

ABSTRACT

And ' well-known, to use the expression employed by an authoritative doctrine that "the private acts much more than regulate" and face it, what's more, without worry of classification dogmatic for their actions. Starting from this basic premise, imbued with significant implications on the dogmatic, this description is intended to offer some thoughts on the role of private autonomy in the execution phase of the contract.

In this light polarizing means, in particular, on the concept of private autonomy procedural that interacts with the well-known phenomenon so-called "Liberalizing effect" in our legal system.

Following this line, you will use a different methodological approach to clarify some controversial issues relating to the nature and the character of the place of performance in compliance with art. 1197 c.c.

In particular, moving from a flexible and relativistic dogmatic reconstruction of the notion of enforcement activity in private law and the relationship between the conceptual categories of effect, efficacy (when the second one adopts a different concept and a different content than the first), and execution, will face, including a survey of the major doctrinal and jurisprudential addresses three problem areas that interact with each other.

The first is structural in nature, relates to the note interpretative controversy about the nature of the contract or consensual real performance instead of performance. The second of functional matrix, is inherent in the nature of act capable to satisfy the creditor's interest or not the execution of the service.

Finally, it is considered, on the floor effectual qualifications in key extinctive, or, alternatively, the amending of the case.

To these questions we intend to answer here using the landing construction reached by the modern doctrine in the analysis of the processes of bargaining, moving, in particular, from the conceptual category of the so-called configurative effect.

Will face, and then, at a later time, the reflections practical application of the landing constructive achieved. The historical evolution of the institution actually showed a progressively increasing vitality in practical operation. So much is clear not only from the recognition of certain offenses traditionally recurring repertoires in case law, such as, for example, in the *datio solutum* of bank checks and drafts, the bankruptcy petition in the place of performance of the service as a means of payment abnormal, agreements on crisis marital called translational in fulfillment of the obligation to maintain in a single solution, and, finally, the so-called *datio in solutum* testamentary on which, for the sake of brevity, we do not linger here.

It should be pointed out that in fact the issues underlying the institution denote also considerable importance in the understanding of a situation recently introduced by the regional planning legislation in the wake of the information provided by the Community case-law formed the subject of expropriation.

It is, more precisely, of the so-called sale agreement in solutum of real estate and development rights to the owner of land expropriated in a pecuniary compensation, on which we will focus extensively in the last part of this work.

Indice

Introduzione	5
---------------------	---

CAPITOLO I

Esecuzione ed attività esecutiva nel diritto privato.

1. Il valore concettuale dell'esecuzione nelle discipline giuridiche.	7
2. Rilevanza dell'attività esecutiva nel diritto privato.	16
3. Attività esecutiva e buona fede contrattuale.	21
4. La controversa «derivatività» dell'esecuzione dall'effetto giuridico tra modificazione estinzione e procedimentalità.	28
5. <i>Segue.</i> Un' ulteriore conferma della derivatività dell'esecuzione dall'effetto: l'efficacia giuridica come presupposto e misura dell'esecuzione.	37
6. <i>Segue.</i> L'autonomia dei privati tra procedimento e rilevanza configurativa.	43
7. Interferenze tra programmazione ed esecuzione nel prisma dell'autonomia privata procedimentale.	51
8. Programmazione ed esecuzione nei contratti ad efficacia obbligatoria.	57
8.1. <i>Segue.</i> Programmazione ed esecuzione nei contratti ad efficacia traslativa.	64

CAPITOLO II

La prestazione in luogo di adempimento: principali nodi strutturali, funzionali ed effettuali.

1. Radici storiche ed evoluzione. Cenni.	75
2. Profili strutturali. La <i>vexata quaestio</i> sulla natura reale ovvero consensuale dell'istituto.	78
3. Prestazione in luogo di adempimento ed estinzione del rapporto obbligatorio: la tesi della rinuncia onerosa.	84
4. L'effetto estintivo quale conseguenza mediata del negozio. <i>Datio in solutum</i> e novazione. Cenni.	91

5. La tesi della modificazione oggettiva del rapporto.	95
5.1. <i>Segue</i> . Il c.d. <i>pactum de in solutum dando</i> ed il suo rapporto con la obbligazione con facoltà alternativa.	100
6. La tesi del negozio solutorio.	104

CAPITOLO III

***Datio in solutum* ed autonomia privata procedimentale.**

Proposta di una ricostruzione alternativa dell'istituto.

1. Interferenze tra programmazione ed esecuzione nella <i>datio in solutum</i> sullo sfondo della teoria generale del diritto.	111
2. <i>Segue</i> . Prime conseguenze sul piano strutturale: natura contrattuale dell'istituto.	115
3. <i>Segue</i> . Ulteriori conseguenze sul piano strutturale: negozio configurativo nelle maglie del procedimento solutorio.	118
4. Profili funzionali ed effettuali: negozio solutorio estintivo.	126
5. <i>Segue</i> . Conseguenze sul piano effettuale e coerenza della soluzione proposta con la disciplina di cui all'art. 1197 comma 2 c.c.	129
6. <i>Segue</i> . Conseguenze della soluzione proposta: responsabilità precontrattuale nell'ipotesi di omesso perfezionamento del regolamento solutorio.	131

CAPITOLO IV

La recente applicazione della *datio in solutum* in ambito urbanistico.

1. Rinnovata vitalità dell'istituto e perequazione urbanistica.	140
2. La cessione sostitutiva di esproprio tra provvedimento amministrativo e contratto antecedentemente all'art. 11, l. 241/90	143
3. <i>Segue</i> . L'art 11, l. 241/90 e la cessione sostitutiva di esproprio: nuovi spunti ricostruttivi?	148

4. <i>Segue</i> .Nuovi spunti costruttivi successivamente alla introduzione delle 1. 241/90 <i>reductio ad unum</i> dell'istituto?	152
5. La cessione di diritti edificatori <i>in solutum</i> e l'autonomia privata <i>in executivis</i> .	159
6. <i>Segue</i> .Un punto fermo: l'applicazione della disciplina civilistica alla cessione di diritti edificatori <i>in solutum</i> .	161
7. La <i>Datio in solutum</i> del terzo e la cessione di diritti edificatori.	166
8. Considerazioni finali sulla struttura della cessione <i>in solutum</i> : dalla <i>datio in solutum</i> di terzo alla <i>datio in solutum</i> con adempimento del terzo.	170
Bibliografia	172

Introduzione

E' noto, per usare l'espressione adoperata da un'autorevole dottrina, che "*il privato agisce molto più di quanto non regoli*"¹ e lo faccia, per di più, senza preoccuparsi dell'inquadramento dogmatico delle proprie azioni.

Muovendo da tale premessa di fondo, intrisa di significative implicazioni sul piano dogmatico, la presente trattazione intende offrire alcuni spunti di riflessione sul ruolo dell'autonomia privata nella fase di esecuzione del contratto.

In tale ottica si intende polarizzare l'attenzione, in particolare, sul concetto di autonomia privata procedimentale che interagisce con il noto fenomeno c.d. "*di liberalizzazione dell'effetto*" nel nostro ordinamento.

Seguendo tale impostazione, si intende utilizzare un diverso approccio metodologico per chiarire alcuni controversi temi afferenti alla natura ed ai caratteri della prestazione in luogo di adempimento di cui all'art. 1197 c.c.

In particolare, muovendo da una duttile e relativistica ricostruzione dogmatica della nozione di attività esecutiva nel diritto privato e dalla relazione tra le categorie concettuali di effetto, efficacia (quando della seconda si adotti una differente nozione e un diverso contenuto rispetto al primo), ed esecuzione, si affronteranno, anche attraverso una ricognizione dei principali indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, tre aspetti problematici che interagiscono tra loro.

Il primo, di carattere strutturale, attiene alla nota *querelle* interpretativa sulla natura di contratto reale ovvero consensuale della prestazione in luogo di adempimento. Il secondo di matrice funzionale, è inerente al carattere satisfattorio o meno dell'esecuzione della prestazione.

Infine viene in considerazione, sul piano effettuale, la qualificazione in chiave estintiva, ovvero, in alternativa, modificativa della fattispecie.

A tali interrogativi si intende dare una risposta in questa sede utilizzando gli approdi costruttivi cui è pervenuta la moderna dottrina nell'analisi dei procedimenti di contrattazione, muovendo, in particolare, dalla categoria concettuale del c.d. *effetto configurativo*.

Si affronteranno, quindi, in un secondo momento, i riflessi pratico applicativi degli approdi costruttivi raggiunti.

L'evoluzione storica dell'istituto ha infatti evidenziato progressivamente una crescente vitalità sul piano pratico operativo.

Tanto si evince non soltanto dalla ricognizione di alcune fattispecie tradizionalmente ricorrenti nei repertori giurisprudenziali, quali, ad esempio, la *datio in solutum* di assegni bancari e circolari, la revocatoria fallimentare della prestazione in luogo di adempimento quale mezzo anomalo di pagamento, gli accordi sulla crisi coniugale c.d. traslativi in adempimento in un'unica soluzione dell'obbligo di mantenimento, ed, infine, la c.d. *datio in solutum* testamentaria sui quali, per ragioni di brevità, non ci si soffermerà in questa sede.

Giova infatti evidenziare che le problematiche sottese all'istituto denotano, altresì, notevole rilievo nella comprensione di una fattispecie recentemente

¹ L'espressione è di S. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958, p. 9, il quale coglie il fenomeno di interferenza tra l'attività amministrativa, *id est* esecutiva e quella di regolazione nel diritto privato.

introdotta dalla legislazione urbanistica regionale, nel solco delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria formatasi in tema di espropriazione.

Si tratta, più precisamente, del c.d. accordo di cessione *in solutum* di beni immobili e diritti edificatori al proprietario di un fondo espropriando in luogo dell'indennizzo pecuniario, sul quale ci si soffermerà diffusamente nell'ultima parte del presente lavoro.

Capitolo I

Esecuzione ed attività esecutiva nel diritto privato

1. Il valore concettuale dell'esecuzione nelle discipline giuridiche.

Nel preliminare approccio alla presente trattazione, pare utile, seguendo l'impostazione metodologica di autorevole dottrina², muovere in un primo momento da una visuale retrospettiva, analizzando il valore semantico ed empirico che l'accezione *esecuzione* assume *prima facie* nel lessico comune, per poi giungere, in un secondo momento, in chiave prospettica, all'analisi del valore tecnico - concettuale che l'espressione riveste nelle discipline giuridiche.

Quanto al primo profilo di indagine, l'accezione *esecuzione*, esaminata nel suo tenore semantico, appare, ad un primo sguardo sommario, come si evince dalla sua stessa etimologia (*ex equor*), di palmare evidenza.

Il termine in questione ed i suoi derivati (si ponga mente, ad esempio, alla nozione di esecutorietà) vengono, infatti, comunemente adoperati in un'accezione descrittiva, che si atteggia sostanzialmente a sinonimo di realizzazione e, quindi, richiama l'attuazione di un *quid* concepito in astratto. In tale ottica riproduce il tradizionale binomio attività teoretica - attività pratica e con esso le note categorie concettuali di «*dover essere ed essere*», «*pensiero ed azione*», «*faciendum e facere*», adoperate per designare una successione logico-cronologica che ha quale protagonista qualcosa di concreto che segue ad un piano o disegno predisposto in astratto³.

L'area concettuale della nozione in questione che, come si è opportunamente osservato, già in questa prima lata accezione è permeata da un certo grado di «*vischiosità*»⁴, assume, come si osserverà tra breve, tinte ancor più sfumate allorquando ci si sposta nel secondo campo di indagine, quello giuridico, privilegiando, quindi, un angolo visuale di carattere tecnico⁵.

Invero, come osservato da autorevole dottrina⁶, l'accezione *esecuzione* viene adoperata nelle discipline giuridiche in contesti variegati⁷, in guisa che non è certamente agevole rinvenire un collante comune che porti alla elaborazione di una formula definitoria unitaria ed innovativa che si affranchi dalla tradizionale nozione di realizzazione. Si ponga mente, a titolo esemplificativo, ai ricorrenti concetti di «*esecuzione amministrativa*», «*esecuzione delle condanne penali*»,

² Sul punto, A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 1 ss.

³ In tal senso, F. MAZZARELLA, (voce) *Esecuzione forzata (dir. Vig.)* in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, p. 449 ss., A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 3 ss.

⁴ In tal senso, F. MAZZARELLA, *op.cit.* p. 449, il quale evidenzia che la *summa divisio* tra attività teoretica ed attività pratica sia utile, più che altro, a scandire i passaggi dell'azione dalla fase in cui si presenta come *faciendum* alla fase in cui si traduce in un *facere*. Ciò nondimeno, prosegue l'Autore, la realtà dell'azione non è rinvenibile nel *faciendum* o nel *facere* ma in ambedue i momenti assieme di talchè la parola *esecuzione* in tale ottica non fa altro che rendere evidente la indissociabilità dei due termini di riferimento.

⁵ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 3.

⁶ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p.4.

⁷ Per un richiamo delle più note voci enciclopediche redatte sulla questione si veda A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 1 ss.

«esecuzione delle sentenze civili e penali», «esecuzione forzata», «esecuzione in forma specifica», «esecuzione dell'obbligazione», per citare soltanto alcune ipotesi nelle quali, senza ombra di dubbio, il valore giuridico della nozione non è omogeneo.⁸

In particolare, la portata del problema si coglie nell'analisi delle elaborazioni concettuali di attività esecutiva formulate nel campo del processo esecutivo civile da un autorevole indirizzo⁹ che ha fatto coincidere la nozione di esecuzione su un piano funzionale, non senza circolarità, con la realizzazione del diritto, ed in particolare, del diritto di credito. Sono così rimaste al di fuori dalla nozione di esecuzione forzata tutte quelle fattispecie in cui l'istituto prescinde dalla esistenza «a monte» di un diritto soggettivo di cui costituisca la proiezione dinamica¹⁰.

Donde non può tacersi un'obiettiva difficoltà della dottrina non soltanto nella elaborazione di una formula concettuale omnicomprensiva di esecuzione che travalichi i singoli sottosistemi normativi, ma altresì nello studio del fenomeno circoscritto alla dimensione di ciascun sottosistema normativo.

Anche nei settori più ristretti, infatti, si evidenzia la medesima difficoltà di delimitazione concettuale, evidentemente in tal caso legata anche alle specificità che connotano la *ratio* e gli effetti delle norme che ne fanno parte¹¹.

⁸ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 2, il quale evidenzia che risale al filosofo Aristotele un primo tentativo di ripartizione delle funzioni statali, assiso in chiave soggettiva sulla ripartizione delle funzioni tra organi. Successivamente *Montesquieu* elaborò la nota teoria della separazione dei poteri, che, rispetto al passato, non si limitava ad istituire una oggettiva differenziazione delle funzioni, ma ne operava altresì la ripartizione tra soggetti distinti, richiamando così il concetto di potere. In particolare, la distinzione tra potere legislativo ed esecutivo era altresì presente nel pensiero di *Rousseau*, che li concepiva in chiave teoretica quali cause concorrenti determinative dell'agire umano. La prima, di carattere morale, ravvisabile nella volontà che determina l'atto, la seconda, invece, fisica, che esegue tale volontà.

⁹ In tal senso, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, che muove dalla premessa concettuale di una nozione del processo quale mezzo di attuazione del diritto sostanziale. In tale ottica il processo esecutivo chiude il ciclo che è iniziato con l'accertamento del diritto controverso, con ciò atteggiandosi a meccanismo diretto al soddisfacimento dell'interesse del creditore, e, quindi, a fatto estintivo del rapporto obbligatorio diverso dall'adempimento. Sul punto, DI MAJO, *op.cit.*, p. 12.

¹⁰ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 15, il quale precisa come con tali considerazioni non si vuole assolutamente sminuire la portata e la rilevanza di tale indirizzo dottrinale.

¹¹ In tal senso, G. SACCHI MORSIANI, (voce) *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1995, p. 1, il quale pone in luce come un discorso di sintesi sul tema dell'esecuzione amministrativa può configurarsi unicamente se orientato verso gli aspetti di teoria generale ed a questi circoscritto. Al di là di alcune esemplificazioni utili sul piano concettuale si deve infatti per il resto fare rinvio ad una gamma numerosa di voci settoriali, diverse per la descrizione e l'approfondimento dei problemi particolari afferenti ai settori specifici. Si veda anche S. LA CHINA, (voce) *Esecuzione forzata (profili generali)*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1993, il quale evidenzia che l'espressione esecuzione forzata, che ha assunto tradizionalmente in ambito processuale un significato tecnico procedurale, manifestazione di una precisa caratterizzazione ontologica e funzionale rispetto al processo di cognizione, assume in verità un limitato valore unificante. Mentre, infatti, nel processo di cognizione vi è un paradigma procedurale di base dal quale si discostano più o meno estesamente i procedimenti speciali, ciò non avviene nel processo

Preso atto delle difficoltà afferenti alla elaborazione di una formula definitoria unitaria, a meno di non voler ripiegare ancora una volta sul concetto di realizzazione, pare dunque preferibile affrontare la questione traendo spunto dalle riflessioni elaborate dalla c.d. *dottrina dello Stato* nel cui contesto, come è noto, è stata forgiata una prima nozione tecnico giuridica di esecuzione, sullo sfondo del noto principio di separazione dei poteri pubblici¹².

