ss.; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 425 ss.; ID., *I trusts in diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, I, p. 605 ss.; ID., *La legittima funzione “protettiva” dei trust interni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 236 ss.; A. GAMBARO, *I trusts e l’evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 57 ss.; ID., voce *Trust*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 464 ss.; ID., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell’Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257 ss.; ID., *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell’Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 919 ss.; R.LENZI, *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, I, p. 1379 ss.; N.LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir.civ.*, 1996, p. 483 ss.; P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 453 ss.; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, I, p. 1323 ss.; ID., *Il trust e ‘sostiene Lupoi’*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 441 ss.; A. de DONATO, V. de DONATO, M. D’ERRICO, *Trust convenzionale*, Roma, 1999, p. 112 ss e *passim*; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, *cit.*, p. 81 ss.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, *cit.*, p. 176 ss.; ID., *Cause traslative, autonomia*

L'art. 2 della Convenzione definisce il *trust* come “il rapporto giuridico creato da una persona – disponente – per atto tra vivi o *mortis causa*, qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico”.

Per effetto della stipulazione del *trust*, a carico del *trustee*, proprietario del bene, sorge un'obbligazione fiduciaria, avente ad oggetto l'amministrazione e la gestione dei beni in *trust* secondo il programma stabilito dal disponente e l'attribuzione finale ai beneficiari. La Convenzione si occupa dei soli *trusts* costituiti volontariamente e provati per iscritto.

Il *trust* “internazionale” o “straniero” cioè il *trust* i cui elementi importanti sono, così come afferma l'art. 13 della Convenzione,

privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust, cit., p. 35 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 200 ss.; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 133 ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione*, cit., p. 391 ss.; L. SALVATORE, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 644 ss.; E. MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 13 ss.; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 145 ss.; A. BRAUN, *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 573 ss.; P. SCHLESINGER, *Una “novella” per il Trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337; ID., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 179 ss.; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., p. 11 ss.; ID., *In Italia tutto permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 1247 ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, I, p. 1107 ss.; ID., *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 953 ss.; G. BOSCO, *Il trust e le categorie civilistiche: brevi spunti per una ricostruzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 1 ss.; S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 301 ss.; M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, in *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 17 ss.; ID., *Trust e destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., p. 213 ss.; ID., *Il trust oggi: problemi e prospettive*, in *Mandato di fiducia e trust*, cit., p. 167 ss.; R. SICLARI, *Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive: il trust “statico”*, in *Vita not.*, 2002, II, p. 727 ss.; P. MANES, *Trust a art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 570 ss.; L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano*, in *Mandato fiducia e trust*, cit., p. 19 ss.; V. SCALISI, *Ancora in ordine alla ammissibilità del trust interno*, *ivi*, p. 187 ss.; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., p. 95 ss.; F. M. GIULIANI, *Il trust “interno” (regolato da una “legge trust”) e la Convenzione dell'Aja*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 433 ss.; V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 76 ss.

strettamente connessi a Stati che prevedono l'istituto del *trust* (ad esempio un *trust* nel quale, pur essendo i beni siti in Italia, il disponente o il *trustee* siano cittadini inglesi) è certamente riconoscibile in Italia, dal momento che la Convenzione è stata sottoscritta proprio a tal fine, e rispetto ad esso si producono gli effetti previsti dall'art. 11 della Convenzione.³¹⁴

Inoltre, qualora il *trust* abbia ad oggetto beni immobili, ai sensi dell'art. 12 “ il *trustee* avrà facoltà di richiedere l'iscrizione nei registri nella sua qualità di *trustee*”.³¹⁵

Relativamente al *trust* c.d. interno, intendendosi per tale, quello i cui elementi costitutivi, fatta eccezione per la legge applicabile, siano connessi all'Italia, cioè nel quale disponente, beni e/o diritti, *trustee* e beneficiari siano italiani, sino all'introduzione nel nostro codice dell'art. 2645 *ter*, la sua riconoscibilità non era ammessa univocamente da dottrina e giurisprudenza, anche se

³¹⁴ L'art. 11 della Convenzione recita: “Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica. Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*;

b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di sua bancarotta;

c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*;

d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro.

³¹⁵ Parte della dottrina (GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 11) sosteneva che l'ultima parte di tale art.12 della Convenzione: “a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve avere luogo ovvero sia incompatibile con essa”, dimostrasse l'intrascrivibilità anche dei *trusts* internazionali, in quanto incompatibili col nostro sistema di pubblicità immobiliare. Ovviamente tale posizione va in parte rivista a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2645 *ter*.

prevalevano le posizioni favorevoli.

Gran parte della dottrina che già prima dell'avvento dell'art. 2645 *ter* ammetteva la costituzione di un trust interno e la sua trascrivibilità, riteneva che la norma che consente di derogare all'art.2740 c.c. ed all'art. 2643 c.c. fosse contenuta nella Convenzione de L'Aja e conseguentemente nell'ordinamento italiano mediante la legge di ratifica della stessa.

L'autore che per primo ha perorato la causa della legittimità dei *trusts* interni, ha sempre ritenuto che tale legittimità fosse fondata sulle disposizioni della Convenzione sul "riconoscimento", dal momento che esse non pongono alcuna limitazione soggettiva o oggettiva, né tale limitazione sarebbe stata desumibile dal complesso della Convenzione, nonostante la sua natura di Convenzione essenzialmente internazionalprivatistica³¹⁶. Secondo l'autore la Convenzione aderisce a quel criterio della libertà di scelta della legge regolatrice che costituirebbe l'attuale tendenza del diritto internazionale privato; qualsiasi obiezione di diritto civile riguardo specifici profili dei *trusts* che producono effetti in Italia o si dovrebbero rivolge contro i *trusts* da chiunque istituiti (ma questo non sarebbe possibile dopo l'entrata in vigore della Convenzione) o cadrebbe nei confronti di tutti. Inoltre non vi sarebbe violazione del c.d. principio della responsabilità

³¹⁶ LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R.Sacco, I Diritti Reali, 2, p. 263 ss.:secondo l'autore se un *trust* dichiarato da un cittadino straniero relativamente ad un proprio immobile in Italia non solleva difficoltà ad essere ricompreso nell'ambito della Convenzione, non si vede perché dovrebbe esserlo il *trust* dichiarato da un cittadino Italiano su un immobile sempre in Italia.

patrimoniale, di cui all'art. 2740 c.c, ma si tratterebbe di un diverso regime di imputazione, introdotto dalla Convenzione come “effetto segregativo”³¹⁷.