A differenza di altri profili di indagine¹³, infatti, lo studio dell'esecuzione e dell'attività esecutiva ha storicamente trovato in ambito pubblicistico, laddove la

di esecuzione, ove non esiste uno schema di base dell'esecuzione forzata. Né tantomeno una forza aggregante deve riconoscersi alle disposizioni generali del libro primo, che consentono unicamente di inquadrare tale attività come processo, ma non consentono di coglierne le specificità. Sul punto si veda anche S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, che elabora una nozione di esecuzione colorata di soggettività, nel senso di conformazione di un soggetto ovvero di un organo alla volontà di un altro soggetto od organo; A. PRESUTTI, (voce) *L' Esecuzione penale*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1996, il quale evidenzia come l'evoluzione normativa del diritto processuale penale è contrassegnata da un superamento della tradizionale concezione dell'esecuzione penale quale mera esecuzione della condanna. Invero la suddivisione del Libro X del c.p.p. in cinque titoli dedicati a «giudicato», «esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali», «attribuzioni degli organi giurisdizionali», «casellario giudiziale» ed, infine, «spese» ha dilatato l'area concettuale dell'esecuzione penale. In particolare l'attribuzione al magistrato di sorveglianza ex art. 671 c. p. p. del potere di introdurre nella fase esecutiva modifiche al giudicato, risponde allo scopo di costante adeguamento del *quantum* e delle modalità esecutive della pena alle finalità rieducative di cui all'art. 27 Cost. In definitiva, quindi, l'esecuzione penale assume contorni sfumati non essendo più circoscritta unicamente alla esecuzione della condanna, ma divenendo complementare alla stessa sentenza di condanna in un'ottica di individualizzazione degli strumenti sanzionatori.

¹² Sul punto, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969; sull'opportunità di muovere dal richiamo di nozioni concernenti gli atti e le funzioni del potere esecutivo al fine di stabilire un punto di partenza per una costruzione privatistica, si veda S. ROMANO, *op.cit.*, p. 12, il quale precisa che la nozione di autonomia pubblica non trova normalmente alcun riscontro nella nozione comunemente intesa di autonomia privata, quale potere di compiere atti costitutivi di rapporti giuridici con esclusione di ogni carattere normativo.

¹³ In altri campi di indagine è stata la dottrina pubblicistica a trasfondere nel proprio ambito i concetti privatistici, quali, ad esempio, le nozioni di negozio giuridico e di atto in senso stretto, sulla base della premessa concettuale della esistenza di schemi logici comuni ad ogni manifestazione di volontà. Tale dato comune è stato utilizzato per la elaborazione della costruzione dogmatica di atto amministrativo, che, come è noto, è stato frequentemente riavvicinato alla nozione di negozio giuridico. Più precisamente, l'atto amministrativo viene inteso in tale ottica quale manifestazione di volontà per un verso promanante da un soggetto attivo nell'esercizio della potestà amministrativa, e, per altro verso, riferita di diritto allo Stato. Ciò sulla scorta di due elementi essenziali del processo di riferimento in questione. L'uno, di carattere soggettivo, si identifica con la regolare preposizione dell'agente in un determinato ufficio, l'altro, invece, di carattere oggettivo, si rinviene nella direzione della volontà verso la cura dell'interesse pubblico. Ad ogni buon conto la nozione di atto amministrativo resta incerta, nel senso che le trattazioni evidenziano comunemente una frattura con la nozione di autonomia negoziale intesa in una dimensione normativa. Frattura che si presenta particolarmente evidente se si pone mente ai regolamenti amministrativi che sono ad un tempo atti normativi ed amministrativi *id est* esecutivi. In tal senso, S. ROMANO, *op.cit.*, p. 13 ss.

funzione esecutiva si identifica prevalentemente con la funzione amministrativa organizzata in forma procedimentale¹⁴, un terreno fertile per la elaborazione dei fondamenti concettuali e dogmatici necessari per affrontare efficacemente la questione anche in ambito privatistico¹⁵.

Tanto premesso, il dato comune dal quale sembra muovere in prima battuta la dottrina pubblicistica, è costituito, ancora una volta, dalla circostanza che la nozione di esecuzione coincide tendenzialmente con l'attuazione, ovvero con l'applicazione delle norme giuridiche di diritto obiettivo. Con ciò rimanendo sostanzialmente ancorata alla visione retrospettiva di esecuzione richiamata in apertura del presente lavoro.

In particolare, come è stato tradizionalmente osservato dal noto indirizzo c.d. della bipartizione¹⁶, l'attività dello Stato di diritto si esplica in linea di principio in due fasi. In un primo momento, infatti, ha luogo un'attività di produzione delle norme giuridiche che presenta un carattere primario e creativo. In un secondo momento, posto che, ovviamente, la predisposizione di un ordine normativo non può essere fine a se stessa, viene in considerazione l'attività esecutiva. L'attività normativa infatti, prelude ad un'applicazione ai rapporti concreti che possono svolgersi tra privati, tramite l'autonomia negoziale (sulla quale ci si soffermerà *infra* §2 - 9) ovvero per opera dello Stato. Si assiste così al passaggio, in altre parole, da una fase di creazione dell'ordine, ad una fase di attuazione *id est* realizzazione dell'ordine, che trova applicazione ai rapporti giuridici tramite una contestuale attività di qualificazione ed interpretazione della fattispecie concreta¹⁷.

I riflessi di tale impostazione si possono cogliere agevolmente sul piano della funzione giurisdizionale che, come è noto, è uno dei canali di attuazione della norma giuridica ed è governata dai principi regolatori dell'imparzialità e della vincolatività.

Quanto alla vincolatività, si è precisato, in particolare, che tale principio parrebbe agevolmente evincibile sul piano semantico, atteso che l'etimo *iuris dictio* richiama un'attività dichiarativa del diritto in riferimento ad una fattispecie concreta.

La giurisdizione si attegga così ad autentica garanzia di esecuzione del diritto obiettivo, assicurandone l'effettiva realizzazione nella vita sociale in guisa che anche laddove al giudice siano attribuiti poteri discrezionali, questi sono

¹⁴ In tal senso, F. MAZZARELLA, *op.cit.*, p. 450. Si veda anche S. ROMANO, (voce) *Buona fede*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 682, il quale osserva come nel diritto privato sia stata poco esplorata la materia del collegamento degli atti in un procedimento. Tale aspetto parrebbe infatti studiato maggiormente nel settore pubblicistico e sotto punti di vista divergenti. Lo stesso autore osserva in altra sede (*Autonomia Privata (Appunti)* Milano, 1957, p. 101) che la teoria del procedimento ha ricevuto notevole elaborazione nella dottrina pubblicistica in cui le correnti sono molteplici, atteso che nel procedimento ad es. amministrativo il potere dei soggetti si sviluppa in modo ben più complesso che non nell'autonomia privata. Anche nello svolgimento di quest'ultima peraltro si hanno notevoli interferenze con le attività pubblicistiche, sia nel regime formale (registrazioni e trascrizioni) sia nelle procedure di autorizzazione (ad esempio del giudice tutelare).

¹⁵ Del medesimo avviso, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ In tale senso, C. MORTATI, *op.cit.*, p. 149 ss.

¹⁷ In tale senso, C. MORTATI, *op.ult.cit.*

comunque compressi, in linea di principio, entro gli stretti margini dell'attuazione del diritto obiettivo. Ciò allo scopo di eliminare la situazione di incertezza giuridica afferente alla qualificazione di un caso concreto ovvero di mettere in atto le sanzioni previste per l'ipotesi in cui la *voluntas legis* non sia stata osservata¹⁸.

Su altro versante i riflessi dell'impostazione tradizionale adottata nello studio della funzione amministrativa, permeata, come è noto, oltre che dal principio di legalità¹⁹ anche dai principi regolatori dell'imparzialità e dell'efficienza, si traducono nella identificazione della discrezionalità quale elemento discretivo in grado di distinguere il provvedimento amministrativo rispetto all'atto giurisdizionale.

L'atto amministrativo, infatti, non è vincolato dalla legge quanto ai criteri di determinazione del suo contenuto e si differenzia da quest'ultima poiché non è un atto libero nel fine ma uno strumento di tutela dell'interesse generale per il conseguimento delle finalità e degli obiettivi indicati dalle norme giuridiche primarie. In tale ottica si distingue altresì dall'attività libera ed arbitraria.

Dall'analisi sin qui condotta è emersa quindi, in definitiva, una rigida nozione di esecuzione che si caratterizza ancora un volta in negativo, in armonia con il suo valore empirico piuttosto che giuridico, quale attività residuale rispetto all'attività normativa di regolazione.

¹⁸ In tal senso, C. MORTATI, *op.cit.*, pp. 188-189, il quale evidenzia come in quest'ottica l'attività giurisdizionale si espliciti nell'emanazione di sentenze di condanna ovvero di mero accertamento che esercitano una funzione c.d. sostitutiva dell'attività delle parti, nel senso che il giudice dichiara al di sopra ed in luogo di esse, il comportamento che avrebbero dovuto tenere in conformità al sistema normativo. In tale ottica impone loro di seguire il comportamento dovuto ovvero di eseguire prestazioni surrogatorie di quelle dovute in dipendenza del rapporto violato. Seguendo tale impostazione, le sentenze c.d. costitutive, che travalicano tale carattere sostitutivo, presentano, secondo l'A., carattere di anomalia, in guisa da avere indotto taluni a parlare rispetto a tale tipologia di pronunce di un'indole sostanzialmente amministrativa piuttosto che giurisdizionale.

¹⁹ Il principio di legalità, come è noto, postula che, non essendovi nel nostro ordinamento una presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, le norme primarie attributive del potere costituiscano il parametro del sindacato giurisdizionale sulla legalità dell'atto promanante dalla P. A. Secondo C. MORTATI, *op.cit.*, p. 197, l'azione amministrativa si presenta altresì permeata, oltre che dai principi sin qui richiamati, da una certa componente di parzialità, adoperata in una accezione semantica che non pare tuttavia porsi in antitesi con il principio di imparzialità ex. art 97 Cost. Se, infatti, l'azione della P.A. è in linea di principio imparziale nel perseguire la cura dell'interesse generale che le è stato affidato dalle norme giuridiche primarie, l'apprezzamento dell'utilità generale parrebbe colorarsi in un certo qual modo di una componente di parzialità allorché l'interesse generale viene fatto valere nei confronti di soggetti diversi, ed in particolare del cittadino, per il soddisfacimento degli interessi immediati della P.A. ovvero dei singoli rami in cui essa si scompone (si pensi al pagamento di una contravvenzione ad opera del privato ovvero alla risoluzione dei ricorsi gerarchici proposti nei confronti dell'autorità amministrativa sottordinata). In tale ottica l'interesse al cui soddisfacimento tende l'atto amministrativo non coinciderebbe con l'attuazione del diritto obiettivo considerato nel suo complesso, costruendo, quindi, tale aspetto un ulteriore elemento caratterizzante l'atto amministrativo rispetto all'atto di esercizio della funzione giurisdizionale.

A questo punto vale la pena richiamare un noto orientamento giuspositivista denominato *gradualista*²⁰ per la sua duttilità, il quale poggia su una concezione relativistica della distinzione tra regolazione ed applicazione *id est* esecuzione del diritto, consentendo di superare in parte l'eccessivo rigore cui conduce l'impostazione sin qui delineata.

La chiave di volta della teoria in questione è data, infatti, da una concezione formale e dinamica del diritto quale sistema di norme generali connesse fra loro in base al principio cardine secondo cui è il diritto stesso, enucleando regole di procedimento a regolare la propria creazione. Ciò in aperta contrapposizione con l'impostazione giusnaturalista c.d. statica, che, per converso, tende ad obliterare il momento della produzione normativa immaginando che dallo stesso fatto empirico si possa enucleare una regola di condotta tramite un approccio cognitivistico. Il tutto relegando la norma giuridica ad un carattere meramente esplorativo della realtà empirica²¹.

Seguendo tale impostazione metodologica, la teoria in questione opera, per sua stessa ammissione, una sorta di *regressus* secondo cui ogni norma appartiene all'ordinamento soltanto perché è stata creata in conformità ad un'altra norma dell'ordinamento stesso e così a ritroso fino alla Costituzione, la cui creazione è data in ultima analisi dalla *grundnorme*, la norma fondamentale presupposta.

Ne deriva il corollario che, seguendo tale sequenza a ritroso, una norma che regola la creazione di un'altra norma è *applicata nella creazione di questa seconda norma*²² di talché non vi sarebbe quella rigida contrapposizione tra regolazione ed applicazione che connota la concezione tradizionale.

Se si escludono, infatti, i due poli opposti della norma fondamentale e dell'atto esecutivo della sanzione che per loro natura non necessitano rispettivamente di una preventiva regolazione e di una successiva applicazione, la circostanza che la creazione del diritto sia nel contempo un'applicazione del diritto deriva dal fatto che ogni atto creativo del diritto deve venir a sua volta determinato dall'ordinamento giuridico.

La norma superiore può, infatti, determinare sul piano organizzativo l'organo ed il procedimento per la creazione di una norma inferiore, ovvero sul

²⁰ La teoria c.d. gradualista è stata elaborata da H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1945, ed. italiana 1994, p. 134 ss.

²¹ Sul punto, A.P. UGAS, *Fatto e dinamica del diritto*, in Collana diretta da F.D. BUSNELLI- S. PATTI,- V. SCALISI- P. ZATTI, Torino, 2011, p. 232 ed *ivi* per ulteriori citazioni. L'A. osserva oltre p. 245, che alla corrente giusnaturalistica ed alla versione kelseniana del giuspositivismo si contrappone il realismo giuridico. Secondo quest'ultimo anche il giuspositivismo, nella sua versione normativistica, nonostante le premesse antimetafisiche, sarebbe espressione non diversamente dal giusnaturalismo della filosofia idealistica. Per la teoria in questione, infatti, tanto il giuspositivismo che il giusnaturalismo sarebbero inficiati dalla fallacia naturalistica e dall'idea di poter derivare il dover essere dall'essere. In tale ottica, l'unico livello di realtà esistente, osservabile e conoscibile è, dunque, quello naturalistico, oggetto delle scienze empiriche. L'unica scienza giuridica rispetto al diritto può essere, quindi, esclusivamente la sociologia. Ciò nondimeno se il realismo invita da un lato con vigore a considerare la realtà del diritto abbandonando entità puramente immaginarie quali le espressioni diritto di proprietà, di credito e così via, fatica dall'altro ad identificare concretamente la realtà in cui effettivamente consiste il diritto.

²² In tal senso, H. KELSEN, *op.cit.*, p. 135.

piano sostanziale il suo contenuto, ma in ambedue in casi mantiene sempre un *minimum* di componente applicativa *id est* esecutiva. Quest'ultima, quindi, in definitiva, non può mai venire meno, atteso che la norma superiore viene comunque applicata nella creazione della norma inferiore.

I riflessi di questa duttile impostazione si colgono in chiave prospettica nell'analisi della funzione giurisdizionale e di quella amministrativa che, come si è osservato *supra*, sono stati considerati tradizionalmente i due principali veicoli di attuazione *id est* realizzazione del diritto obiettivo tramite l'intervento statale.

Si è infatti evidenziato che, quantunque la decisione giurisdizionale nel risolvere una controversia tra due parti ovvero nel comminare una pena applichi una norma generale di diritto obiettivo, crea nel contempo essa stessa una norma individuale che sta alle norme generali così come la legge formale sta alla Costituzione.

In altre parole, quindi, nel prisma di una concezione gradualista del sistema giuridico, la funzione giurisdizionale si atteggia nel contempo tanto ad attività applicativa quanto creativa di norme. La funzione giurisdizionale e l'attività normativa presentano, infatti, a ben vedere, seguendo tale impostazione, unicamente una differenza di grado, nel senso che l'attività giurisdizionale è determinata dalle norme generali sia quanto al procedimento che quanto al contenuto, laddove per converso la norma generale è determinata dalla Costituzione soltanto quanto al contenuto²³.

Tale ordine di riflessioni pare condensato nell'efficace espressione, adoperata dall'indirizzo in commento, secondo cui la legge generale ed astratta assume la fisionomia di un *semilavorato* quale primo tassello di un procedimento dinamico che trova il suo completamento e finitura nella emanazione della decisione giurisdizionale e nella sua successiva esecuzione.

Ne deriva l'ulteriore corollario che la funzione giurisdizionale non assume un carattere meramente dichiarativo del diritto obiettivo, atteso che non si limita a ricercare il diritto preesistente alla decisione, bensì previo accertamento dei presupposti condizionati contenuti nella norma generale ed astratta, riveste il valore costitutivo di una norma individuale che concretizza la norma generale ed astratta.

Analogo ordine di considerazioni si può svolgere con riferimento alla funzione amministrativa *id est* esecutiva, che non può, seguendo tale elastica impostazione, essere ricostruita in chiave monolitica di mera applicazione del diritto obiettivo. Tale assunto pare, infatti, suffragato dal noto fenomeno per cui le norme di legge primaria attribuiscono all'esecutivo il potere di emanare regolamenti ed ordinanze con i quali vengono precisate le disposizioni contenute in una legge formale. Non può negarsi, invero, che anche tali atti rivestono un evidente valore normativo, concretizzando la norma primaria, e, quindi, sono a loro volta suscettibili di esecuzione²⁴.

La teoria in commento presenta indubbe potenzialità costruttive che possono esplicitarsi anche in ambito privatistico. L'opportunità di una impostazione

²³ In tal senso, H. KELSEN, *op.cit.*, p.137. Peraltro nella nostra Carta Costituzionale sono presenti le principali norme procedurali sulle fonti primarie (cfr. per es. art. 70 e ss. Cost.).

²⁴ Si ponga mente ai moderni regolamenti esecutivi di cui all'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400.

dinamica dell'analisi concettuale delle categorie di atto esecutivo ed atto normativo, che travalichi un rigido formalismo dogmatico, trova, infatti, riscontro nel noto fenomeno di dilatazione concettuale dell'atto normativo²⁵.

In definitiva, quindi, un primo approdo della presente trattazione, parrebbe rinvenibile nella considerazione che, ponendo da un canto la rigida contrapposizione concettuale tra regola ed esecuzione, si può superare la tradizionale concezione statutale del diritto, privilegiando *ex adverso* una ricostruzione dinamica dell'ordinamento.

Non bisogna tuttavia trascurare la rilevante circostanza che nel nostro sistema giuridico nel cui ambito la prospettiva giuspositivista coesiste costantemente con un' "ombra" di giusnaturalismo²⁶, le norme giuridiche regolano direttamente la vita dei consociati.

La dinamicità assunta dalla dottrina pura del diritto deve coniugarsi, infatti, di volta in volta con la caratterizzazione più o meno *a maglie larghe*²⁷ della fattispecie nonché, per quanto attiene specificamente al fenomeno di produzione normativa, con la enunciazione di regole procedurali più o meno stringenti. La presenza di una fattispecie dai contorni elastici e di regole procedurali meno stringenti, come avviene, ad esempio, nel caso emblematico delle c.d. clausole generali, consente, infatti, come si vedrà meglio *infra* allorquando si affronterà il tema della c.d. derivatività dell'esecuzione dall'effetto, di adoperare in una certa misura un approccio esplorativo *id est* cognitivo, tipico della prospettiva statica giusnaturalistica. Quest'ultima come si è già osservato, inferisce, infatti la regola di condotta direttamente dal fatto empirico inteso quale incarnazione di principi autoevidenti²⁸.

Se tutto questo è vero, l'impostazione gradualista dalla quale intendiamo trarre spunto, va dunque contestualizzata sullo sfondo dei moderni ordinamenti giuridici giuspositivisti permeati dalla coesistenza tra staticità e dinamicità del sistema. Ne deriva che l'oggetto ed il soggetto che dimorano nella realtà empirica, per un verso assumono una certa qualificazione giuridica sotto l'angolo visuale degli effetti che la norma ricollega al verificarsi del fatto corrispondente alla fattispecie astratta. Per altro verso, a seconda dei contorni più o meno stringenti assunti dalla fattispecie normativa, quegli stessi soggetti ed oggetti sono a loro volta idonei, in chiave relativistica, ad enucleare sul piano normativo una nuova regola producendo così, a prescindere da una nuova manifestazione di volontà normativa, ulteriori effetti giuridici. Donde riproducono al loro volta la dicotomia normativa fattispecie - effetto.²⁹

In definitiva, quindi, la produzione di norme giuridiche non avviene, unicamente, tramite la emanazione di leggi ordinarie ed in regime di sovranità, ma anche in termini di osmosi con atti esecutivi *rectius* normativi di grado inferiore

²⁵ La spiegazione di quest'ultimo invero, riuscirebbe difficile, rimanendo ancorati ad una concezione esclusivamente statica dell'ordinamento, inteso quale sistema astratto di norme prodotte esclusivamente da certi atti e fatti che presentano i caratteri propri delle leggi statuali.

²⁶ L'espressione è adoperata da A.P. UGAS, *op.cit.*, p. 272.

²⁷ L'espressione è di A.P. UGAS, *op.cit.*, p. 272.

²⁸ In tal senso, A.P. UGAS, *op.cit.*, p. 272.

²⁹ In tal senso, A.P. UGAS, *op.cit.*, p. 273.

quali regolamenti amministrativi ed ordinanze, nonché in regime di autonomia privata tramite negozi giuridici³⁰.

L'impostazione in commento per la sua indubbia elasticità sarà adoperata nel prosieguo della presente trattazione trasfondendola *mutatis mutandis* sul terreno dei rapporti che legano la fase programmatica e quella esecutiva³¹ nel contratto. Il tutto valorizzando il rapporto intercorrente tra la fattispecie normativa e gli effetti giuridici da essa promananti che gli indirizzi giuspositivisti lasciano ai margini del loro sistema³².

³⁰ Sul punto si veda V. CRISAFULLI, (voce) *Atto normativo* in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 238 ss., il quale evidenzia il progressivo fenomeno di dilatazione della nozione concettuale di atto normativo che per sua natura postula unicamente due elementi indefettibili, l'atto e la norma. L'A. osserva che è vero che la novità, quale elemento qualificante la norma giuridica, non può riferirsi alla sola Costituzione, atteso che in tal caso l'intero ordinamento sarebbe costituito da norme esecutive. Ciò nondimeno una nozione di novità elasticamente intesa, quale quella che ravvisa un *quid novi* in qualsiasi statuizione giuridica, porterebbe a rinvenire effetti innovativi in ogni manifestazione dell'esperienza giuridica, quindi, perfino in atti materiali.

³¹ Sul punto, S. ROMANO, *op.cit.* p. 12 ss., il quale per sua stessa ammissione richiama concetti e nozioni afferenti al potere esecutivo nel diritto pubblico in guisa da porre le basi per una costruzione privatistica. Osserva l'A. che se appare opportuno un trapianto di concetti privatistici sul terreno pubblicistico, giusta la presenza di schemi logici comuni ad ogni forma di manifestazione di volontà, ciò nondimeno la dottrina pubblicistica ha approfondito ed utilizzato note distinzioni civilistiche degli atti che offrono elementi utilizzabili per un approfondimento della stessa dottrina privatistica.

³² Non ignoriamo che, come opportunamente osservato in dottrina, la costruzione kelseniana è, in linea di principio, profondamente diversa da quella presupposta dall'operatore del diritto, il quale, per converso, polarizza l'attenzione sulla dicotomia fattispecie/fatto - effetto. In tal senso, A. P. UGAS, *op.cit.*, p. 244, la quale evidenzia che la concezione kelseniana non si rivolge mai direttamente ai cittadini imponendo loro doveri di condotta, ma pone l'accento sulla regolamentazione dell'uso della forza ad opera dell'autorità. In altre parole, nell'attività di produzione ed applicazione delle norme giuridiche, l'autorità avrebbe a che fare unicamente con delle fattispecie, cioè schemi di fatti, con ciò espungendo dal sistema il trinomio fatto- effetto-situazioni giuridiche soggettive. Anche la teoria kelseniana, tuttavia, non può fare a meno del collegamento tra il fatto ed i suoi effetti giuridici. Se infatti l'atto umano di creazione della norma comporta anche il dispiegamento del *quid novi* che essa rappresenta, delle due l'una. O l'atto di volontà, atomisticamente considerato, può dispiegare l'effetto giuridico dell'appartenenza della norma all'ordinamento per il solo dato della corrispondenza tra il modo di produzione e quello previsto dall'ordinamento, oppure si rinvia ad un organo apposito che attesti tale corrispondenza, ma in tal caso si rischia di spostare soltanto il problema che si riproporrebbe anche per l'atto di attestazione, determinandosi una sorta di *regressus* all'infinito. Si deve dunque ammettere che è il fatto in sé, unitamente alla sua conformità alla fattispecie normativa di produzione contemplata da una norma, a determinare l'effetto. E' dunque necessario stabilire un collegamento tra fatto ed effetto giuridico anche nel sistema giuspositivistico kelseniano.

2. Rilevanza dell'attività esecutiva nel diritto privato.

Si è sin qui analizzato il rapporto tra attività normativa ed esecutiva, dando, ovviamente, per scontato il postulato che sia configurabile sullo sfondo una categoria concettuale di *attività* permeata da autonomia strutturale e funzionale. Ciò in ragione del fatto che nel diritto pubblico l'azione svolta dal potere esecutivo si presta pacificamente ad essere risolta nel *genus* costituito dalla attività procedimentale, ed apprezzata in termini di *funzione*, in guisa che la sua rilevanza giuridica si fonda sulla congruità dei mezzi prescelti rispetto alla finalità perseguita³³.

Logico corollario di tale impostazione di fondo è che, per citare un esempio pertinente al presente lavoro, la funzione amministrativa, tradizionale binario attraverso il quale si esplica in ambito statale il potere esecutivo, essendo permeata dal principio di legalità, si articola in una sequenza procedimentale di atti e fatti tipici la cui esecuzione è demandata a soggetti od organi distinti.

Per converso non è altrettanto scontata, nel diritto privato, la possibilità di rinvenire una autonoma categoria concettuale di attività, e segnatamente, per quanto a noi interessa in questa sede, di attività esecutiva, riferita ad un insieme di atti teleologicamente coordinati, che travalichi un valore meramente classificatorio.³⁴

E', dunque, necessario, prima di affrontare la distinzione tra attività programmatica ed esecutiva, analizzare brevemente i possibili esiti costruttivi della riflessione sulla questione.

Un punto fermo dal quale muovere nell'approccio al tema, è che, come posto in luce da un'autorevole opinione³⁵, il problema di fondo con il quale si deve confrontare l'interprete è che il diritto privato si attegga *prima facie*, per sua stessa estrazione, a «*normativa dei singoli atti o comportamenti*» che le norme di legge si fanno carico di regolamentare sul piano effettuale.

Donde in ambito privatistico raramente viene in considerazione una nozione di *attività* normativamente intesa, poiché i singoli momenti in cui si articola la azione del privato in talune occasioni lasciano il legislatore del tutto indifferente. In altre occasioni, invece, vengono apprezzati atomisticamente, polarizzando l'attenzione su un singolo risultato temporalmente circoscritto e tralasciando nel contempo le modalità procedimentali seguite per pervenirvi.³⁶

La rilevanza normativa del coordinamento funzionale tra i singoli atti, e, segnatamente, degli atti esecutivi, è stata affrontata in un primo momento da un

³³ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p.32.

³⁴ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*,p.36, il quale osserva che per dimostrare il rilievo della nozione di attività esecutiva nel diritto privato, si dovrebbe dar prova che l'identificazione dell'insieme degli atti non riveste un valore meramente terminologico di (mera) sintesi verbale, ma un preciso valore normativo, in guisa che l'insieme degli atti diventi l'oggetto di un'autonoma normativa che travalica i singoli atti. Più precisamente, tutti gli atti debbono essere legati da un nesso teleologico che non è la mera somma aritmetica dei risultati perseguiti dai singoli atti.

³⁵ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 35.

³⁶ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 35, il quale osserva che il legislatore tiene tale ultimo contegno proprio nel considerare la attività esecutiva.

indirizzo dottrinale³⁷ che ha articolato l'esame del fenomeno su un duplice angolo visuale, l'uno soggettivo, l'altro invece, oggettivo.

Su un piano soggettivo, infatti, si è evidenziato che il nostro ordinamento parrebbe assumere un diverso atteggiamento a seconda che l'attività privatistica promani da una persona fisica ovvero da una persona giuridica.

Invero non vi sarebbe ragione di imprimere un'autonoma rilevanza normativa all'attività posta in essere dalla persona fisica, tenuto conto che ciascuno individuo durante la sua esistenza è mosso da una pluralità di scopi eterogenei. Diverso è, invece, il discorso allorquando ci troviamo dinanzi ad una persona giuridica, laddove il legislatore, per converso unifica normativamente gli atti collegati proprio in virtù della loro provenienza soggettiva. Tale ultimo assunto troverebbe del resto conferma nella nota osmosi intercorrente tra persona giuridica ed attività, atteso che il legislatore crea la persona giuridica allorquando intende favorire la realizzazione di una determinata attività ovvero il perseguimento di uno scopo considerato meritevole di tutela.

Sul versante oggettivo l'indirizzo in commento ha infine fondato la rilevanza giuridica nel nostro ordinamento della nozione di attività, e quindi, di attività esecutiva, sul binomio *attività quale atto dovuto* ed *attività quale fattispecie produttiva di effetti*.

Quanto al primo profilo, afferente all'attività intesa quale atto dovuto, si è posta in luce la circostanza che quest'ultimo si qualifica in termini di attività allorquando si manifesta in una serie di comportamenti idonei a soddisfare l'interesse del creditore. A tale riguardo si è portata ad esempio l'attività compiuta dal prestatore di lavoro subordinato, oggetto di una fitta congerie di norme aventi ad oggetto una pluralità di aspetti concernenti l'attività esecutiva della prestazione globalmente intesa. Si ponga mente, in particolare, alla durata massima della giornata lavorativa, al riposo settimanale, alle ferie retribuite, nonché alle norme che addossano sull'imprenditore alcuni episodi di impossibilità sopravvenuta della prestazione (infortuni, gravidanza, puerperio etc.)

Quanto invece al secondo profilo di indagine, afferente all'attività considerata quale fattispecie produttiva di effetti, vengono in considerazione primariamente le attività economiche di produzione e scambio di beni o servizi, suscettibili di valutazione patrimoniale, laddove la rilevanza normativa della attività è, a seconda dei casi, graduata dal legislatore in un'accezione dal valore più o meno pregnante.

In talune occasioni, infatti, il legislatore si limita ad adoperare una nozione soggettiva di attività privatistica che assume un valore puramente descrittivo, nel senso che la sua rilevanza normativa si riduce all'applicazione di una disciplina

³⁷ In tal senso, G. AULETTA, (voce) *Attività (dir.priv.)* in *Enc. dir.*, IV, 1958, p. 981 ss., il quale muove dall'analisi del dato normativo dal quale si ricava che, in linea di principio, il nostro codice civile assume la nozione di attività in due accezioni radicalmente diverse. In alcune occasioni, infatti, si riferisce ad un complesso di diritti patrimoniali ovvero alla parte attiva del patrimonio (artt. 499; 500; 508; 1977; 1980, comma 3; 2217; 2424; 2540 comma 1 c.c.). Altre volte, invece, assume il diverso significato di insieme di atti coordinati su piano funzionale dalla unicità dello scopo. (artt. 12; 15; 26; 862 comma 4; 1140 comma 1; 1753; 2062; 2065; 2125 comma 1; 2141; 2151; 2164; 2170; 27; 2301; 2308; 2390; 2448 ult. comma, 2509; 2510; 2533 comma 1; 2535 comma 2; 2540 comma 2; 2557 comma 2 e 5; 2596 comma 1; 2598; 2602; 2612; 2616 comma 1; 2619 c.c.

settoriale di riferimento (si parla così ad esempio di attività medica, di avvocato etc.). Le questioni di validità, liceità, legittimazione e capacità negoziale, non seguono, infatti, una disciplina speciale che si rivolge all'attività svolta nel suo complesso, ma permangono regolate dalla disciplina generale del contratto concernente i singoli atti atomisticamente considerati.

Altre volte, invece, il significato normativo della nozione di attività assume contorni più pregnanti. Si ponga mente, ad esempio, alla impresa commerciale, laddove il legislatore ha enucleato una disciplina della capacità di agire riferita all'attività e non soltanto al singolo atto³⁸.

La tesi in commento ha tuttavia prestato il fianco a rilievi critici che hanno interessato, in particolare, la nozione di attività quale atto dovuto.