Inoltre quanto detto varrebbe anche per il “*trust* autodichiarato”, cioè una segregazione all'interno di un patrimonio di un soggetto che non trasferisce ad altri il bene, ma si autodichiara *trustee* dei propri beni, per destinarli ad uno specifico scopo, separali dal proprio patrimonio e difenderli dai propri creditori.

La Convenzione non tratta espressamente i *trusts* autodichiarati, ma secondo la sopracitata dottrina, l'applicazione della legge straniera disciplinante una dichiarazione di *trust* non troverebbe ostacolo nel nostro ordinamento a prescindere dalla Convenzione. La dichiarazione di *trust* in tal caso corrisponderebbe alla “fiducia statica”, ammessa senza esitazioni dalla nostra giurisprudenza. Ne conseguirebbe che le leggi straniere regolatrici di una dichiarazione di *trust* possono trovare applicazione in Italia anche a prescindere dalla Convenzione. Peraltro, l'art. 2 della Convenzione richiede che i beni “siano posti sotto il controllo di un *trustee*”; se fossimo nell'ambito del negozio fiduciario, che richiede un'alterità tra fiduciante e fiduciario dovrebbe trattarsi di due soggetti distinti; siamo però nell'area del *trust* ove l'alterità non avrebbe ragione di essere

³¹⁷ Secondo LUPOI, *op. ult. cit.*, p. 267 i *trusts* selezionano interessi meritevoli di tutela e li proteggono meglio di quanto faccia o possa fare il nostro diritto interno; gli effetti dei *trusts* interni non sono mai i medesimi che potrebbero scaturire da un negozio sottoposto al diritto italiano nelle stesse circostanze.

perché il trustee assume obbligazioni non verso il disponente, ma unicamente verso i beneficiari dello scopo del *trust*, situazione questa che si rinviene anche nel *trust* autodichiarato. Perciò secondo tale autore le leggi estere disciplinanti le dichiarazioni unilaterali di *trust* devono essere applicate dal giudice italiano.

Le obiezioni di ordine civilistico a tale ricostruzione sono state ritenute prive di pregio, in quanto se fossero fondate comporterebbero il divieto di riconoscere qualunque *trust* e non solo quelli interni, con la conseguente inapplicabilità della legge di ratifica della convenzione, il che evidentemente non sarebbe ammissibile³¹⁸.

La Convenzione non sarebbe pertanto destinata a regolare “*trusts* internazionali” o “ stranieri”, ma disporrebbe che un *trust* sia riconosciuto negli Stati contraenti alla sola condizione di essere stato costituito in conformità alle norme nella stessa previste.

In tal senso si è espressa anche la prevalente giurisprudenza di legittimità,³¹⁹ intervenuta soprattutto sulla trascrivibilità di negozi

³¹⁸ Secondo parte della dottrina, l’obiezione relativa alla violazione dell’art. 2740 c.c. sarebbe ormai superata in quanto la sua eventuale violazione da un lato non comporterebbe nullità del relativo atto ma solo inefficacia (C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 159), mediante l’esperimento dell’azione revocatoria, ove ne sussistano i presupposti e le condizioni. Ragionando diversamente, infatti, tutti gli atti di alienazione dovrebbero considerarsi in violazione dell’art.2740. E se così non è per gli atti di alienazione a maggior ragione non è per gli atti che determinano la separazione patrimoniale, che costituiscono qualcosa di meno rispetto agli atti di alienazione. (A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo, Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 29 ss.)

³¹⁹ La giurisprudenza negli ultimi anni ha aderito quasi in maniera unanime all’ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento, basti ricordare il decreto del Tribunale di Parma del 21 ottobre 2003, (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 73 ss.) che ha ordinato “la Trascrizione nei registri immobiliari dell’atto con cui un soggetto provvede a nominarsi trustee di un bene immobile di sua proprietà”, o la sentenza del Tribunale di Bologna del primo ottobre 2003, (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 67 ss.) che ha dichiarato valido il *trust* interno che non avesse intenti abusivi o fraudolenti, in quanto “non contrasta con norme imperative o principi di ordine pubblico ed ha l’effetto di segregare i beni del *trust*

costitutivi di *trusts* aventi ad oggetto diritti reali immobiliari.

Altra parte della dottrina³²⁰ sostiene invece l'ammissibilità dei cd. "*trusts* interni" non già sulla base della ratifica della Convenzione dell'Aja, ma del diritto interno.

L'autore ritiene che non abbia senso chiedersi se, a seguito della Convenzione, gli schemi formali del *trust*, come istituto di *common law*, siano penetrati nel nostro ordinamento, acquistando cittadinanza italiana, per via del riconoscimento accordato ai negozi posti in essere nell'ambito di ordinamenti stranieri mediante il ricorso a tali schemi. Se i negozi sono compiuti all'interno dello Stato italiano e nella sua esclusiva sfera

rispetto al restante patrimonio del trustee in deroga all'art. 2740 c.c."

In tali provvedimenti la giurisprudenza ha ritenuto che con la legge 364/89 di ratifica della Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985 "l'istituto del trust è stato recepito anche nell'ordinamento giuridico italiano" e che nel nostro ordinamento non esistono norme che vietino espressamente la trascrizione del trust.

Nello stesso senso il Tribunale di Milano in data 8 marzo 2005 (per un primo commento: *Trust immobiliare nella separazione dei coniugi*, di A. BUSANI, in *Il sole 24 ore*, 31 marzo 2005, p.25) ha omologato una separazione tra coniugi nel cui ambito è stata convenuta l'istituzione di un trust "interno" ed "autodichiarato". Nel corpo dell'accordo omologato si dice che: a) al riconoscimento dei trust istituiti in Italia e sottoposti ad una legge straniera si applicano le disposizioni della Convenzione dell'Aja; b) la costituzione del trust risponde ad un'esigenza meritevole di tutela, per cui non trova applicazione la riserva dell'art.13 della Convenzione (riconoscibilità del trust nei limiti dell'ordinamento giuridico); c) l'art.6 della Convenzione permette al disponente di scegliere la legge da applicare; d) il diritto inglese ammette il trust autodichiarato.

Infine il Tribunale di Parma del 3 marzo 2005, (in *Rivista del Notariato*, 4, 2005, pp. 858 ss.) ha ritenuto omologabile il concordato preventivo presentato da una S.P.A. che preveda, tra l'altro, la devoluzione in trust di beni immobili di proprietà dell'amministratore della società e di suoi congiunti con nomina a trustee del commissario giudiziario della procedura, purchè fosse garantita non solo la segregazione di detti beni ma anche la devoluzione delle somme ricavate dalla loro alienazione al soddisfacimento della massa dei creditori del concordato.

Nel corpo della sentenza si legge che la tesi della contrarietà all'ordinamento italiano del trust è stata largamente superata dalla più attenta dottrina e giurisprudenza di merito in ragione di una corretta interpretazione non solo della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ma *dei profili interpretativi innescati dalla sua piena operatività per l'ordinamento italiano*, sia avuto riguardo alla causalità del trasferimento, sia in ragione della *configurabilità di negozi traslativi atipici, purchè sorretti da una causa lecita, in ragione di una lettura estesa dei principi di cui agli artt. 1324 e 1322 c.c.*

³²⁰ PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto Italiano*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 2001, parte I, p. .391 ss.

di influenza, non potranno acquistare rilevanza se non attraverso gli schemi che il nostro ordinamento è in grado di apprestare. E, se altrove si qualificano come *trusts*, in Italia sono destinati a configurarsi come negozi concretamente tipizzabili in base ai loro specifici caratteri sostanziali, cui debbono ricollegarsi quegli effetti che, nel rispetto del principio di autonomia, possono meglio rappresentare l'intento del loro autore. Nè si può perpetrare l'equivoco metodologico secondo cui le operazioni economiche che l'idea del *trust* evoca siano realizzabili, all'interno del nostro ordinamento solo nelle forme previste dalla convenzione dell'Aja, ovvero attraverso la scelta obbligata, da parte dei cittadini italiani, di una legge straniera che lo stato italiano sarebbe tenuto ad applicare, confrontandola con quella propria, nel rispetto degli impegni internazionali assunti.

Perchè i singoli atti, posti in essere dai soggetti interessati, siano configurabili come valida espressione dell'autonomia privata, è necessario, ma anche sufficiente, che essi individuino un assetto di interessi logicamente percepibile nella sua unitarietà e compiutezza; tale, per i suoi concreti caratteri, da poter essere convertito in esaustivo regolamento. La valutazione di liceità del negozio, la quale presuppone la rilevanza di quest'ultimo, ovvero la sua "meritevolezza di tutela " ex art. 1322 c.c., opera sul diverso piano della causa e dei cc.dd. motivi quando il negozio stesso è già stato in concreto individuato ed è possibile cogliere la funzione che la volontà privata ha inteso assegnargli. Ciò vale

anche per gli atti di autonomia che tendono ad imprimere un vincolo di destinazione ai beni, dei quali strumentalmente si dispone in vista di un'attribuzione ulteriore o di una serie di attribuzioni ulteriori e che, proprio per questa loro caratteristica, comportano una procedimentalizzazione dell'iter negoziale.

Secondo tale autore la fattispecie *trust* configurerebbe non solo un contratto atipico, ma anche costitutivo di diritti reali atipici.

Infatti il nostro codice civile non configura fattispecie corrispondenti alle situazioni giuridiche soggettive che, a seguito dell'attribuzione, funzionalmente operata con riguardo al vincolo destinatorio, vengono a costituirsi in capo al disponente e, rispettivamente in capo al beneficiario finale del negozio posto in essere; soprattutto non contempla poteri di gestione e di disposizione di beni altrui che, pur incidendo direttamente sui beni stessi, abbiano tuttavia carattere strumentale in ragione del vincolo ad essi imposto e solo a tale stregua siano suscettibili di essere esercitati dal soggetto istituito nei rapporti coi terzi.

L'Autore rileva peraltro che le maggiori difficoltà che sono state incontrate in sede di qualificazione dei negozi destinatori, nascono dall'idea che le situazioni giuridiche soggettive, aventi riconosciuto carattere di "realità" debbano essere necessariamente "tipiche". Detta idea rappresenterebbe ormai un "tabù" da superare³²¹.

³²¹ Per la tesi contraria all'atipicità del diritto del *trustee*, condivisa da chi scrive, R. QUADRI, *op. cit.*, p. 295 ss.

Anche altra parte della dottrina³²² ritiene che proprio il principio dell'autonomia privata costituisca il punto di partenza per ogni valutazione relativa all'ammissibilità, nell'ordinamento italiano, di un "*negozio di destinazione reale, corretta risposta italiana al problema del trust*". Il negozio di destinazione di beni allo scopo, per non risolversi nella riproposizione del patto fiduciario di stampo romanistico, deve avere rilevanza reale, ossia deve essere idoneo ad imprimere ai beni che ne sono oggetto, un vincolo di destinazione che non si riduca alla mera imposizione, a carico del destinatario, di un'obbligazione di fare o di dare, ma che si rifletta sulla situazione giuridica dei beni, costituendoli in patrimonio separato in testa all'attributario.

La separazione patrimoniale determina la costituzione, in testa ad un unico soggetto, di più masse di beni autonome.

Ritenere che i fenomeni di separazione patrimoniali potessero ricorrere esclusivamente nei casi, da interpretare come tassativi, espressamente previsti e disciplinati dalla legge, appare rispondente sia al principio di unità ed unicità del patrimonio, sia a quello di impossibilità di limitazioni alla responsabilità patrimoniale diverse da quelle legali (cause legittime di prelazione).

L'art.2740 capoverso c.c. riserva alla legge e non all'autonomia privata il potere di limitare la responsabilità patrimoniale del

³²² LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, p. 43 e ss., il quale però considera il diritto di proprietà del *trustee* un diritto tipico, seppur "funzionale", così come esposto al paragrafo precedente.

debitore e quindi di dar vita a patrimoni separati; sui beni funzionalmente destinati ad uno scopo potranno trovare soddisfazione solo quei soggetti che abbiano assunto, verso il titolare, ragioni di credito “funzionali”.

Con la separazione patrimoniale si avrebbe un effetto di “sottrazione” della massa di beni separata alla generica responsabilità dell’art. 2740 I comma c.c.

Secondo l’autore sopra citato, però, il sistema di tutela del credito si articola, sotto il profilo sistematico, in rimedi di natura preventiva e rimedi di natura successiva alla frustrazione della pretesa³²³. Nel fissare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale del debitore, il legislatore ha voluto sicuramente evitare che il soggetto destinatario della norma potesse alterare la consistenza del suo patrimonio in dispregio delle ragioni dei creditori, ma non ha impedito al debitore di disporre dei propri beni³²⁴.

Secondo l’autore la norma contenuta nel secondo comma dell’art. 2740 c.c. andrebbe letta nel senso di vietare, e quindi di ritenere nulli tutti quegli atti negoziali che, *quale loro unica giustificazione causale*, abbiano la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Dall’ambito operativo

³²³ U. LA PORTA, *L’esercizio di impresa commerciale*, cit., p.135 ss.