Si è, infatti, ritenuto non pertinente alla costruzione del fondamento dogmatico di una nozione unitaria di attività nel diritto privato, l'attribuzione di valore probante al contratto di lavoro subordinato e, più in generale, ai contratti di durata. Nei contratti ad esecuzione continuata, invero, il debole collante dei singoli atti che compongono la più ampia attività esecutiva, si risolve unicamente, in definitiva, nel fattore temporale che designa quella porzione di attività dedotta in contratto. Sul versante, poi, dei contratti ad esecuzione periodica, quali, ad esempio, i contratti di somministrazione, i singoli atti di esecuzione *id est* le singole forniture, conservano una loro autonomia funzionale, essendo ciascuno idoneo *ex se* a soddisfare una porzione dell'interesse creditorio. Donde finirebbero con l'esprimere un concetto antitetico a quello di attività esecutiva che, per sua stessa natura, travalica, invece, l'attitudine funzionale del singolo atto, essendo idonea soltanto nel suo complesso al perseguimento del risultato finale³⁹.

Il *punctum dolens* di tale indirizzo parrebbe quindi, in definitiva, rinvenibile nell'elaborazione di una nozione di attività esecutiva che, a ben vedere, permane confinata in una angusta dimensione descrittiva, piuttosto che sostanziale e normativa.

Sembrerebbe quindi preferibile, aderendo all'indirizzo tracciato da autorevoli contributi dottrinali⁴⁰, seguire un approccio metodologico che misuri il valore giuridico della nozione privatistica di attività sul terreno della disciplina generale del contratto. Il tutto cercando di valorizzare, in chiave dinamica, il noto fenomeno c.d. di procedimentalizzazione, tradizionalmente elaborato sul terreno

³⁸ In tal senso, G. AULETTA, *op.cit.*, p. 986, il quale evidenzia, tra le altre ipotesi che nell'attività di impresa agricola la disciplina degli atti di amministrazione ordinaria e straordinaria compiuti dall'incapace è incentrata sul singolo e non sull'attività nel suo complesso. Diversa, invece, è la valutazione compiuta dal legislatore in ordine all'esercizio di attività commerciale, atteso che in tale sede si pongono esigenze peculiari afferenti alla valutazione del rischio economico d'impresa in relazione ad un'attività globalmente intesa. In particolare vi è la necessità che tale rischio sia escluso per l'incapace salvo vi siano particolari circostanze quali la preesistenza di un'azienda nel suo patrimonio che sia già stata adoperata da altri nell'esercizio dell'attività. L'A. osserva che l'esistenza di una normativa che si collega ad un'attività come sua fattispecie, pone tuttavia il problema della cessazione degli effetti della fattispecie.

³⁹ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, pp. 39, 40.

⁴⁰ Su tutti, S. ROMANO, *L'atto esecutivo cit.*, p. 21; sul punto, DI MAJO, *op.cit.*, p. 40.

del diritto pubblico, e segnatamente del diritto amministrativo⁴¹ ma del quale, come si vedrà tra breve, troviamo tracce anche nel diritto privato.

Si tratta di capire, quindi, se anche nel diritto privato, alla stregua del diritto pubblico, possa apprezzarsi, *mutatis mutandis*, lo svolgimento procedimentale del ciclo dell'autonomia negoziale in termini di *funzione* e di fasi che si snodano in un primo momento attraverso un'attività normativa ed, in un secondo momento, proseguono in un'attività esecutiva fino al perseguimento del risultato finale. Il tutto connotato dal susseguirsi di una sequenza di atti preordinati al raggiungimento di uno scopo comune.

Come è noto, infatti, nel diritto pubblico si assiste pacificamente, come efficacemente evidenziato dalla teoria gradualista richiamata *supra*, alla scansione di una fase normativa ampia che si colloca «a monte», dominata dalla c.d. *idea della legge*,⁴² seguita da una pluralità di fasi successive sempre più ristrette fino alla esecuzione finale. A tale riguardo è stata notoriamente assunta ad esempio di tale rapporto la relazione tra la legge formale che regola le ulteriori manifestazioni normative, quali i regolamenti e le ordinanze e questi ultimi.

Tanto considerato non può tacersi che anche nel diritto privato l'autonomia negoziale, *id est* la potestà di darsi un ordinamento⁴³, si esprime quasi a voler seguire le linee geometriche di un cono rovesciato, nello svolgimento di un procedimento che passa in un primo momento attraverso una fase normativa di regolazione «a monte», coincidente con la stipulazione del contratto, e, successivamente, in una seconda fase, quella esecutiva, che si restringe⁴⁴ gradualmente nelle sue maglie applicative mano a mano che ci si incammina verso il risultato finale identificabile con l'atto esecutivo puro⁴⁵, (ad esempio l'adempimento dell'obbligazione). Donde l'autonomia privata assume il ruolo baricentrico di autentico collante tra fase normativa ed esecutiva che di quest'ultima costituiscono la diretta emanazione.

Sulla base di tali premesse pare così finalmente possibile travalicare la dimensione del singolo atto atomisticamente considerato, enucleando la più ampia nozione di attività privatistica. In linea di principio, infatti, salve le riflessioni che si formuleranno *infra* sulla distinzione tra programmazione ed esecuzione, gli atti di ciascuna fase sono tendenzialmente permeati da una omogeneità funzionale, e,

⁴¹ Su tutti, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1955, pp. 682 ss., il quale ritiene che l'elemento caratterizzante del procedimento amministrativo sia il provvedimento finale; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento e processo* in *Riv. trim diritto pubbl.* 1950, p. 1 ss., il quale definisce il procedimento quale forma di esercizio della funzione che assolve una funzione di intermediazione tra la titolarità del potere e la concreta produzione di effetti giuridici conseguenti al suo esercizio.

⁴² L'espressione è adoperata dal S. ROMANO, *L'atto esecutivo cit.*, p. 21.

⁴³ In tal senso, S. ROMANO, *op. ult. cit.* p. 21.

⁴⁴ In tal senso S. ROMANO, *op.ult. cit.* p. 21, il quale propugna l'idea che nel diritto privato come nel diritto pubblico, il procedimento si svolga gradualmente a partire da una fase normativa con poteri dall'ambito sempre più ristretto mano a mano che si procede verso l'esecuzione finale.

⁴⁵ A ben vedere sarebbe peraltro errato concepire l'atto esecutivo puro quale momento conclusivo, sia in senso assoluto che relativo.

quindi, possono essere ricondotti ad una attività che assume autonomia concettuale⁴⁶.

Giova peraltro evidenziare che la distinzione procedimentale tra fase esecutiva e programmatica trova riscontro in ambito normativo nella stessa disciplina generale del contratto, consentendo di pervenire ad un più robusto fondamento della nozione privatistica di attività, che si affranca così dal tradizionale valore classificatorio e descrittivo sin qui analizzato.

Per citare alcuni tra gli esempi più noti⁴⁷, un chiaro sintomo del recepimento normativo della distinzione tra le varie fasi procedimentali della attività programmatica ed esecutiva nel contratto, è certamente rinvenibile nella disciplina degli artt. 1337, 1374, 1375 c.c., sui quali ci si soffermerà tra breve.

Si consideri altresì la disciplina enucleata in tema di capacità di agire, requisito declinato dal legislatore⁴⁸ unicamente per la fase normativa della stipulazione del contratto e non anche, salvo alcune limitate eccezioni⁴⁹, per quella esecutiva dell'adempimento dell' obbligazione.

L'impostazione in commento, ha tuttavia prestato il fianco ai rilievi critici secondo cui l'attività del privato, connotata da un elevato grado di *inventività* non si presta per sua natura ad essere imbrigliata attraverso una rigida concatenazione di fasi. Tanto si evincerebbe dalla circostanza che l'analisi di alcune fattispecie enucleate dal legislatore, tra le quali, ad esempio, si menziona comunemente la *datio in solutum*, quantunque collocate in una determinata fase, rivelano una autonoma caratterizzazione funzionale. In tale ottica vi sarebbero atti collocati nella fase normativa che denoterebbero un carattere esecutivo, e, viceversa, atti collocati nella fase esecutiva permeati da una natura normativa⁵⁰. Donde la nozione di fase perderebbe la sua essenzialità.

⁴⁶ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 44.

⁴⁷ La rilevanza del procedimento giuridico in ambito privatistico è agevolmente evincibile sul piano dei procedimenti che governano gli atti dispositivi di amministrazione nella comunione coniugale tra coniugi. Emblematica al riguardo è la nota sentenza della Corte Costituzionale, 17 marzo 1988, n. 311 in *Nuova giur. civ. Comm.*, p. 566, che ha sostanzialmente ricostruito la sanzione dell'annullamento comminata dall'art. 184 c.c. per il compimento di atti abusivi di amministrazione, non quale reazione alla mancanza del necessario consenso quale atto attributivo del potere di disporre, ma quale atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere. Donde secondo la S.C. il necessario consenso del coniuge pretermesso è un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza ove si tratti di beni immobili o mobili registrati si traduce in un vizio del negozio. Analoghe considerazioni possono essere formulate in ordine alle fattispecie di cui agli art. 322 c.c. che in rapporto agli artt. 316, 320 comma 2 c.c., prevede l'annullabilità degli atti concernenti i figli minori compiuti da uno dei genitori senza il necessario consenso dell'altro, ovvero in mancanza della prescritta autorizzazione. Si ponga mente ancora alla disciplina di cui agli artt. 377, 396, 424 in ordine agli atti di disposizione compiuti dal tutore e dal curatore. Orbene non può tacersi che in queste fattispecie il legislatore ha enucleato un articolato procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui violazione reagisce sul piano dell'annullabilità.

⁴⁸ A dispetto dell'apparente onnicomprensività dell'art. 2 comma 1 c.c.

⁴⁹ E' il caso del pagamento delle obbligazioni naturali. In tal senso, S. ROMANO, *op.cit.*, p. 20.

⁵⁰ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 44.

I rilievi in questione, non paiono tuttavia a nostro avviso persuasivi.

Pur condividendosi, infatti, l'assunto di fondo secondo cui l'autonomia negoziale non può essere per sua natura ingessata entro i confini rigidi di una nozione di fase programmatica od esecutiva, non può tacersi che, come si vedrà meglio *infra*, proprio l'apprezzamento del ciclo dell'autonomia in termini di procedimento e, quindi, di fasi, consente di dare spiegazione alla caratterizzazione polifunzionale che rivestono alcuni atti della sequenza.

3. Attività esecutiva e buona fede contrattuale.

Tra le disposizioni richiamate nel paragrafo precedente quale sintomo della rilevanza normativa dell'attività esecutiva nel diritto privato, pare opportuno soffermarsi, senza, ovviamente, la pretesa di una trattazione esaustiva, sulla disciplina della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto.

Il principio, recepito all'art. 1375 c.c.⁵¹, secondo una definizione dal sapore pregiuridico da sempre adoperata con una certa ripetitività dalla dottrina, richiama gli stati etici di *lealtà, correttezza, galantomismo, coscienza, coscienziosità*⁵²

Ponendo da un canto, per esigenze di economicità espositiva, la *vexata quaestio* afferente al rapporto tra buona fede e correttezza⁵³, giova evidenziare che

⁵¹ Come osserva S. ROMANO, (voce) *Buona fede*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 677, il richiamo alla nozione di buona fede compare ben 77 volte nel nostro codice civile (ed oggi forse le modifiche normative del codice civile ne hanno aumentato il numero).

⁵² Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, 365, il quale evidenzia che la buona fede, intesa in tale accezione oggettiva, si contrappone, secondo l'insegnamento tradizionale, alla buona fede in senso soggettivo, che designa l'atteggiamento psicologico di colui che ignori una circostanza giuridicamente rilevante ovvero, se si sostiene una sorta di saldatura tra versione soggettiva e versione oggettiva del concetto, sia convinto di agire rettamente, in conformità alle regole di diritto che disciplinano il comportamento del soggetto. Proprio per tale ragione il legislatore adopera in questa sede l'espressione *secondo buona fede*, piuttosto che *in buona fede*, atteso che quest'ultima si attaglia meglio ad una nozione di buona fede in senso soggettivo piuttosto che oggettivo. Si vedano anche M. BESSONE, A. D'ANGELO, (voce) *Buona fede*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 2, i quali evidenziano come sovente gli intenti definitori della buona fede si risolvono nella indicazione di sinonimi «correttezza e lealtà», «rispetto della parola data, protezione degli affidamenti suscitati», «comportamento onesto, fedeltà ad un accordo concluso», «impegno all'adempimento delle altrui aspettative», «solidarietà», «cooperazione». S. ROMANO, *op.cit.*, p. 677, il quale evidenzia le difficoltà dogmatiche poste dal tema in questione in tutti gli ordinamenti positivi nel momento in cui si passa alla identificazione del suo significato tecnico giuridico. Nella giurisprudenza l'uso inflazionistico della definizione per sinonimi conduce a volte al richiamo contestuale di nozioni e concetti tra loro non omogenei quali «diligenza solidarietà e cooperazione». Si veda Cass., 21 maggio 1975, n. 2014, in *Giust. civ.* 1975, I, p. 1700 ss.; Cass., 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, pp. 524 ss.

⁵³ La dottrina prevalente perviene all'affermazione della sostanziale identità di contenuto e di operatività tra la buona fede ex art. 1375 c.c. e la correttezza ex art. 1175 c.c. adoperandoli sostanzialmente quali sinonimi. Sul punto, M. BESSONE – A. D'ANGELO, *op. cit.*, p.1; si veda in particolare, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 150, il quale perviene ad una sostanziale equiparazione della buona fede e della correttezza. Osserva l'autore che i due criteri declinati dagli artt. 1175 e 1375 c.c.

un punto fermo dal quale muove comunemente la dottrina nell'analisi del rapporto tra buona fede oggettiva ed attività esecutiva, pur nella consapevolezza che tale considerazione non riveste *ex se* valore decisivo, è quello afferente alla collocazione topografica della disposizione *de qua* nel capo V del codice civile rubricato «*Degli effetti del contratto*».

Si è infatti osservato che per un verso tale collocazione parrebbe esprimere⁵⁴ una presa di posizione da parte del legislatore sul rapporto intercorrente tra esecuzione effetto ed efficacia del contratto; rapporto che verrà estesamente analizzato *infra* nel prosieguo della presente trattazione.

Per altro verso costituirebbe un sintomo della rilevanza giuridica della dicotomia attività programmatica- attività esecutiva declinando, quindi, un cambio di rotta del legislatore rispetto alla codificazione previgente.

Invero il legislatore del 1865 operava un espresso richiamo alla buona fede, quale regola di comportamento in un'unica disposizione enucleata all'art. 1124 c.c., in forza del quale «*i contratti devono essere eseguiti di buona fede*», disciplinando così sia la fase integrativa del contratto che la fase esecutiva.

Il tutto nell'ambito di una scansione cronologica secondo cui il momento esecutivo costituiva un *prius* rispetto a quello integrativo.

Il codice del '42, invece, ha ribaltato la prospettiva recependo in due distinte disposizioni la buona fede esecutiva e l'integrazione del contratto ed invertendo, quindi, l'ordine cronologico tracciato dalla previgente disciplina. A ciò aggiungasi che l'art. 1366 c.c. nel prevedere che il contratto deve essere interpretato secondo buona fede, ha tracciato una distinzione più marcata tra il momento interpretativo ed il momento esecutivo rispetto al codice previgente, laddove per converso detto principio era permeato da un pregnante valore interpretativo del contratto.

Si riteneva, infatti, che se le parti eseguivano il contratto secondo rettitudine, dimostravano, in altre parole, di non interpretarlo in maniera capziosa⁵⁵.

hanno una comune area di incidenza, rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nel cui ambito si presentano come specificazione del principio di solidarietà. Non si può quindi rinunciare ad una ricostruzione del valore concettuale dei due parametri che vada oltre un generico rinvio alla coscienza sociale. In tale ottica la concreta definizione del contenuto delle nozioni *de quibus* trova fondamento nei doveri di solidarietà sociale recepiti dalla Costituzione.

⁵⁴ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 369.

⁵⁵ Tra i canoni di interpretazione del contratto enucleati agli artt. 1131-1139 del codice previgente non era contemplato il criterio della buona fede, introdotto dall'art. 1366 del codice del 1942. Parimenti non si rinvenivano nella disciplina del contratto richiami alla buona fede analoghi a quelli contenuti negli attuali artt. 1358 e 1360 c.c., né nella disciplina delle obbligazioni un riferimento simile a quello dell'art. 1175 cod. civ. vigente alla correttezza. Infine non era enucleato un obbligo di comportamento secondo buona fede nella fase delle trattative. Invero non mancavano nel sistema previgente disposizioni che, pur non richiamandola espressamente, apparivano ispirate a ragioni omogenee alla buona fede. In particolare l'art. 1169 c.c., che disciplinava la finzione di avveramento della condizione, l'art. 36, comma 3 del codice di commercio, che sanciva la responsabilità in caso di revoca della proposta o dell'accettazione qualora fosse già iniziata l'esecuzione del contratto ad opera della controparte. Mancavano in ogni caso nel sistema dei dati normativi che consentissero di assumere la buona fede a regola generale

Il quadro dottrinale si presenta tuttavia alquanto articolato allorché, dall'analisi del valore etico e della collocazione topografica della disposizione in commento, ci si sposta sul piano tecnico giuridico afferente all'analisi della concreta funzione che la buona fede riveste nell'economia della fase esecutiva del contratto.