³²⁴ U. LA PORTA, *ult loc. cit.*, ritiene che se il legislatore non impedisce il trasferimento, a maggior ragione non dovrebbe impedire in ogni caso la predisposizione di una causa di prelazione in concreto. Se il disponente avesse venduto parte dei suoi beni, non creando una causa di prelazione in favore di alcuni creditori, bensì sottraendoli definitivamente al loro potere di aggressione, gli stessi creditori avrebbero potuto solo esperire l’azione revocatoria a tutela delle proprie ragioni. Allora perché affermare la riserva di legge e l’implicita nullità di un atto con cui il debitore dia vita ad una causa di prelazione atipica?

del divieto pertanto, dovrebbero restare esclusi tutti gli altri atti giuridici, rispetto ai quali la separazione patrimoniale si ponga soltanto come conseguenza effettuale ulteriore e non esclusiva, rispetto al perseguimento ed all'attuazione di ben più vasti e ricoprenti, nella scala di valore della considerazione legislativa, un gradino almeno uguale alla tutela del credito.

L'opinione secondo cui il *trust* interno sarebbe ammissibile quale negozio atipico traslativo e/o costitutivo di un diritto reale, che appare agli occhi di chi scrive la più convincente, è stata fatta propria anche da alcune più recenti sentenze.

Contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina³²⁵, i giudici di merito³²⁶ hanno ritenuto che essendo la Convenzione dell'Aja una norma di diritto internazionale privato, nel sistema internazional privatistico non sia consentito alle parti scegliere una legge regolatrice diversa da quella a cui tutti gli elementi della fattispecie fanno riferimento.

Se davvero la convenzione avesse introdotto il *trust* internazionale, non si capirebbe perchè le parti dovrebbero scegliere necessariamente l'applicazione di una diversa legge (ad

³²⁵ Ci si riferisce a LUPOI, op. ult. cit., secondo cui la Convenzione dell'Aja sarebbe una convenzione di diritto internazionale privato, con al proprio interno delle norme materiali, la quale non avrebbe ad oggetto il riconoscimento e la ricezione del trust, ma solo l'individuazione di norme di collegamento uniformi ai fini della determinazione della legge regolatrice. In tal modo diverrebbe ammissibile applicare ai rapporti di "trust" una legge straniera sulla base della mera volontà delle parti, e pertanto sarebbero ammissibili trust interni ai sensi dell'art.11⁵ della Convenzione.

³²⁶ Cfr. Tribunale di Velletri 29 giugno 2005, in *Trusts*, 2005, p. 577 secondo cui "Il rapporto" instaurato tra cittadini italiani secondo il modello del "trust" anglosassone è perfettamente valido, ed è regolato dalla legge italiana, potendo esplicitare i propri effetti solo compatibilmente con la normativa nazionale".

esempio quella inglese) e non già la legge internazionale della Convenzione.

L'art. 13 della Convenzione andrebbe allora interpretato come norma di chiusura del sistema che impedisce il riconoscimento di effetti a *trusts* privi di ogni collegamento sostanziale con una legge che contempra l'istituto sul piano materiale. Dovrebbe pertanto escludersi che la Convenzione possa essere considerata fonte normativa del *trust* interno con valore di legge. Non è possibile applicare la legge straniera a cittadini italiani ed a rapporti in cui manchi alcun elemento di "estraneità" sostanziale. Ciò nonostante il *trust* è valido, come contratto atipico meritevole di tutela.

Secondo i giudici di merito il *trust* creato nel caso in esame, invocando la legge inglese, avrebbe queste caratteristiche:

- a) il *trustee* è un vero e proprio proprietario;
- b) i beneficiari sono titolari di meri diritti di credito nei confronti del *trustee*, molti dei quali di carattere fiduciario;
- c) i beni del *trust* non sono attaccabili dai creditori del *trustee* perchè è un patrimonio "*separato*";
- d) i beneficiari possono "*ricostruire i movimenti dei beni finiti nelle mani di terzi*" cui il *trustee* li abbia illecitamente trasferiti, con il solo limite degli acquisti in buona fede.

Si tratterebbe dunque di un valido contratto atipico stipulato tra *settlor* e *trustee*, a prestazioni corrispettive (perchè è previsto un compenso a favore del *trustee*) ed a favore di terzo (i beneficiari).

Un contratto con cui il trustee acquista la proprietà piena ed esclusiva, ed assume l'obbligo a favore dei beneficiari di ritrasferire loro i beni allo scadere di un certo termine. I beneficiari sarebbero titolari di un mero “*diritto di credito fiduciario*”.

La causa del contratto è il trasferimento della proprietà di beni al fine di consentire la formazione di un patrimonio separato da gestire nell'interesse dei beneficiari ad opera del trustee.

Detta causa è la stessa che caratterizza i trust internazionali, e sarebbe valida perchè meritevole di tutela. Il giudizio di meritevolezza sarebbe implicito nella ratifica da parte dello stato italiano della Convenzione dell'Aja, ed in caso contrario potrebbe invocarsi l'art. 3 della Costituzione, visto e considerato che certamente i trust internazionali sono considerati meritevoli di tutela nel nostro ordinamento.

Ancora una volta si ribadisce che non vi è contrasto con le norme imperative e l'ordine pubblico(art.1343 c.c.), perchè:

1) non si viene meno al principio del *numerus clausus* dei diritti reali, dal momento che il diritto del *trustee* è un diritto tipico di piena proprietà.

2) non vi è necessariamente una contrarietà alle norme delle successioni e del fedecommesso, ma occorre valutare i singoli casi per appurare se vi sia o meno contrasto con la legge interna.

3) non vi è violazione dell'art. 2740 c.c., in quanto detta norma impone la tutela delle ragioni dei creditori contro gli atti

fraudolenti dei debitori, ma non limita l'autonomia privata.

Viene infine configurata una interessante distinzione tra atti che mirano esclusivamente a ridurre la responsabilità dell'individuo, sottraendo volutamente i beni alla garanzia dei creditori, ed atti che incidono sul patrimonio del singolo, dando una specifica destinazione ai beni, senza però sottrarli ai creditori. In quest'ultimo caso l'atto è valido, perchè ha una causa meritevole di tutela e non mira a frodare i creditori. Viene meno ogni automatismo tra consistenza del patrimonio e misura della responsabilità. Andrà colpito, ai sensi dell'art. 2740 c.c. non ogni trasferimento, nè ogni trasferimento che si colleghi ad una destinazione di alcuni beni, ma solo il trasferimento che arrechi pregiudizio ai creditori.

In concreto, un problema di violazione dell'art.2740 c.c. non può porsi in relazione alla posizione del disponente, i cui creditori possono agire in revocatoria nei confronti dell'atto di trasferimento al trustee, qualora ne ricorrano i presupposti; nè per i creditori del *trustee*: se gli stessi sono stati edotti della destinazione dei beni in favore dei beneficiari, non si porrà un problema di violazione dell'art. 2740 c.c. poichè non avevano fatto affidamento su tali beni come garanzia dei propri diritti; in caso contrario, e cioè qualora non vi sia stata un'adeguata pubblicità del vincolo, i creditori in buona fede avranno diritto di soddisfarsi su tutti i beni di proprietà del trustee.

In verità la dottrina favorevole ai trust "interni"³²⁷ ritiene che gli artt. 2 e 11 della Convenzione de l'Aja abbiano introdotto nel nostro ordinamento una nuova forma di proprietà, la proprietà "finalizzata" o "qualificata", alla quale mal si accompagna il concetto tradizionale di patrimonio a cui si riferisce l'art. 2740 c.c. Solo in quest'ottica potrebbe giustificarsi la possibilità dei beneficiari di recuperare i beni qualora il trustee li abbia illecitamente trasferiti, nonchè l' inattaccabilità di tali beni da parte dei creditori personali del trustee.

Il concetto di "*segregazione*" implica una realtà che deve essere opponibile ai terzi, e ciò può avvenire, qualora il *trust* abbia ad oggetto beni immobili, mediante l'unica forma di pubblicità rilevante per detti beni, e cioè la trascrizione.

Anche a voler ammettere che il diritto del *trustee* non sia altro che il tipico diritto di proprietà, o meglio una delle ipotesi di proprietà previste dal nostro ordinamento, occorre spiegare in base a quale norma venga reso opponibile ai terzi l'esistenza del "*vincolo di destinazione*".

Come efficacemente detto nell'ordinanza citata³²⁸, la "*segregazione*" del patrimonio del trustee non contrasta col disposto dell'art.2740 c.c. in quanto manca il pregiudizio per i suoi creditori, e detta mancanza di pregiudizio discende dal fatto che gli stessi creditori siano resi edotti dell'esistenza del "*trust*" mediante un'adeguata forma di pubblicità. Ciò comporta la

³²⁷ LUPOI, op.cit.

³²⁸ Tribunale di Velletri 29 giugno 2005, cit.

necessaria trascrizione di questo vincolo qualora il *trust* abbia ad oggetto beni immobili.

Ed è questo il punto debole di quanti sostenevano l'ammissibilità del trust interno sulla base del nostro ordinamento: il problema della tassatività degli atti, o meglio degli effetti soggetti a trascrizione³²⁹.

Appariva allora necessaria la previsione di una norma di legge tale da consentire la trascrizione del "*trust interno*", per poter rendere opponibile il vincolo di indisponibilità e di destinazione imposto alla proprietà del *trustee*. In mancanza di tale norma, il contratto atipico costitutivo del *trust*, espressione di numerose esigenze e pertanto certamente "meritevole di tutela", non poteva essere opponibile ai terzi, a meno di utilizzare l'istituto della trascrizione in modo distorto.

4. L'articolo 2645-ter c.c. e gli atti di destinazione atipici.

³²⁹ In senso contrario alla trascrivibilità dei trust interni autodichiarati il Tribunale di Napoli (Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 74), confermato in appello (Appello Napoli, 27 maggio 2004, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p.570) ritenendo che il principio della tassatività della trascrizione non è stato "travolto dal contenuto della Convenzione".

L'art. 2645-ter, prevede la trascrivibilità nei registri immobiliari dell'atto con il quale beni immobili o beni mobili registrati vengono destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

pone dei limiti temporali a detto vincolo (periodo non superiore a 90 anni o per la durata della persona fisica beneficiaria)

Tale norma è considerata da parte della dottrina (A.BUSANI, *Il trust trova la regola base*, in *Il Sole 24 ore* del 9 luglio 2005)

l'ultimo tassello sulla pubblicizzabilità, e quindi sull'opponibilità ai terzi, del vincolo di destinazione che si determina col *trust*.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957.
- ALPA, Destinazione dei beni e struttura della proprietà, in Riv. not., 1983, I, p. 1 ss.
- ANDREOLI, *La rendita vitalizia*³, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VIII, t. 3, fasc. 4, 1958.
- ARLT, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare: le protected cell companies italiane*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 323
- ARRIGO, *Autonomia privata, fondo fiduciario e diverse tipologie di trust nella separazione e nel divorzio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 1, 2005.
- ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre e di persone*, Padova, 1915 (ristampa del 1984).
- AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Torino, 1984.
- AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957.
- BARASSI, *La proprietà con riferimento al progetto del codice civile*, Milano, 1939.
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948.
- BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952.
- BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici*, in *Jus*, 1940, p. 442 ss.
- BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale (Disposizioni generali)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991
- BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 301 ss.
- BECCHETTI, *Patrimoni e finanziamenti destinati: profili problematici*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di M. de Tilla, G. Alpa e S. Patti.
- BECCHETTI, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 66.
- BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.

BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Studi Urbinati*, Milano, 1975.

BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

BERGAMINI, *Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale e in vista di un futuro divorzio*, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 174.

BESSONE, *Cartolarizzazione dei crediti. "Soggetti", disciplina delle attività, garanzie di pubblica vigilanza*, in *Dir. borsa e merc. Fin.*, 2002, I, p. 3 ss.

BESSONE, *Gestione finanziaria dei fondi pensione. La disciplina delle attività, le situazioni di conflitto di interessi*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 139 ss.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1960, rist. Napoli, 1994.

BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1964, p. 35 ss.

C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972

C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999.

C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994.

C. M. BIANCA, *Diritto civile, VI, La proprietà*, Milano, 1999

M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996

M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, testo della relazione tenuta al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", svoltosi a Firenze il 28 ottobre 2005.

M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645 – ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II p. 187 ss.

M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, 2, Milano, 2003.

M. BIANCA, MAURIZIO D'ERRICO, ALESSANDRO DE DONATO, CONCETTA PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645 – ter del codice civile*, Milano, 2006.

BIANCHI, *Corso di codice civile*, IX, I, Torino, 1895.

BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982

BIONDI, *I beni*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1953

BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977

BOCCHINI, in *Comm. Schlesinger, La vendita di cose mobili - artt. 1510, 1530*, Milano 1994.

BOSCO, *Il trust e le categorie civilistiche: brevi spunti per una ricostruzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 1 ss.