Si sono, infatti, registrate al riguardo due fondamentali correnti di pensiero, la prima che, pur muovendo dalla formale distinzione tra fase esecutiva e programmatica del contratto, come osservato da taluni, parrebbe spostare surrettiziamente il baricentro della sfera di operatività della buona fede oggettiva ex art. 1375 c.c. dalla fase esecutiva del contratto a quella programmatica.

Più precisamente, l'assunto di fondo dal quale prende le mosse la teoria in questione è che la correttezza e la buona fede, intese quali regole cogenti dal solido fondamento costituzionale, restringono la libertà di scelta e di comportamento del soggetto, limitando l'autonomia privata declinata dall'art. 1322 c.c. Seguendo tale impostazione, l'imposizione di obblighi nella fase esecutiva del contratto si traduce, quindi, in definitiva, nella enucleazione di regole nuove dell'agire e non già in meri criteri di controllo del comportamento dei contraenti *in executivis*. Ne deriva l'ulteriore corollario che buona fede e correttezza si atteggiano a fonte di etero integrazione del contratto, travalicando all'occorrenza la volontà originaria delle parti⁵⁶. Donde trattandosi di clausole generali introdotte dal legislatore per ovviare agli inconvenienti della normativa analitica, in guisa da superare la tensione tra norma giuridica e realtà regolata, incidono sulla fase genetica della norma contrattuale, permeandone, quindi, non soltanto la struttura ma anche il contenuto.⁵⁷

Nel solco di tale impostazione si colloca poi, con diversa sfumatura, altro orientamento, il quale si discosta parzialmente dal precedente, poiché nega che correttezza e buona fede assumano il ruolo di obblighi che si atteggiano a fonte di etero integrazione del contratto. Piuttosto, i principi *de quibus* involgerebbero l'esercizio di situazioni giuridiche soggettive che nascono dal contratto, e, quindi, attengono alla sfera esecutiva di quest'ultimo. Ciò nondimeno si è rilevato che la tesi in questione pare, con una certa circolarità, ripiegarsi su se stessa, allorché sostiene che l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede assume il

di comportamento al di fuori della regola di esecuzione del contratto di cui all'art. 1124 c.c. In tal senso, M. BESSONE - A.D'ANGELO, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ In tal senso S. RODOTÀ, *op.cit.*, p. 178 ss. il quale osserva che correttezza e buona fede, connotate da un solido fondamento nelle norme costituzionali sui doveri di solidarietà sociale, assumono valore cogente e non dispositivo. Donde è inammissibile una deroga convenzionale al principio di correttezza. Né tanto meno è configurabile astrattamente un contrasto tra i principi *de quibus* ed una norma di legge inderogabile, attesa la unitarietà e coerenza sistematica garantita dalla carta costituzionale al nostro ordinamento. Ove tale contrasto si presentasse, osserva l'A., si integrerebbero gli estremi per sollevare un incidente di costituzionalità della norma di legge in contrasto con i doveri costituzionali di solidarietà.

⁵⁷ In tale senso, S. RODOTÀ, *op.cit.*, p. 186, sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 377, il quale formula al riguardo rilievi critici. Osserva l'A., che quantunque, infatti, si potesse ammettere che i principi di buona fede e correttezza si risolvano in un complesso di regole dell'agire, andrebbe comunque escluso che assumano una funzione integrativa del contratto. La loro funzione, infatti, si precisa piuttosto in relazione all'azione concreta del soggetto.

significato di osservanza degli obblighi che la correttezza impone nell'esercizio dei doveri e dei diritti.⁵⁸

Altra corrente di pensiero⁵⁹, che *prima facie* parrebbe distaccarsi, invece, marcatamente da quella sin qui esaminata, segue una diversa impostazione metodologica che valorizza significativamente il ruolo chiave rivestito dalla buona fede quale sintomo della rilevanza normativa dell'attività esecutiva procedimentale nel nostro ordinamento.

Più precisamente l'indirizzo in commento qualifica buona fede e correttezza come norme di comportamento e, dunque, regole di condotta di un rapporto⁶⁰ piuttosto che strumenti di etero integrazione del contenuto del contratto. In tale ottica si prefigge di superare il carattere di indeterminatezza che connota le nozioni in questione adoperando un criterio analitico che valorizzi nel contempo sia i singoli atti atomisticamente considerati che la loro concatenazione con i successivi. Ciò sulla scorta di una impostazione metodologica che polarizza l'attenzione sul procedimento giuridico di svolgimento del rapporto contrattuale in un ordine seriale di atti dalla fase genetica delle trattative fino al suo perfezionamento ed, infine, alla sua esecuzione.

Seguendo tale impostazione l'indirizzo in esame ha evidenziato che quantunque il momento conclusivo non sia il solo determinante nello svolgimento dell'*iter* contrattuale, il legislatore è stato alquanto incerto nell'enucleare la disciplina che presiede alla fase anteriore delle trattative ed a quella successiva dell'esecuzione. Tanto si evince in chiave patologica dalla circostanza che la disciplina delle invalidità negoziali è incentrata sul momento conclusivo del contratto laddove nelle altre fasi si assiste ad un richiamo frammentario ai concetti di *dolo*, *frode*, *errore*, *colpa* ed altri simili.

⁵⁸ In tal senso, P. BARCELONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 151 ss., il quale ha avvicinato la disciplina sulla correttezza alla disciplina interventistica, orientata alla realizzazione degli interessi sociali; *contra* A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 377, il quale evidenzia la tautologia dell'indirizzo in commento laddove sostiene che l'obbligo di eseguire il contratto secondo correttezza e buona fede non può avere altro significato che quello di osservare tutti gli obblighi che la normativa di correttezza impone nell'esercizio dei doveri e dei diritti. Una volta assunto che il dovere di correttezza è fonte di obblighi, non vi sarebbe, infatti, ragione di ripiegare nuovamente sulla buona fede per sancire l'osservanza di obblighi che sono di per se già espressione del dovere di correttezza. A meno che, osserva l'A., non si sostenga che i doveri imposti dal dovere correttezza postulino a loro volta che l'adempimento abbia luogo secondo il dovere di correttezza e buona fede. In tal caso, tuttavia, osserva l'A., si creerebbe una catena senza fine, nel senso che verrebbero a crearsi una pluralità di cerchi concentrici di doveri posti dalla correttezza ciascuno regolante la esecuzione dell'altro.

⁵⁹ In tal senso, S. ROMANO, *Buona fede, cit.*, pp. 677 ss.

⁶⁰ In tal senso, S. ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 680 -681, l'A. intende la buona fede quale regola di condotta del rapporto, nel senso che la piena giuridicità del rapporto si integra unicamente in presenza della piena giuridicità della condotta. Laddove anche in un solo tassello del procedimento si abbia una frattura nella giuridicità della condotta, l'ordinamento commina la sanzione dell'inefficacia dell'intero *iter*. La nozione di comportamento presa in considerazione dall'A. comprende una vasta gamma di atti, dichiarazioni negoziali e non, di vario contenuto psicologico, nonché azioni materiali, azioni ed eccezioni in senso sostanziale e processuale.

L'iter procedimentale ha, infatti, la necessità di svolgersi secondo modalità di coerenza e correttezza che non si riduce alla mera osservanza della *lex contractus*, ma postula il rispetto di criteri particolari, anche di matrice soggettiva, che accompagnano il negozio in tutta la sua evoluzione non soltanto nella fase genetica ma anche nella successiva fase esecutiva. Non potrebbe porsi in dubbio, infatti, che una esecuzione in mala fede del contratto si pone in chiave di responsabilità sullo stesso piano della inesecuzione.

Invero il campo più vasto in cui opera la buona fede, si è osservato, è proprio quello dell'esecuzione, posta la maggiore estensione dei comportamenti esecutivi rispetto a quelli normativi. Nella fase esecutiva la buona fede e la correttezza assumono, infatti, una peculiare caratterizzazione rispetto alle fasi precedenti, atteso che l'attività esecutiva è attuazione della norma ed il suo svolgimento è dominato dalla regola della diligenza in relazione alla quale operano i concetti di dolo e colpa. Si è tuttavia evidenziato che la disciplina enucleata dal legislatore per il dolo *in executivis* assume tinte sfumate e si caratterizza per una estrema eterogeneità analogamente a quanto accade nella fase prenegoziale. Il lessico adoperato dal legislatore è, infatti, tutt'altro che univoco atteso che la buona fede richiama talvolta la nozione di raggirio, laddove altre volte è più vicina a quella di mala fede⁶¹. Sintomatica è al riguardo la disciplina enucleata dal legislatore in tema di garanzia nel contratto di compravendita e di appalto agli artt. 1490 co 2 c.c. e 1667 c.c., laddove sancisce l'inefficacia dei patti di esonero dalla responsabilità in caso di mala fede rispettivamente del venditore e dell'appaltatore.

L'indirizzo in commento, pur recuperando il ruolo che la correttezza e la buona fede rivestono *in executivis*, non mancherebbe tuttavia, secondo taluni autori, di sollevare delle perplessità. Si è infatti osservato che, quantunque l'orientamento in questione abbia il pregio di aver forgiato un'elaborazione concettuale di correttezza e buona fede dai confini mobili, nel senso di strumento di controllo dell'attività del privato e non anche di etero integrazione del contratto, presenta, tuttavia, profili di criticità sul piano delle conseguenze della violazione del principio in questione.

La buona fede quale criterio di controllo dell'attività negoziale nel procedimento rileva, infatti, sul piano della difformità del comportamento del soggetto rispetto al programma negoziale. Ciò nondimeno tali comportamenti, per

⁶¹ In tal senso, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p.p.689- 690, il quale osserva che la mala fede espone all'azione di responsabilità per l'ipotesi di difformità dell'esecuzione rispetto al risultato programmato. Per altro verso espone anche ad una reazione specifica per cui la parte in buona fede si oppone all'azione dell'altra parte in mala fede. Tale principio si ricava altresì da una fitta congerie di norme speciali quali l'art. 1426 c.c., che disciplina l'occultamento con raggiri della minore età, l'art. 1359 c.c. sulla c.d. finzione di avveramento della condizione, l'art. 1460 c.c. sull'eccezione di inadempimento con il limite dell'illegittimità di un rifiuto contrario a buona fede ed, infine, l'art. 1579 c.c. per l'ipotesi di mala fede del locatore.

Viene poi in considerazione l'art. 2941 n. 8 c.c. in forza del quale la prescrizione è sospesa se il debitore ha dolosamente occultato l'esistenza del debito, sin quando il debito non sia stato scoperto. La difformità, osserva l'A., può riferirsi anche all'intera attività esecutiva del debitore. Ciò accade precisamente negli atti di scelta, di specificazione, di consegna di documenti, nei differimenti e nelle eccezioni dilatorie.

stessa ammissione dell'indirizzo criticato, non si rapportano unicamente alla realtà empirica atteso che non si può prescindere dall'accertamento della loro rispondenza ai criteri di diligenza perizia e correttezza, la cui inosservanza può fondare una imputazione della responsabilità a titolo di colpa e dolo⁶²

Si è pertanto osservato che alla duttilità del concetto di buona fede farebbe riscontro sul piano dei criteri di imputazione della responsabilità risarcitoria, una diversa gradazione della colpa e del dolo nel corso dell'*iter* esecutivo che, se è ammissibile in astratto, non è detto che assuma riflessi sulla disciplina giuridica applicabile. Parrebbe infatti opinabile che la normativa di correttezza rilevi sul piano della difformità di un comportamento rispetto al contenuto contrattuale, non essendo chiaro quale sia lo scopo pratico della qualificazione di un dato comportamento come scorretto sul piano soggettivo, laddove esso è già oggettivamente difforme rispetto al contenuto contrattuale⁶³.

Parrebbe quindi preferibile valorizzare un angolo visuale che distingua tra la fase programmatica ed esecutiva del contratto concentrando l'attenzione sul contenuto del contratto, di modo che piuttosto che riscontrare una sovrastrutturale violazione dell'obbligo di buona fede diversamente graduata nell'*iter* procedimentale del contratto, sarebbe preferibile ravvisare, più semplicemente, una difformità del comportamento esecutivo rispetto al contenuto negoziale.⁶⁴

Il principio di buona fede può infatti assolvere la funzione di rendere giuridicamente doverosi una serie di comportamenti i quali, pur non rientrando nello schema dell'obbligo previsto dalle parti ovvero enucleato dal legislatore con funzione integrativa sono comunque necessari per il perseguimento del risultato finale che connota la singola operazione negoziale⁶⁵. Ciò nondimeno in talune

⁶² Sul punto, S. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 692, il quale osserva che il criterio della riconoscibilità di un errore, dei vizi palesi di una cosa, il ragionevole sospetto della provenienza illecita di cose offerte in vendita, l'età visibilmente giovanile di un soggetto ovvero segni di evidente squilibrio mentale del medesimo, sono elementi che impongono un accertamento indipendentemente dalle dichiarazioni rappresentative, e l'inosservanza fonda una colpa; si veda anche DI MAJO, *op.cit.*, p. 399.

⁶³ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 379.

⁶⁴ In tale senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 381, il quale osserva che appare improbabile che il contratto risulti nullo od annullabile qualora non risulti conforme a buona fede. Parimenti non si intergrano gli estremi dell'atto illecito atteso che qualora una clausola contraria a buona fede venga posta su iniziativa comune dei contraenti sarebbe arduo identificare il legittimato attivo all'esperimento dell'azione risarcitoria. L'A. ipotizza, quindi, che l'art 1375 c.c. reagisca sul piano dei rimedi con un intervento *ope iudicis* ex art. 1339 c.c., che determini un'applicazione automatica del criterio. E' vero infatti che l'art. 1339 c.c. rinvia all'applicazione di singole norme laddove, se si esclude il principio enucleato dall'art. 41 Cost. che sancisce il coordinamento ed indirizzo dell'attività economica privata a fini sociali, il contenuto del principio di correttezza e buona fede non è consacrato in una norma di legge formale. Si rende allora necessario un intervento del giudice che concretizzi la clausola generale nelle singole fattispecie. Resterebbe tuttavia da chiarire se l'applicazione del principio si traduca in una riscrittura del contenuto programmatico del contratto adeguandolo ad esso, ovvero se il medesimo risultato possa raggiungersi tramite una valutazione del comportamento esecutivo delle parti (nel senso del rispetto del programma negoziale alla luce dei canoni di buona fede *in executivis*)

⁶⁵ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 413, il quale cita l'esempio di due contratti di compravendita successivi, con i quali un soggetto aliena a due persone diverse due fondi

ipotesi il principio di buona fede non si specifica in doveri in senso tecnico, ma opera unicamente sul piano dell'esecuzione, nel senso che l'esecuzione dell'obbligo deve avere luogo in modo da non pregiudicare nemmeno in via indiretta lo scopo che si vuole raggiungere. L'esecuzione può, infatti, presentarsi esternamente corretta sul piano formale, ma non esserlo su quello sostanziale, perché ha luogo in presenza di circostanze che rendono vano o comunque mettono in pericolo il raggiungimento dello scopo prefisso. In tali ipotesi costruire un ulteriore dovere apparirebbe dunque sovrastrutturale essendo sufficiente qualificare un comportamento come contrario a buona fede⁶⁶.

Gli autorevoli rilievi critici *supra* menzionati non paiono appieno condivisibili, per quanto abbiano indubbiamente il pregio di cogliere uno dei punti nodali afferenti al ruolo della buona fede nel ciclo dell'autonomia privata. Si tratta, infatti, di comprendere se le conseguenze della violazione del principio in questione si collochino sul piano dell'obbligo ovvero, in alternativa, sul piano funzionale del mancato perseguimento del risultato finale programmato dalle parti.

L'impressione è, tuttavia, che l'opinione da ultimo esaminata sia surrettiziamente ancorata ad una rigida distinzione tra sfera programmatica ed esecutiva.

A nostro avviso la soluzione preferibile pare, piuttosto, quella di valorizzare il fenomeno di interferenza tra la sfera programmatica ed esecutiva del contratto sul quale ci si soffermerà più diffusamente *infra*, mutuando le riflessioni formulate in precedenza sul rapporto tra norma ed esecuzione nella teoria generale del diritto.

Come già si è avuto modo di osservare, infatti, nella sfera esecutiva del contratto compaiono atti e, più in generale, comportamenti esecutivi, connotati da una autonoma rilevanza funzionale di carattere programmatico. Orbene il criterio

finitimi dopo aver inizialmente costituito tra i due fondi una servitù. Orbene l'alienante incorre in responsabilità contrattuale relativamente al primo dei due atti se non menziona nel secondo atto la servitù anteriormente costituita. Il fondamento di tale responsabilità non può essere rinvenuto nell'inadempimento degli obblighi che nascono dalla stipulazione del contratto di compravendita ex art. 1476 c.c., ne tantomeno configurando una violazione dell'art.1476 c.c. in combinato disposto con l'art. 1375 c.c. Il venditore ha infatti adempiuto il suo obbligo prestando il consenso alla costituzione della servitù. Tuttavia il principio di buona fede *in executivis* rende doverosa per il contraente un comportamento che non comporti per l'altra parte il pregiudizio afferente al perseguimento del risultato contrattuale finale. Quest'ultimo consiste nel caso di specie nella opponibilità della servitù anche al successivo acquirente del fondo. Principio la cui operatività non abbisogna della mediazione di un obbligo sovrastrutturale.

⁶⁶ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 416, il quale osserva che in tali ipotesi debbono essere debitamente distinte da quella in cui non è in gioco la violazione della buona fede *in executivis* ma la violazione della *lex contractus*, sia pure determinata alla stregua della violazione di tale principio ex art. 1366 c. c. In tal caso si integra infatti una fattispecie di inadempimento che richiama altre regole e principi. La consegna, ad esempio, di una cosa che non è idonea all'uso riproduce, secondo l'A., una fattispecie di inadempimento. Parimenti se le parti di un apposito patto hanno stabilito di tradurlo in una forma più solenne, è il contratto inteso come *lex contractus* ed interpretato secondo buona fede a dare contenuto di obbligo giuridico alla esigenza di chiarezza e completezza delle dichiarazioni negoziali.

di buona fede che informa l'azione dei soggetti nella fase esecutiva assolve indubbiamente il ruolo di regola diretta per così dire ad estrarre il contenuto normativo di tali comportamenti.

Se tutto questo è vero, quindi, le conseguenze della violazione di tale clausola generale si esplicano sul piano dell'inefficacia del contratto che, come si vedrà meglio nel proseguo della presente trattazione, esprime in un certo qual modo la misura dell'attuazione del risultato finale programmato dalle parti.

Le potenzialità costruttive di questa considerazione di fondo possono cogliersi, tuttavia, soltanto abbandonando la rigida contrapposizione tra fattispecie programmatica ed esecutiva, privilegiando la prospettiva dinamica di svolgimento del contratto in un ordine seriale di atti.

In tale contesto procedimentale il comportamento esecutivo assolve esso stesso una dimensione normativa, riproducendo come si è già avuto modo di osservare, il binomio fattispecie normativa - effetto giuridico. Ciò è tanto più vero se soltanto si considera che ci troviamo dinanzi ad una clausola generale che per il suo carattere elastico si presta ad una operazione cognitiva di matrice giusnaturalistica che ricava la regola concreta dal contenuto del fatto empirico

Donde la funzione integrativa della buona fede esecutiva si traduce a ben vedere non in una integrazione del contenuto programmatico del contratto ma nella integrazione degli effetti giuridici che si collocano nella fase procedimentale esecutiva.

Le conseguenze della violazione dell'obbligo di buona fede potranno collocarsi su vari fronti. La clausola in questione, consente, infatti, come abbiamo visto, di enucleare dai comportamenti esecutivi norme programmatiche che enunciano una pluralità di obblighi o doveri, integrativi degli effetti del contratto. Questi ultimi come vedremo meglio tra breve, pur collocandosi *prima facie* nella fase esecutiva, assolvono, infatti, a loro volta una dimensione programmatica, suscettibile di una successiva fase di realizzazione e sviluppo. Donde nell' ipotesi di violazione della regola della buona fede troveranno applicazione in alcuni casi i rimedi caducatori degli effetti del contratto allorchè il contenuto programmatico di questi ultimi permanga concretamente inattuato. Altre volte, invece, in omaggio al principio di conservazione, lo stesso giudicante potrà salvare l'efficacia del contratto applicando *mutatis mutandis* il congegno dell'art. 1339 c.c. ed integrando così gli effetti del contratto nella loro dimensione normativa.

4. La controversa «derivatività» dell'esecuzione dall'effetto giuridico tra modificazione, estinzione e procedimentalità.

L'analisi del fondamento della rilevanza dell'attività esecutiva e del procedimento giuridico nel diritto privato sul piano della disciplina generale del contratto, non può prescindere dalla ricostruzione del rapporto che salda il trinomio effetto efficacia ed esecuzione, poco approfondito dalla dottrina⁶⁷.

⁶⁷ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 17, il quale osserva che mentre la nozione di effetto è frequentemente impiegata nell'esperienza giuridica, la nozione di esecuzione non ha costituito oggetto di apposito studio in dottrina. Ciò consente di spiegare la ragione per cui non è stato affrontato il problema del confine che separa le due nozioni.

La ricostruzione del sottile rapporto che lega gli elementi costitutivi della triade in questione riproduce a nostro avviso, come si è già avuto modo di osservare nel corso della presente trattazione, le tradizionali contrapposizioni dogmatiche sulla ricostruzione della nozione di ordinamento giuridico.

Invero la teoria giuspositivista di matrice kelseniana, come abbiamo anticipato, concepisce l'ordinamento come insieme di norme (c.d. *Stufenbau*)⁶⁸ ordinate per gradi secondo una scansione gerarchica. Tali norme in alcuni casi sono generali ed astratte, (la legge formale) mentre in altri particolari e concrete (provvedimento amministrativo sentenza e negozio giuridico).

A tale impostazione si contrappone, come si vedrà meglio tra breve, allorché si esaminerà da vicino la nozione di efficacia, la concezione istituzionalista, che fa coincidere l'ordinamento con le istituzioni intese quale corpo sociale ed effettivo. L'ordinamento, infatti, prima che in una nozione giuridica si risolve in una pluralità di comportamenti umani nel senso che vi è una priorità logica e storica della comunità privata rispetto agli ordinamenti pubblici sorti in seno ad essa (*ubi societas ibi ius*)⁶⁹.

Orbene proprio la combinazione delle due tesi ci permette di cogliere uno dei tratti salienti sui quali si vuole porre l'accento nel presente lavoro.

Come abbiamo ribadito in più occasioni vi è una indubbia interferenza tra la norma giuridica ed il comportamento esecutivo. Tanto si evince dalla circostanza che nel ciclo dell'autonomia privata vi sono una pluralità di atti e, più in generale, comportamenti esecutivi che consentono con soluzioni di diversa graduazione di enucleare regole giuridiche, o che comunque rinviano ad una fase programmatica. Dunque ci sembra fuorviante tanto nell'ordinamento statale che nell'ordinamento privato inteso come espressione di autonomia, polarizzare l'attenzione unicamente sulla norma ovvero sull'esecuzione atteso che i due piani si pongono in rapporto di cooperazione.

L'evoluzione procedimentale del ciclo dell'autonomia privata, in particolare, si snoda dalla fase normativa passando per l'esercizio del potere fino alla chiusura del ciclo con l'ultimo atto esecutivo determinando coevamente la produzione di una pluralità di effetti creativi modificativi ed estintivi di ordinamenti giuridici, intesi, nella formulazione elastica qui accolta, come

⁶⁸ La ricostruzione in questione ideata da Merkl e fu successivamente seguita dal Kelsen.

⁶⁹ In tal senso, S. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., p. 18 ss., il quale si sofferma nell'esame del rapporto intercorrente tra la nozione di ordinamento e quella contigua di autonomia. Ha origini antiche, infatti, l'estensione del termine di sovranità all'autolegislazione *id est* autoregolamentazione non illimitata né sovrana. Sorse così la contrapposizione tra il diritto particolare il c.d. *statutum* ed il diritto comune. Quest'ultimo si esplicava essenzialmente nella legge e la sua esistenza importava il riconoscimento di sfere giuridiche minori. Attualmente si è affermata la contrapposizione tra sovranità ed autonomia, nel senso che distinguiamo tra gli ordinamenti originari e sovrani, il cui esempio tipico è dato dagli Stati, laddove con l'espressione autonomia si indica una sfera inferiore riservata agli ordinamenti non originari. In tale ottica la sovranità, in quanto suprema potestà di governo, si distingue in legislazione esecuzione e giurisdizione. Vedremo più avanti come l'A. identifica nell'art. 1322 c.c. l'anello di giunzione tra sovranità pubblica e potere privato di darsi un ordinamento, sullo sfondo della sindacato giurisdizionale di meritevolezza degli interessi.

regolamento di interessi espressione di autonomia privata (ordinamenti tra i quali, come abbiamo in parte già visto, va compresa anche la nozione di effetto)⁷⁰.

Tanto premesso si può ora analizzare la nozione di effetto giuridico, senza avanzare anche in tal caso, ovviamente, per esigenze di economicità espositiva, pretese di una trattazione esaustiva.

Giova pertanto evidenziare che secondo una concezione tradizionale formulata da autorevole dottrina⁷¹ la nozione di effetto esprime, nell'alveo di

⁷⁰ In tal senso, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 101. Si vedrà tra breve che le categorie di effetti non si esauriscono in effetti creativi modificativi ed estintivi, giusto il noto fenomeno c.d. di liberalizzazione dell'effetto.

⁷¹ La nozione di effetto giuridico come valore impresso da una norma giuridica e, quindi, quale situazione di specifica rilevanza per il diritto, è propugnata da A. FALZEA, (voce) *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 438, il quale concepisce l'effetto giuridico sullo sfondo della dicotomia tra *sein* e *sollen*, tra essere e dover essere, quale valore giuridico condizionato. A differenza della legge fisica, che incide sul mondo dei fatti la legge giuridica, infatti, pone un dover essere che ci conduce ad una prospettiva assiologica. Ogni norma di condotta, giuridica od etica definisce, cioè, un valore dell'agire umano. L'A. porta ad esempio il dovere di pagamento che sorge dal contratto, il quale per antonomasia è confinato nella dimensione del dover essere ideale. Benché sussistano, infatti, strumenti tecnici di attuazione dell'obbligazione quali la proposizione della azione esecutiva, tutti gli strumenti che verranno adoperati per ottenere la realizzazione finale del diritto non fanno che perpetuare senza fine la catena dei rimandi dall'essere al dover essere. Donde l'effetto giuridico è un valore giuridico condizionato, assunto dal diritto positivo a condizione che si sia prodotta una precedente situazione di fatto.

Analogamente, ma con diverse sfumature che attengono per lo più al carattere psicologico della relazione causale tra elemento condizionante e condizionato *id est* causante e causato, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 141 ss. secondo il quale è opportuno definire preliminarmente la nozione di funzione dell'effetto giuridico. Parlare della funzione di un'entità, infatti, significa assumere l'entità stessa quale termine attivo di una relazione causale. L'effetto giuridico è infatti definito quale *quid* spirituale, il cui dispiegamento avviene in termini di percezione psichica in dipendenza di determinati elementi concreti. Un volta prodotto, l'effetto diviene, quindi, il termine attivo di un successivo rapporto causale di matrice psicologica. Attraverso la consapevolezza che un determinato soggetto ha dell'effetto si determina, infatti, in quest'ultimo, un contegno che è il causato in questo successivo rapporto. Per citare alcuni esempi la consapevolezza dell'esistenza del diritto reale determina il titolare all'esercizio di esso, così come la consapevolezza dell'obbligazione determina il debitore all'adempimento. Il secondo rapporto causale conduce, infatti, al soddisfacimento dell'interesse finale protetto dalla norma giuridica. Ciò nondimeno poiché l'interesse dell'essere umano, per sua natura ed estrazione, preesiste alla norma giuridica e si colloca nella realtà fattuale, la via più breve per il suo soddisfacimento passa non attraverso la produzione di ulteriori effetti giuridici ma avviene per il tramite il compimento di atti materiali umani, operanti sul piano delle conseguenze fisiche economiche o morali. A quella sin qui analizzata, definita la funzione normale dell'effetto, si contrappone una funzione anormale rinvenuta in alcune categorie di effetto giuridico. Si ponga mente, sul piano dei rapporti obbligatori, al contratto preliminare. L'effetto derivante dal contratto preliminare dispiega a sua volta una forza sulla volontà umana, determinandola al compimento di un atto esteriore, che, tuttavia, non è un atto materiale ma un atto *ex se* idoneo al soddisfacimento dell'interesse finale consistente nella manifestazione di volontà al perfezionamento di un contratto definitivo. In altre parole si attiva un nuovo

un'accezione formale e strumentale⁷², la qualificazione *id est* il valore impresso da una norma giuridica ad uno o più accadimenti, autentico elemento di saldatura tra il mondo ideale del dover essere e la realtà concreta dell'essere (la c.d. dicotomia *sein- sollen*).

Seguendo tale impostazione, l'effetto rinvia alla identificazione nonché alla qualificazione soggettiva ed oggettiva di certi comportamenti della realtà materiale, concretizzandosi nella successione di una pluralità di potenziali qualificazioni future. Si ponga mente, ad esempio, alla qualificazione giuridica di debitore, attribuita dal contratto ad un dato soggetto il quale, così identificato e qualificato, terrà in futuro un comportamento produttivo di ulteriori effetti giuridici quali, ad esempio, la modificazione ovvero l'estinzione di una obbligazione⁷³.

Il corollario di tale impostazione dogmatica è dato da una ricostruzione del rapporto tra esecuzione ed effetto in chiave di c.d. «derivatività»⁷⁴ nel senso che l'effetto giuridico si proietta dinamicamente per sua stessa natura ed estrazione in una successiva fase prospettica di realizzazione. Quest'ultima si esplica nel soddisfacimento di un interesse finale della comunità giuridica contemplato da una data norma e si colloca sempre in una fase succedanea rispetto a quella del dispiegamento dell'effetto. E' dunque immanente ad ogni situazione giuridica un momento di potenzialità, tanto più accentuato quanto più la situazione si proietta in un ampio arco temporale⁷⁵

ciclo caratterizzato dalla produzione di ulteriori effetti, quelli del contratto definitivo. Altro esempio è fornito dalla categoria dei diritti potestativi, laddove sono individuabili due specifiche forme di effetti anormali, atteso che in un primo momento, analogamente al preliminare, la consapevolezza del potere determina il soggetto al compimento di un atto foriero della produzione di nuovi effetti giuridici piuttosto che il soddisfacimento di un interesse finale. In un secondo momento il diritto potestativo, unitamente alla manifestazione di volontà che ne costituisce l'esercizio, integra la fattispecie della manifestazione giuridica in senso lato. Quest'ultima esplica a sua volta una funzione che assume la denominazione di funzione formale.

⁷² Sul punto, A. P. UGAS, *op.cit.*, p. 75 ss., la quale osserva che a rigore si dovrebbe distinguere tra una nozione di effetto che abbia riguardo ad una funzione sostanziale del diritto da una nozione di effetto dipendente da una funzione formale o strumentale del diritto stesso che è identificata nell'assegnare un significato ideale alla realtà. Nella prima prospettiva l'effetto dovrebbe concernere unicamente le qualifiche dei comportamenti, nel secondo significato dovrebbe intendersi per effetto qualunque significato ideale assegnato alla realtà per il tramite di un fatto.

⁷³ In tal senso, A. P. UGAS, *op ult.cit.*

⁷⁴ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, pp. 20 ss., secondo il quale non possiamo negare che la nozione di realizzazione guarda in avanti ed assume a rigore, quindi, un valore prospettico. Ciò nondimeno il valore retrospettivo che abbiamo scelto di adoperare convenzionalmente in questa sede attiene alla delimitazione di una nozione semantica ed empirica di esecuzione.

⁷⁵ In tal senso, A. FALZEA, *op.cit.*, p. 482, il quale a sostegno dell'assunto richiama in un primo momento una pluralità di ipotesi afferenti alla sospensione dell'efficacia della fattispecie per fatti diretti ad integrare il momento soggettivo ovvero oggettivo della situazione giuridica. In particolare, per quanto attiene al momento soggettivo dell'effetto, menziona le ipotesi della rappresentanza senza poteri fino al momento della ratifica; il contratto per persona da nominare fino alla *electio amici*, ovvero fino alla scadenza della facoltà di nomina; la disposizione testamentaria o donazione a favore del nascituro

Seguendo tale impostazione, quindi, ogni norma giuridica determina una relazione assiologica tra il dispiegamento di un dato effetto, conseguente al perfezionamento della fattispecie, cui corrisponde una situazione c.d. *esigenziale e problematica*⁷⁶, ed una situazione fattuale, la c.d. *componente di fatto dell'effetto giuridico*⁷⁷, necessaria per il soddisfacimento di un particolare interesse della comunità giuridica.

Donde la chiave di volta della teoria in commento, consiste nella qualificazione normativa di una data situazione fattuale come satisfattiva e risolutiva, e, quindi, idonea a dare esecuzione ad un dato effetto giuridico⁷⁸.