BOZZA, in M. BERTUZZI, G. BOZZA e G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, s.p..a. (artt. 2447-bis – 2461 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003

BRAUN, *Trust interni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 573 ss.

BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di diritto civile* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. III, Torino, 1997.

BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1990, p. 1410.

BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. not.*, 1997, p. 5 ss.

BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in BUONOCORE, FANTOZZI, ALDERIGHI, BUTERA, *Del contratto vitalizio*, Torino, 1935.

BUSANI, *Il trust trova la regola base*, in *Il Sole 24 ore* del 9 luglio 2005.

CAGNASSO-COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, 9, Padova, 2000.

CALANDRABONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 206 ss.

CALO', *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, 1165.

CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persone*, Milano, 1962.

G. F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino 2003

CAPOZZI, La funzione del notaio nel diritto di famiglia, in *Vita not.*, 1973, p. 1 ss.

P. CARBONE, *I trasferimenti in sede di separazione e di divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 623.

S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 145 ss.

CARIOTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002

CARIOTA FERRARA, *Contratti aleatori e negozi atipici*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 1° quadr., 98

CARIOTA FERRARA, *Forma del mandato senza rappresentanza*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, p. 79.

CARIOTA FERRARA, *L'enfiteusi*, in *Tr. di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1951.

CARIOTA FERRARA, *In tema di contratto di mantenimento*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1951.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli

CARNEVALI, voce *Mandato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.

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

CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 93 e ss.

CARRESI, *L'obbligazione naturale*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 582 ss.

CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987.

CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 403 ss.

CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979.

CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, I, p. 1323 ss.

CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 441 ss.

E. CESARO, *La disciplina del "patrimonio separato"*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di M. de Tilla, G. Alpa e S. Patti, Roma, 2003

CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, p. 692.

CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233.

CHINDEMI, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 c.c.*, in *Resp. civ.*, 1994, p. 343 ss.

CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969.

CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 481 .

CIAN e CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. It.*, App. Vol. III, Torino, 1982.

CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino 1989.

CLARIZIA, *Nuova figura di leasing e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c.*, in *Giur. it.*, 1990, 1, p. 746 ss.

COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 30 ss.

COMPORITI, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, II, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003

COMPORITI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977.

COMPORITI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VIII, t, 1, Milano, 1980.

COMPORITI, *Diritti reali I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, p. 5 ss.

COMPORITI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 105 ss.

CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionari di diritto privato*, a cura di N. Irti, 1, Milano, 1980

CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano 1990.

COSTANTINO, *Proprietà*, II, *Enc. giur. Treccani*, p. 7.

COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Grassetti*, I, Milano, 1980.

COTTINO, *Diritto commerciale*, II, Padova, 1978.

CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.

D'ALIBERTI, *Il contratto di mantenimento e la rendita vitalizia*, in *Giur. it.*, 1993, p. 1784.

DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Milano, 1962.

DATTILO, voce *Rendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

DE BIASI, *Patrimoni separati e alphabet stock, nuove norme e vecchi problemi*, in *Vita not.*, 2003, II, p. 457 ss.

A. de DONATO, V. de DONATO, M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, Roma, 1999

DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934.

DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2004, II, p. 29 ss.

DEL PRATO, voce *Transazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992.

DE NOVA e LEO, *La securitization in Italia (commento alla l. 30 aprile 1999 n. 130)* in *Contratti*, 1999, p. 711 s. .

DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996

D'ERRICO, *Trust convenzionale*, in *Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002.

D'ERRICO, *Il trust oggi: problemi e prospettive*, in *Mandato di fiducia e trust*.

D'ERRICO, *Trust e destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, 2, Milano, 2003.

DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

DE NOVA, *La Cassazione e il leasing: atto secondo*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 469.

DE NOVA, *Leasing*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. X, Torino 1993.

DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia (commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130)*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 1999.

DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987

DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985.

DI MAJO, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 1996.

DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999.

D. DI SABATO, *L'atto di dotazione di beni in favore dell'associazione*, Napoli, 2003, p. 111.

F. DI SABATO, *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 13 ss.

DOMINEDO', voce *Mandato, diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, vol. X, Torino, 1964.

DONADIO, *I patrimoni separati*, Bari, 1940

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

DONISI, *Un caso discutibile di rendita vitalizia*, nota a Trib. Napoli, 14 febbraio 1974, in *Dir. giur.*, 1975, 110.

DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli - Camerino, 1982.

DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, p. 2228 ss.

DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare"*, Milano, 1996.

FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo, Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003.

FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano, I, Dottrine generali*, Roma, 1921

FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1913.

FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano 1977.

FERRARINI, *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano 1975.

L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja e Branca* (Art. 2643–2696), 1955.

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

FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, VII ed., Torino, 1988.

FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. società*, 2002, p. 121 ss

A.FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984.

M. FINOCCHIARO, in A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984

FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960.

FRANCARIO, voce *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989

FRIGNANI, *Trust e cartolarizzazione*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, p. 19 ss.

FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942.

FUNAIOLI, *Promesse unilaterali*, in *Studi senesi*, 1943.

FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964

FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. Priv. , sez. civ.*, V, Torino, 1989

GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 512 .

GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982,

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

GABRIELLI, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 458 ss.

GABRIELLI, *Pubblicità immobiliare e circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 425 ss.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, III, t. 1, Milano, 1988.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti*, 2, Padova 1993.

GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969

GALGANO, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano, Padova, 1987

GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 824

GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995.

GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 57 ss.

GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999

GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257 ss.

GAMBARO, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 919 ss.

GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964

GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19 ss.

GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998.

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger* (artt. 2643 - 2645 bis), 1998.

GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2004.

GAZZONI, *In Italia tutto permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 1247 ss.;

GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, I, p. 1107 ss.

GAZZONI, *Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 953 ss.

GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 11

GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II p. 165 ss.

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIOIA, *Trasparenza nella disciplina dei fondi pensione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 182 ss.

GIORDANO, *Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 174 ss.

GIORDANO MONDELLO, voce *Legato (dir. civ.)*.

GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940.

GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.

GIORGIANNI, *Contratto preliminare e esecuzione in forma specifica*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 64 ss.

GIORGIANNI, voce *Pagamento*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965.

GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 5 ss.

GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, 988.

GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988.

GIULIANI, *Il trust "interno" (regolato da una "legge trust") e la Convenzione dell'Aja*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 433

GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita not.*, 1993, p. 1075 ss.

GIUNCHI, *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni fra coniugi nella separazione personale*, in *Riv. not.*, 1994, p. 292.

GRANDI, voce *Quiescenza (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVIII, Milano, 1987

GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, Milano, 1936.

GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, (ristampa del 1983).

GRASSO, Il regime in generale e il fondo patrimoniale, in Trattato di dir. priv., diretto da P. Rescigno, III, Torino, 1996.

GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica. I. Lineamenti generali*, Milano, 1955.

GRASSETTI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1976.

GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv.*, sezione civile, vol. XI, Torino, 1994.

GRISOLI, *Impresa individuale a responsabilità limitata e la sua configurabilità come patrimonio di destinazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 242 ss.

GUERRIERI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 997 ss.

GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio: due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 639 ss.

IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003

IAMICELI, *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003.

IANNIELLO, *L'intento delle parti nel vitalizio alimentare*, in *Temi Romana*, 1991, p. 527.

INFANTE, *I profili civilistici dei fondi speciali per la previdenza e l'assistenza. L'art. 2117 c.c. dopo gli interventi legislativi degli anni novanta*, Napoli, 2002

INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 164

IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985.

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

JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 529 ss.

LAMANDINI, *I patrimoni "destinati" nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, in *Riv. società*, 2003, p. 490 ss.

LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002.

LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994

LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000

LAPORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, 2, Milano, 2003.

G. LAURINI, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, 2, Milano, 2003.

LENER, voce *Vitalizio*, in *Noviss, Dig. it.*, XX, Torino, 1975

LENER, *Forma scritta costitutiva e conclusione del contratto*, in *Foro it.*, 1964, I, 1780.

LENER, “*Expressio causae*” e astrazione processuale in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972.

LENER, *Leasing, collegamento negoziale e azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3085 ss.

LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, I, p. 543 ss

LENZI, *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, I, p. 1379 ss.

LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483 ss.

LIPARI, *La forma del negozio risolutorio di contratto preliminare formale*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1185 ss.

LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966.

LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 474 ss.

LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, I, Leipzig, 1902.

LUMINOSO, *Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 482.

LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984.

LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime impressioni sulla legge 6 marzo 1987 n. 74)*, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, p. 438 ss.

LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano 1995.

LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001.

LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 425 ss.

LUPOI, *I trusts in diritto civile*, in *Vita not.*, 2003, I, p. 605 ss.;

LUPOI, *La legittima funzione "protettiva" dei trusts interni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 236 ss.

LUPOI, *I trusts nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, *I Diritti Reali*, 2.

LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 169.

MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 5 ss.

MACIOCE, voce *Rendita (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI.

MAIMERI, *Il trust nelle operazioni bancarie. La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 329 ss.

MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987 e ora in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992.

MANES, *Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 181 ss

MANES, *Trust a art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 570 ss.

MANZINI, *"Spirito di liberalità" e controllo giudiziario della causa donandi*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 422 ss.

MARIANELLO, *Dai crediti ai flussi di cassa: i cespiti cartolarizzabili nelle operazioni di finanza strutturata*, in *Riv. dir. priv.* 2003, 2004.

G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Tratt. Rescigno*, 19, Tutela dei diritti, I, Torino, 1985.

G. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 753 ss.

V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 76 ss.

MARINI, *Rendita perpetua, rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XIII, t. 5, Torino, 1985.

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975.

MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La famiglia crocevia della tensione tra « pubblico » e « privato »*, Milano, 1979.

MESSINA, *I negozi fiduciari*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948.

MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948.

MESSINEO, *Le servitù, (artt. 1027-1099)*, Milano, 1949

MESSINEO, voce *Contratto innominato*, in *Enc. dir.*, X, p. 98.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1958.

MESSINEO, *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di Cicu e Messineo, I, Milano, 1968.

MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 101.

METITIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, 1164.

MICCIO, *Della rendita vitalizia*, in *dei singoli contratti*, *Comm. cod. civ.*, 1959.

MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1960.

MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1***, Torino, 2004.

MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 3, Torino, 1968.

MIRABELLI, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1974, I, 228 ss.

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet, IV*, Torino, 1980.

MONTEL, *Della rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, II, t. 2, Firenze, 1949.

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

MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

MOSCATI, voce *Obbligazione naturale*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.

MOSCATI, *Vincolo di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 269 ss.

MOSCATI, voce *Vincoli di indisponibilità*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, 1975

MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 13 ss.

NAPPI, *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali)*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, p. 171 ss.

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

NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, 1949

NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova, 1982, p. 160.

NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Un. Di Messina*, 1934.

NICOLO', *Dell'usufrutto*, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, *Libro della proprietà*, Firenze, 1942.

NICOLO', voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, p. 557.

NICOLO', *La trascrizione (appunti dalle lezioni)*, 3° vol., Milano, 1973.

NICOLO', *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958

NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano*, in *Mandato fiducia e trust*, cit.

NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

OBERTO, *I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 159.

OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999.

OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.

OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 473

OPPO, *Sulla "autonomia" delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, I, p. 18 ss.

ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

ORLANDO CASCIO, voce *Enfiteusi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 925.

ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 555 ss.

PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974.

PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 391 ss

PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 133 ss.

PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 704

PEIRANO, *Clausole in tema di contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1995, p. 611 ss.

PERFETTI, *Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1978, 514;

PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1970

PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

PERSEO, *Risoluzione del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1998, 235 ss.

PESCATORE, *La società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003.

PESCATORE-ALBANO-GRECO, *Della proprietà*, *Comm. Utet*.

PETRAGLIA, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti: brevi riflessioni*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1071 ss.

PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 166

PIERI, *Sulla valutazione dell'alea nel contratto di vitalizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 416 ss.

PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 159

PINO, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 353.

PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950

PONZANELLI, *I fondi di pensione nell'esperienza nordamericana e in quella italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 109.

PONZANELLI, *Forma giuridica e controlli in tema di fondi pensione: la soluzione americana e il diritto italiano*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 1994

PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913.

PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Fallimento*, 1173 ss

PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, *Introduzione allo studio del diritto*, I, *Ordinamento giuridico, soggetto e oggetto del diritto*, Milano, 1943

PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Milano, 1951.

PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Diritto civile*, Milano, 1951.

PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, Milano, 1957; *la trascrizione immobiliare*, vol. 2, Messina, 1945.