Ciò sul presupposto, ovviamente, che in un dato arco temporale si sia perfezionata *ex ante* la fattispecie produttiva dell'effetto enucleata dalla norma giuridica, atteso che la situazione problematica ed esigenziale deve precedere almeno di un istante ideale⁷⁹ la situazione satisfattiva e risolutiva⁸⁰.

ovvero di persona giuridica da costituire; la disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio di un terzo. L'A. richiama, quindi, le fattispecie caratterizzate dalla sospensione dell'efficacia per fatti attinenti al momento oggettivo dell'effetto, quali la vendita di genere e la vendita alternativa; la vendita con determinazione del prezzo demandata ad uno o più arbitri; il legato di cosa che dovrà essere scelta dall'onerato o da un terzo; i negozi giuridici su cosa futura. In un secondo momento l'A. richiama un secondo blocco di fattispecie connotate dalla sospensione dell'efficacia e, più precisamente, la condizione sospensiva tanto nella *sub specie* della *condicio iuris* che in quella della *condicio voluntatis*. Ma a ben vedere, osserva l'A. anche le situazioni giuridiche accentuatamente generiche quali il diritto di proprietà, il diritto di usufrutto, il contratto di mandato, il contratto di lavoro subordinato ed i diritti della personalità, rinviano sempre, quantunque esista un sufficiente grado di esistenza e determinatezza dell'effetto, ad una successiva fase di svolgimento ed attuazione.

Ciò ancorché non si renda necessario un successivo intervento del diritto ma si tratti piuttosto di meri svolgimenti interni alla situazione giuridica.

⁷⁶ L'espressione è di A. FALZEA, *op.cit.*, p. 473.

⁷⁷ L'espressione è di A. FALZEA, *op.cit.*, p. 474.

⁷⁸ In tal senso, A. FALZEA, *op.cit.*, p. 477.

⁷⁹ La necessità assiologica cui fa riferimento la teoria in commento assume, quindi, in definitiva, per sua stessa ammissione, carattere giuridico, nella misura in cui si traduce prospetticamente nella necessità di un'azione futura.

⁸⁰ In tal senso, A. FALZEA, *op.cit.*, p. 474, il quale osserva che la distinzione temporale tra fatto giuridico e componente di fatto dell'effetto giuridico si mantiene anche nelle ipotesi in cui il loro contenuto specifico sia praticamente lo stesso e tenda alla identità di struttura. E' vero, infatti, che la distinzione appaia più netta allorché si tratta di norme di trasformazione, ad esempio quando abbia luogo la lesione di una posizione soggettiva di talché vi è interesse della comunità alla riduzione in pristino. Ciò nondimeno la distinzione temporale si mantiene intatta anche nelle norme di conservazione (ad esempio la conservazione della vita umana o della proprietà) laddove il valore è già realizzato ma l'esigenza di conservazione dettata dalla norma si colloca prospetticamente *pro futuro*. L'autore sostiene il suo assunto portando ad esempio l'ipotesi emblematica della stipulazione dei contratti ad efficacia obbligatoria ed in particolare il contratto di mutuo. Invero la fattispecie *de qua* determina sul piano pratico, una situazione esigenziale in forza della quale è interesse della comunità giuridica che nel termine predeterminato *ex lege* o dall'autonomia privata avvenga il pagamento della somma mutuata. Seguirà una seconda fattispecie, l'atto esecutivo di adempimento della obbligazione di pagamento della somma mutuata, che si atteggia a *componente di fatto* dell'effetto obbligatorio,

Ne deriva l'ulteriore corollario che le vicende giuridiche, sia quella costitutiva che quella modificativa ed estintiva, si atteggiavano per così dire a «vicende di vicende» ovvero *trasformazioni giuridiche dell'effetto attraverso il tempo*⁸¹.

L'indirizzo in commento ha tuttavia prestato il fianco a rilievi critici fondamentalmente assisi sulla valorizzazione del carattere dinamico dell'effetto giuridico quale vicenda dell'ordinamento. L'effetto giuridico, infatti, esprime un *quid novi* che un dato accadimento che ha luogo nella realtà materiale apporta nel sistema delle preesistenti qualificazioni giuridiche in virtù di un nesso di causalità normativa, di talché la nozione di effetto ed attività esecutiva apparirebbero a piani distinti che non possono essere posti in collegamento tra loro. Donde l'effetto per sua stessa natura ed estrazione si sostanzia in una vicenda compiuta che non necessita di una successiva attività di sviluppo ed esecuzione in guisa che *in limine* l'espressione *realizzazione dell'effetto* potrebbe esprimere il passaggio da un effetto astratto contemplato in una norma giuridica all'effetto concreto ed attuale che si colloca nella realtà di fatto⁸².

Poiché l'effetto postula *ex se* una trasformazione della realtà giuridica non sarebbe, quindi, in definitiva corretto parlare di trasformazione dell'effetto.

Su altro versante ha prestato il fianco a rilievi critici la compenetrazione dogmatica tra situazione giuridica ed effetto che permea la teoria analizzata, atteso che i due concetti atterrebbero a diversi angoli visuali dello stesso fenomeno.

La situazione involge, infatti, come è noto, la dimensione statica, laddove l'effetto attinge alla dimensione dinamica⁸³.

Tali considerazioni, si è osservato, parrebbero ulteriormente suffragate su un piano pratico dall'analisi delle singole categorie di effetto, quali, ad esempio, le vicende giuridiche modificative⁸⁴. In particolare, le vicende che comportano la successione nel lato attivo o passivo di un rapporto giuridico, dimostrerebbero che una volta prodotta la modificazione non vi è necessità di successiva realizzazione, atteso che la vicenda può ritenersi oramai conclusa con la sola produzione dell'effetto.

Seguendo tale impostazione anche l'effetto traslativo, realizzerebbe, quindi, *ex se* il risultato finale al quale tende l'attività esecutiva del contratto non potendola precedere, nemmeno in senso logico.

Quanto, infine, all'effetto estintivo, il suo stesso tenore semantico richiama, per l'appunto, l'estinzione di una precedente situazione giuridica, di talché non

determinando il soddisfacimento dell'interesse finale del creditore. Altro esempio è dato dal contratto di assicurazione legale ove possiamo parimenti nettamente distinguere una prima fattispecie che è il sinistro, l'infortunio ovvero la malattia ed una seconda fattispecie che è il pagamento ad opera dell'assicuratore dell'indennizzo, che si attinge a componente di fatto dell'effetto giuridico. Ambedue sono *species facti* nel senso etimologico del termine e ad ambedue le fattispecie corrispondono due distinte situazioni temporali, l'una che temporalizza il fatto giuridico, l'altra che temporalizza il fatto dell'effetto giuridico che determina in ultima analisi il soddisfacimento dell'interesse della comunità giuridica.

⁸¹ In tal senso, A. FALZEA, *op.cit.*, p. 464.

⁸² In tal senso, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 22.

⁸³ In tal senso, A. DI MAJO, *op. cit.* p. 23.

⁸⁴ In tal senso, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 24.

parrebbe ipotizzabile una fattispecie esecutiva che di esso costituisca la proiezione dinamica.

L'unica perplessità è stata avanzata con riferimento alla categoria dell'effetto costitutivo obbligatorio, che, non a caso, è una delle principali argomentazioni addotte per supportare l'attitudine dell'effetto giuridico ad una successiva fase esecutiva di realizzazione.

Ciò nondimeno anche in tale ipotesi, permeata dalla distinzione tra efficacia finale e strumentale, si è preferito negare che l'effetto obbligatorio denoti una qualsiasi attitudine ad una successiva fase di esecuzione. Piuttosto, si è osservato, sarà l'obbligo quale situazione soggettiva atomisticamente considerata, ad esigere una successiva fase di svolgimento ed attuazione⁸⁵.

I rilievi in questione non paiono appieno convincenti, atteso che l'indirizzo da ultimo analizzato, ancorato su una visione dell'effetto quale vicenda compiuta e non suscettibile di successiva esecuzione, finisce per sostenere una rigida contrapposizione tra la situazione giuridica soggettiva che si colloca sul piano statico della fattispecie, richiamando sul piano programmatico l'interesse protetto da una norma giuridica, e l'effetto che di essa costituisce la proiezione dinamica in chiave, prima *lato sensu* costitutiva poi in chiave esecutiva.

La soluzione preferibile pare, invece, quella di propugnare un elastico dialogo tra le due nozioni, capace di coglierne il rapporto di reciproca interferenza e cooperazione. E' tuttavia necessario a tal fine superare la labile e sovrastrutturale nozione di nesso di causalità normativa che, secondo l'indirizzo da ultimo esaminato, si inserirebbe tra la norma e l'effetto giuridico nel contesto del rapporto trilaterale che comprende, ovviamente, anche il fatto empirico (*id est* la sequenza norma -fatto- effetto).

Ciò allo scopo di cogliere, ancora una volta il valore normativo degli atti e, più in generale, dei comportamenti esecutivi, autentico punto di tangenza tra la norma e l'esecuzione, che ovviamente, si collocano in linea di principio su piani separati.

Invero, come opportunamente osservato in dottrina⁸⁶, nei moderni ordinamenti giuspositivisti che presentano tracce di un giusnaturalismo latente, sussiste un collegamento tra la norma giuridica, che prevede astrattamente determinate categorie di effetti che qualificano determinate categorie di soggetti ed oggetti ideali, da un lato, e la realtà empirica nella quale, dall'altro, dimorano i soggetti e gli oggetti concreti. Tale collegamento come esplicitato nella nota teoria della rilevanza è rinvenibile *recta via* nel perfezionamento di una fattispecie senza la sovrabbondante mediazione di un nesso di causalità normativa.

La norma che si colloca sul piano della realtà valoriale, assume, infatti, una funzione cognitiva ed esplorativa della realtà materiale. Il soggetto e l'oggetto concreti, invece, sul piano fattuale ed empirico forniscono un substrato materiale alla norma giuridica ed agli effetti da essa astrattamente enucleati, che diversamente, sarebbero una «scatola vuota». Se tutto questo è vero, non possiamo rinunciare a rintracciare anche negli effetti giuridici concreti che riempiono di contenuto materiale una qualificazione giuridica astratta, una carica

⁸⁵ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 26.

⁸⁶ Su tutti, A. P. UGAS, *op.cit.*, p. 272.

di produzione normativa, nel senso che anche l'effetto è capace di tradursi automaticamente in ulteriori fattispecie ed effetti⁸⁷

Donde al dispiegamento di eterogenee categorie di effetti giuridici corrispondenti al contenuto programmatico del contratto, segue sempre, con soluzioni di diversa graduazione,⁸⁸ la riproposizione del binomio normativo fattispecie ed effetti, nel senso che l'effetto che si dispiega in corrispondenza del fatto concreto, assume a sua volta una valenza programmatica idonea ad una successiva realizzazione e sviluppo corrispondente al verificarsi di una ulteriore fattispecie.

Spostandoci sul piano pratico operativo, vale la pena osservare a questo punto che in alcune occasioni il carattere normativo dell'effetto ed il rapporto di derivatività che lo lega all'esecuzione sono indubbiamente di solare evidenza.

Si ponga mente, per citare un esempio, ai contratti ad effetti obbligatori, laddove l'effetto strumentale per un verso si integra con la situazione c.d. esigenziale di carattere obbligatorio. Per altro verso non costituisce *ex se* vicenda compiuta ma necessita di una successiva fase prospettica di realizzazione, nel cui ambito si colloca per antonomasia quell'atto esecutivo puro che è l'adempimento⁸⁹.

Il quadro si complica soltanto in apparenza quando la teoria della derivatività si misura sul terreno della vicenda modificativa.

Invero se prima *facie* parrebbe in questa sede inconfutabile l'assunto secondo cui la successione nel lato attivo di un rapporto obbligatorio, ovvero il dispiegamento di una vicenda traslativa costituiscono *ex se* vicende compiute e definitive, il dato normativo parrebbe invece segnalarci il contrario.

Si ponga mente in particolare all'articolato apparato rimediabile della garanzia della vendita enucleato dal legislatore agli artt. 1483 ss c.c. Quest'ultimo, non a caso, è stato dogmaticamente ricondotto dalla dottrina alla reazione dell'ordinamento ad una *inattuazione* ovvero *imperfetta attuazione* della attribuzione traslativa, e quindi, dell'effetto attributivo stesso⁹⁰.

⁸⁷ In tal senso, A. P. UGAS, *op.cit.*, p. 273.

⁸⁸ Ci si riferisce al noto fenomeno di c.d. liberalizzazione dell'effetto giuridico, che sarà analizzato *infra* nel prosieguo della trattazione.

⁸⁹ Altro esempio che costituisce un evidente sintomo del carattere di derivatività dell'esecuzione dall'effetto è dato dalla eterogenea categoria di effetto procedimentale ed in particolare dal c.d. effetto configurativo, che, come si vedrà meglio *infra*, implica una successiva fase attuativa costituita da un ordine seriale di altrettanti effetti procedimentali c.d. puri e semplici, che conducono al risultato finale del perfezionamento della fattispecie.

⁹⁰ Sulla nozione di garanzia nella vendita come ipotesi speciale di inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa si veda A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2011 (ed ivi ulteriori citazioni in ordine al dibattito sul tema) p. 232 ss., secondo il quale il fondamento di tale responsabilità è dato dalla inattuazione ovvero imperfetta attuazione dell'effetto traslativo derivante da situazioni preesistenti alla vendita, come dimostra il fatto che i rimedi della risoluzione e della riduzione del prezzo previsti dalle disposizioni che compongono tale apparato rimediabile altro non presuppongono. La disciplina *de qua*, siccome dotata della massima generalità, è stata richiamata dal legislatore all'art. 1197 c.c comma 2 in tema di prestazione in luogo di adempimento. Quest'ultima come si vedrà meglio *infra*, assume una funzione regolamentare della fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

Parimenti ulteriore chiaro sintomo che anche una vicenda giuridica traslativa può atteggiarsi a situazione esigenziale e problematica che necessita di una successiva fase prospettica ed esecutiva, si rinviene nella disciplina della garanzia nella cessione del credito ex artt. 1266 - 1267 c.c. Invero anche tale vicenda modificativa può permanere concretamente inattuata se il credito non esiste, o comunque, in presenza di dati presupposti, può essere imperfettamente eseguita, se il debitore ceduto è insolvente⁹¹.

Dunque è vero da un lato che nella vicenda traslativa, tanto del diritto reale che del diritto di credito, vi è identità strutturale tra l'effetto giuridico e la successiva attività materiale strumentale alla sua concretizzazione.

Tuttavia gli speciali rimedi giurisdizionali approntati dall'ordinamento per l'ipotesi di inesatta esecuzione del risultato programmato rivelano l'aspirazione del legislatore alla effettiva esecuzione dell'effetto traslativo, che si colloca non soltanto cronologicamente ma anche logicamente in un momento successivo.⁹²

Deve infine osservarsi, ad ulteriore supporto delle considerazioni sin qui formulate, che nel ciclo dell'autonomia privata procedimentale che, come si vedrà meglio *infra*, permea lo svolgimento dell'attività negoziale nella fase genetica ed esecutiva, uno stesso effetto giuridico può assumere carattere finale, se considerato in una dimensione atomistica, e, nel contempo, procedimentale e strumentale, che rinvia ad una successiva fase di concreta realizzazione tramite un successivo atto della sequenza, conducendo così al risultato finale programmato dalle parti⁹³.

Se queste considerazioni, come noi riteniamo, sono fondate, potremmo spingerci fino al punto di affermare che non soltanto l'effetto modificativo, ma anche l'effetto estintivo, a seconda dell'architettura procedimentale in cui è inserito, potrebbe concretamente assumere connotati di strumentalità.

Ciò avverrebbe, in particolare, allorquando l'effetto estintivo riassuma la regolamentazione di un più ampio di assetto di interessi evincibile dal programma negoziale cui afferisce, presentando così «tracce di programmaticità» suscettibili di una successiva fase di attuazione.⁹⁴

Donde possiamo ragionevolmente sostenere che sussiste una duttile interazione tra effetto ed esecuzione sullo sfondo del procedimento giuridico privato, che per un verso costituisce un primo solido fondamento della teoria della

⁹¹ Il legislatore ha così contemplato agli artt. 1266 c.c. una specifica garanzia in capo al debitore in ordine all'esistenza del credito nell'ipotesi di cessione a titolo oneroso. Parimenti ha disciplinato all'art. 1267 c.c. l'assunzione di garanzia convenzionale in ordine alla solvenza del debitore ceduto (c.d. *cessio pro solvendo*). Tanto la prima che la seconda previsione normativa sono il chiaro sintomo di una attitudine della vicenda giuridica modificativa *id est*, circolatoria del credito, ad una successiva fase di realizzazione ed esecuzione.