- PUGLIATTI, *Acquisto del diritto (Teoria Generale)*, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 508 ss.
- PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, p. 1.
- PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.
- PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.
- PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, vol. IV, Torino, 1956.
- PUGLIESE, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, p. 775.
- R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004
- R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impresa*, 6, 2006, in corso di pubblicazione.
- R. QUADRI, *La circolazione dei beni del "patrimonio separato"*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 2006, II, p. 10 ss.
- RAGAZZINI, *La forma del negozio risolutorio del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1992, p. 841 ss.
- RAGUSA MAGGIORE, *La revocatoria fallimentare nella legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Vita not.*, 1999, I, p. 1167 ss.
- RASCIO, *Destinazione di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971
- RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967.
- RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966.
- RAVAZZONI, *La forma dei contratti risolutori del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1992, p. 855 ss.
- REDENTI, *Dei contratti di alienazione a titolo oneroso*, Padova, 1935.
- RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950.
- RESCIGNO, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del I Convegno di Venezia*, Padova, 1967, p. 52 ss.
- RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, IV ed., Napoli 1993.

RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988

RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 453 ss.

ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi di previdenza (art. 2117 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, p. 858

ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967.

ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977.

RORDORF, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio*, in *Società*, 2000, p. 1163 ss.

RUCELLAI, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 411 ss.

RUCELLAI, *La cartolarizzazione in Italia a due anni dall'entrata in vigore della L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 392 ss.

RUMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905.

RUMI, *Securitation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 438.

SACCHI, *Trust e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 530 ss.

SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pag. 786.

SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975

SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, X, 1982.

SALA, *Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1054.

SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001.

SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982.

SALVATORE, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 644 ss.

SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 809 ss.

P. SANDULLI, voce *Previdenza complementare*, in *Dig. disc. Priv. sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 243 ss

SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1985

R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2005

F. SANTONI, voce *Fondi speciali di previdenza*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989,

SANTORO-PASSARELLI, *Altezza e distanze tra edifici privati*, in *Serv. pred. e cond.*, 1942, I, p. 146 ss.

SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia. Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961.

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975.

SCALFI, *Alea*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 253

SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.

SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 265 ss.

SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, in *Dir. e prat. delle società*, 2003, 3, p. 6

SCHLESINGER, *Una "novella" per il Trust*, in *Notariato*, 2001, p. 337

SCHLESINGER, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.,

V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1950.

SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 531 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI, *Brevi note sulla l. 30 aprile 1999, n. 130, recante "Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 489 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto, art. 1321–1352*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1970

SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972.

SICLARI, *Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive: il trust “statico”*, in *Vita not.*, 2002, II, p. 727

SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 837 ss.

SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, Relazione a *Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645 ter c.c.- giornata di studio* organizzata dal consiglio Notarile di Milano il 19 giugno 2006.

SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 436 ss.

SQUILLACE, *Cartolarizzazione dei crediti e sollecitazione all’investimento*.

STELLA RICHTER, *Somministrazione di servizi ed assistenza in corrispettivo della cessione di immobili*, in *Notariato*, 1996, 121 ss.

STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947.

STOLFI, *In tema di mandato senza rappresentanza a concludere negozi solenni*, in *Foro it.*, 1952, I, col. 1361.

STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980.

TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1973, II, 287 ss.

TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.

TAMBURRINO, *Alimenti*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

TASSINARI, *Patrimoni privati e destinazioni a tutela della famiglia*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, 2, Milano, 2003.

TERRANOVA, *Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all’azione di risoluzione*, in *Foro it.*, 1976, I, 2282.

TORRENTE, *Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento*, in *Giust. Civ.*, 1958, I, p. 606.

TORRENTE, *Della rendita perpetua. Della rendita vitalizia*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, *sub artt.* 1861-1881, Bologna-Roma, 1966.

TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 1997.

TRABUCCHI, *La difesa possessoria per il rispetto dei limiti legali di buon vicinato*, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, c. 59.

TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 125 ss.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005.

TRIDICO, *Rendita*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da De Martino, Novara, 1976.

TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003

TROJANI, *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, in *Vita not.*, 1992, p. 1437.

VAILATI, *Aspetti giuridici del leasing finanziario*, in *Riv. not.*, 1973, I, 211 ss.

VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003

VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1961.

VENCHIARUITI, *La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 46.

VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Opere giuridiche (Studi sulle obbligazioni)*, vol. I, p. II, Roma, 1919, p. 117.

VENTURA, *La cartolarizzazione nell'ordinamento giuridico italiano: un primo commento alla L. 30 aprile 1999, n. 130*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1993 ss.

VISALLI, *Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario*, Milano, 1974.

VOLPE PUTZOLU, *I fondi pensione aperti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 320 ss.

ZAMPINI, La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi, Padova, 2004.

ZATTI, I diritti e doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, in Tratt. Rescigno, Persona e famiglia III, Torino, 1982.

ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545

ZOPPINI, *Le fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

CONFIGURABILITA' DEL CONTRATTO ATIPICO NEL DIRITTO PRIVATO VIGENTE

1. Atipicità del contratto: nozione e limiti.....	1
2. La causa e il tipo contrattuale.....	7
3. Rilevanza dei motivi nel contratto.....	14
4. Meritevolezza di tutela.....	18
5. Profili di disciplina del contratto atipico.....	25

CAPITOLO SECONDO

I CONTRATTI TRASLATIVI E COSTITUTIVI DI DIRITTI REALI

1. Caratteri identificativi dei diritti reali.....	30
2. Il principio del consenso traslativo.....	36
3. La forma dei negozi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari.....	38
4. Il sistema della pubblicità immobiliare.....	46
5. Tipicità dei diritti reali e problematica atipicità dei negozi traslativi e costitutivi degli stessi.....	53

CAPITOLO TERZO

CONTRATTI ATIPICI TRASLATIVI E/O COSTITUTIVI DI DIRITTI REALI IMMOBILIARI

1. Ammissibilità delle fattispecie.....	61
2. Ipotesi negoziali traslative e/o costitutive di diritti reali elaborate dalla prassi: trasferimenti immobiliari <i>solvendi causa</i> (in adempimento di contratto preliminare; mandato senza rappresentanza ad acquistare od	

alienare; negozio fiduciario, trasferimenti in esecuzione di obblighi morali)	68
2.1 <i>Leasing</i> traslativo.....	84
2.2 Trasferimenti a causa di separazione e di divorzio.....	97
2.3 I cc.dd. contratti di mantenimento.....	118

CAPITOLO QUARTO
NEGOZI DI DESTINAZIONE

1. “Patrimoni di destinazione”, “patrimoni autonomi” e “patrimoni separati”.....	136
2. Negozi di destinazione.....	145
3. Il <i>trust</i> e la legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell’Aja del primo luglio 1985.....	151
4. L’articolo 2645- <i>ter</i> c.c. e gli atti di destinazione atipici.....	168