⁹² Su tali aspetti ci si soffermerà più approfonditamente tra breve allorquando verrà esaminato più da vicino il rapporto tra effetto giuridico ed efficacia giuridica

⁹³ Come si vedrà meglio *infra* ciò avviene nella *datio in solutum* allorquando la prestazione dell'*aliud* si esplica nel trasferimento di un diritto reale.

⁹⁴ Su tali implicazioni si tornerà *infra* allorquando sarà esaminata più da vicino la sottile osmosi intercorrente tra la fase programmatica e la fase esecutiva del contratto. Parimenti l'analisi di tale aspetto sarà approfondita con riferimento all'effetto estintivo finale promanante dalla prestazione in luogo di adempimento.

derivatività e, per altro verso, conferma lo svolgimento del ciclo stesso dell'autonomia privata attraverso un ordine seriale di atti.

5. Segue. Un'ulteriore conferma della derivatività dell'esecuzione dall'effetto: l'efficacia giuridica come presupposto e misura dell'esecuzione.

A questo punto sarà utile analizzare, completando così l'analisi del trinomio effetto – efficacia esecuzione, il sottile rapporto che lega l'efficacia all'esecuzione che ha sovente condotto la dottrina ad approdi costruttivi alquanto incerti.

Il primo problema che si incontra nell'approccio al tema è dato, infatti, dalla delimitazione dei contorni della nozione di efficacia, che consenta di giungere ad una elaborazione dogmatica che si affranchi, sul piano ontologico, dalla contigua nozione di effetto giuridico.

Giova premettere che i principali contributi dottrinali sul tema, evidenziano un approccio metodologico fortemente condizionato in chiave retrospettiva dalla nozione di autonomia privata che viene accolta sullo sfondo delle varie ricostruzioni. Invero la dottrina sembra avvertire comunemente l'esigenza di mitigare la distanza che separa il contratto ed il suo contenuto dagli effetti⁹⁵ di talchè è solita adoperare i termini efficacia ed effetto promiscuamente, quasi fossero sinonimi che esprimono la duplicazione di un medesimo concetto. Ciò sulla scorta di una nozione di autonomia privata dal sapore normativo, che pone marcatamente l'accento sul contenuto contrattuale e sulla sua modulazione ad opera delle parti nei limiti imposti dal legislatore. Viene così obliterata in un certo qual modo la distanza tra l'atto ed i suoi effetti⁹⁶, nel senso che il contenuto del contratto, identificato nella somma delle clausole dispositive divise dalle parti, rappresenta l'essenza stessa del negozio e si atteggia, quindi, nel contempo, a criterio e misura della identificazione dei suoi effetti⁹⁷.

Si parla pertanto con una certa circolarità, di *efficacia* per descrivere una qualità del contratto, che in termini potenziali, piuttosto che ontologici, richiama l'attitudine del negozio a produrre un complessivo fascio di effetti corrispondenti al suo contenuto programmatico⁹⁸.

⁹⁵ L'esigenza è avvertita da A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 27.

⁹⁶ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 27.

⁹⁷ In tal senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA Bologna- Roma, 1970 p. 33.

⁹⁸ In tal senso, A. FALZEA, *op.cit.*, p. 480 ss che sul piano terminologico adoperava indistintamente i due termini per identificare una situazione di specifica rilevanza per il diritto. Sul piano concettuale l'A. pone tuttavia in evidenza la necessità di un coordinamento tra la nozione di efficacia e quella di rilevanza giuridica, intesa quest'ultima quale *quid medium* tra il fatto giuridico e la sua efficacia.

E' vero, infatti, che le due nozioni differiscono quanto al contenuto, ciò nondimeno la rilevanza non esaurisce mai la giuridicità di un fenomeno, ma è preordinata alla sua efficacia. Il fatto costitutivo ed espressivo di un dato interesse non potrebbe, infatti, trovare alcun riconoscimento di rilevanza specifica se non in chiave strumentale alla successiva efficacia, e, quindi, alla piena realizzazione e sviluppo di quell'interesse. Si ponga mente ad esempio alla ipotesi della condizione sospensiva, laddove ci troviamo dinanzi ad una fattispecie parziale che, come è noto, produce una situazione giuridica soggettiva di aspettativa. La fattispecie parziale è permeata da un'incertezza originaria in

Per converso allorquando si vuole designare l'inattitudine del negozio sin *ab origine* alla produzione di effetti ovvero la caducazione di tali effetti in un momento successivo, si parla simmetricamente, di *inefficacia del contratto*⁹⁹.

L'esigenza di accorciare la distanza che separa il programma negoziale ed i

merito alla sopravvenienza esterna di elementi accidentali (il fatto condizionale) portatore di un interesse prevalente. Quest'ultimo è incompatibile con l'interesse interno alla fattispecie parziale ed espresso dai suoi elementi essenziali. In definitiva, quindi, la rilevanza giuridica esprime una situazione esigenziale e problematica cui fa riscontro la produzione di effetti collaterali quali la costituzione di una aspettativa e gli effetti conservativi. Si veda anche RUBINO, *op.cit.*, p. 107 ss, il quale contrappone la categoria degli effetti giuridici preliminari a quella degli effetti giuridici definitivi. Gli effetti che sorgono in pendenza di una condizione sospensiva sarebbero effetti giuridici preliminari in senso tecnico, che assolvono una funzione mediata e strumentale rispetto agli effetti definitivi. La retroattività della condizione non intaccherebbe in tale ottica la contrapposizione tra le due categorie atteso che la *fictio iuris* involge unicamente gli effetti definitivi, permanendo impregiudicata la autonomia concettuale dell'effetto preliminare prodottosi nella situazione di pendenza della condizione. Sull'uso indistinto dei due termini si vedano ancora E. BETTI, *op.ult.cit.* p. 248 ss., il quale alla nozione di efficacia preferisce quella generica di effetti del negozio. L'autore parla in tale ottica di effetti diretti, indiretti, naturali ed essenziali, ed, infine, differiti del contratto; V. ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato a cura di P. IUDICA E P. ZATTI, Milano, 2011, p. 480 ss., il quale definisce l'efficacia come la qualità che il contratto possiede in quanto produce i suoi effetti. Ciò nondimeno l'efficacia del contratto deve essere debitamente distinta dalla sua vincolatività. Si prenda ad esempio il contratto sottoposto a condizione sospensiva che pur essendo inefficace è tuttavia idoneo a vincolare le parti. Queste ultime si trovano infatti in pendenza della condizione sottoposte ad un impegno che non graverebbe su di loro se non avessero stipulato il contratto. In tale ottica sono tenute ad astenersi dal porre in essere comportamenti che pregiudichino la eventuale realizzazione del programma negoziale; C.M. BIANCA, *Il Contratto*, in Diritto Civile, III, Milano, 2010, p. 523, che definisce l'efficacia quale attuazione di ciò che le parti hanno voluto, ovvero del programma negoziale; A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 26, il quale pone in luce che la nozione di efficacia adoperata dalla prevalente dottrina esprima la sintesi più o meno complessa dei singoli effetti dell'atto; R. SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, pp. 20-21, che in questa chiave menziona le nozioni di *contratto ad efficacia impeditiva* che esclude la realizzazione di una vicenda, ovvero la elimina retroattivamente, come avviene, ad esempio, nelle clausole di inalienabilità. Infine vengono richiamate le nozioni di *contratto ad efficacia dichiarativa e preclusiva* quale, ad esempio, la transazione ovvero l'accertamento negoziale. Quanto poi agli elementi c.d. accidentali del contratto, si adopera sovente l'espressione "*termine e condizione di efficacia del contratto*". Del medesimo autore si veda tuttavia anche *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 265 ss. laddove sul piano concettuale tiene debitamente distinta la nozione di rilevanza giuridica da quella di efficacia del contratto. Il contratto rilevante ma non ancora efficace produce, infatti, comunque un vincolo giuridico.

⁹⁹ Sul punto, V. ROPPO, *op.cit.*, p. 480, il quale osserva che il fenomeno dell'efficacia presenta rilevanza proprio nella sua versione negativa allorquando il contratto pur formato non produce i suoi effetti. Tra i fattori capaci di bloccare gli effetti del contratto rientrano, oltre alle patologie negoziali che sfociano nell'invalidità (che non determina comunque necessariamente l'inefficacia del contratto), le ipotesi del contratto concluso dal rappresentante senza poteri ex art. 1398 c.c. ed il contratto sottoposto a condizione sospensiva.

suoi effetti si evidenzia altresì in un autorevole indirizzo¹⁰⁰ secondo il quale il contenuto del contratto si atteggia a *situazione mezzo* strumentale al perseguimento di un dato risultato finale. Più precisamente il contenuto contrattuale costituirebbe la sintesi di una relazione giuridica tra le parti e ne riassumerebbe le qualità personali. Si atteggerebbe, quindi, in tale ottica, a proiezione soggettiva di un coevo spostamento patrimoniale modificativo della sfera soggettiva dei contraenti.

Lo svolgimento del contenuto negoziale *id est* della situazione mezzo in un momento cronologicamente successivo determinerebbe, così, indistintamente, tanto nei contratti ad efficacia obbligatoria che reale¹⁰¹, il conseguimento del risultato finale dedotto nel programma negoziale. Il rapporto giuridico sussistente

¹⁰⁰ In tal senso, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 166 ss., il quale evidenzia che dal contratto, considerato in chiave strutturale quale sintesi di due dichiarazioni di volontà aventi un certo contenuto, sorgono rapporti giuridici strumentali e rapporti giuridici finali, ovvero situazioni giuridiche mezzo e situazioni di risultato.

¹⁰¹ In tal senso, R. NICOLÒ, *op.cit.*, p. 166 ss. L'A. prende in primo luogo in considerazione i contratti ad efficacia obbligatoria, evidenziando come l'obbligo sia la situazione mezzo più comune nella quale il distacco tra situazione mezzo che prende corpo nel rapporto obbligatorio e situazione risultato che coincide con l'adempimento o con la esecuzione in forma specifica o più in generale con la realizzazione del diritto di credito è nettamente visibile. Il contratto tende, infatti, non alla creazione di situazioni giuridiche obbligatorie. Queste non sono l'effetto giuridico del contratto, ma unicamente un mezzo per la produzione degli effetti del contratto. La prova della strumentalità dell'obbligo rispetto al vero effetto giuridico del contratto è data dalla risoluzione del contratto per inadempimento. Se la creazione dell'effetto giuridico del contratto fosse rappresentata dalla produzione dell'obbligo, l'unico strumento della sua attuazione sarebbe dato dalla esecuzione coattiva e non anche dal venir meno del contratto, che con detta produzione avrebbe completamente esaurito la sua funzione di produzione degli effetti giuridici. Parimenti l'A. sostiene la possibilità di valorizzare la dicotomia situazione mezzo e situazione risultato anche nei contratti ad efficacia reale e, più in generale, nei contratti ad efficacia immediata. Anche in tal caso non bisognerebbe, infatti, frettolosamente concludere nel senso che l'effetto giuridico promani direttamente dalla volontà dei contraenti. Piuttosto anche in tale sede bisognerebbe identificare uno strumento intermedio che assolva la medesima funzione dell'effetto obbligatorio che si atteggia a sintesi del contenuto contrattuale, identificabile nella relazione giuridica tra le parti del contratto. Si ponga mente, ad esempio, a quella situazione mezzo costituita dal rapporto giuridico intercorrente tra compratore e venditore che assumono la qualificazione giuridica rispettivamente di *dominus* e di *non dominus*. Invero il suo carattere strumentale è tanto più evidente quanto più si rivolga l'attenzione alle ipotesi in cui l'effetto acquisitivo venga meno in virtù di un fatto sopravvenuto quale, ad esempio, l'evizione. In tal caso, infatti, la relazione giuridica descritta non viene meno, assumendo più semplicemente una funzione strumentale diversa atteso che le posizioni di alienante e di acquirente divengono non più il veicolo di realizzazione dell'effetto traslativo finale, ma fonte di particolari responsabilità e pretese. Il distacco temporale tra situazione mezzo e risultato finale è poi nettissimo nell'adempimento del terzo, laddove la situazione mezzo è data dal rapporto giuridico intercorrente tra *tradens* ed *accipiens*, proiezione soggettiva dell'attribuzione patrimoniale compiuta dal *solvens* che si risolve specularmente in un arricchimento dell'*accipiens*. Tale attribuzione patrimoniale non può tuttavia considerarsi come l'effetto giuridico del negozio, atteso che il risultato definitivo cui tende l'adempimento del terzo è la realizzazione del diritto di credito.

tra i contraenti sarebbe, infatti, non soltanto il veicolo ma anche la garanzia del raggiungimento del risultato finale, in guisa che qualora l'interesse finale non trovi soddisfacimento, assolverebbe comunque una diversa funzione strumentale atteggiandosi a fatto generatore di responsabilità e di correlative pretese.

L'indirizzo in questione, come si vedrà tra breve, permette di avvalorare l'opinione, già anticipata nel precedente paragrafo, secondo cui tanto l'effetto traslativo che quello obbligatorio, presentano una evidente attitudine ad una successiva fase di esecuzione tramite un'attività materiale tendente ad un risultato finale corrispondente all'impegno programmatico assunto dalle parti.

Ciò nondimeno sposta il baricentro degli effetti contrattuali per così dire in avanti, circoscrivendoli al risultato finale dell'operazione negoziale, laddove gli effetti strumentali si dissolvono nel contenuto del contratto. Sovrappone quindi le due accezioni effetto –efficacia, rinunciando alla opportunità di spingersi oltre, elaborando una nozione di efficacia quale categoria concettuale ontologicamente autonoma.

Altro orientamento¹⁰², permeato da una visione c.d. istituzionalista e procedimentale dell'autonomia privata, approda ad una nozione di efficacia che, sul piano ontologico oltre che potenziale, parrebbe *prima facie* affrancarsi, quantomeno parzialmente, dalla nozione di effetto.

L'indirizzo in commento muove dalla premessa dogmatica che l'autonomia privata, intesa quale potestà di darsi un ordinamento, è incardinata su un dinamico *iter* procedimentale di creazione. Quest'ultimo è costantemente accompagnato dal riconoscimento dell'ordinamento statale attraverso un'attività di tutela e di limitazione. Ci troviamo dunque dinanzi ad una relazione di dipendenza, *id est* condizionamento tra due ordinamenti, che si pongono tra loro in rapporto di continenza. L'ordinamento privato, che preesiste al riconoscimento, è, infatti, compreso in quello statale che ad esso attribuisce in senso logico - giuridico ulteriori effetti.

Si tratta in definitiva, quindi, di un riconoscimento al quale è subordinata la efficacia dell'atto, intesa come complessiva rilevanza giuridica per l'ordinamento statale.

Anche l'opinione in questione, tuttavia, non sembra pervenire ad una costruzione della categoria della efficacia permeata da autonomia concettuale ed ontologica. Anche in tale caso, infatti, la accezione in questione pare distinguersi da quella di effetto unicamente su un piano quantitativo e porzionale. Anche l'effetto, invero, come si è già avuto modo di osservare, è una vicenda che, alla stregua della nozione di efficacia da ultimo delineata, è contraddistinta dal riconoscimento di una specifica rilevanza che la norma giuridica, espressione dell'ordinamento statale, assegna al progresso perfezionamento di una data fattispecie¹⁰³.

¹⁰² L'orientamento in questione è espresso da S. ROMANO, *Autonomia Privata, cit.*, p. 23 ss.

¹⁰³ L'indirizzo in commento ha il merito di cogliere, proprio sullo sfondo dell'esecuzione del contratto, uno dei grandi nodi costruttivi dell'autonomia privata e del suo rapporto con l'ordinamento statale. Si è infatti osservato, come già evidenziato in apertura della presente trattazione, che i privati agiscono molto più di quanto non regolino, di talchè si impone sovente *ex post* per l'interprete un complesso lavoro di ricostruzione dei

Preso atto delle obiettive difficoltà di affrancamento della nozione di efficacia dall'effetto giuridico, giova tuttavia evidenziare che in qualunque modo la si voglia intendere sul piano concettuale, lungi dall'assumere un carattere descrittivo o comunque sovrastrutturale, essa riveste notevole utilità sul piano funzionale della comprensione del rapporto che lega l'effetto e l'esecuzione nel nostro ordinamento.

Un punto fermo sul quale pacificamente converge la dottrina sin qui analizzata è che l'efficacia del contratto si attegga a presupposto indefettibile dell'effetto impegnativo¹⁰⁴ inteso quale *quid medium strumentale* che per un verso si salda e compenetra con la fattispecie programmatica, e per altro verso da impulso alla successiva fase esecutiva. La rilevanza dell'atto per l'ordinamento, infatti, imprime alla norma enucleata dai contraenti un valore precettivo. Donde poiché l'effetto impegnativo si proietta in una successiva pluralità di effetti giuridici promananti dal contratto che conducono al raggiungimento dell'*utilitas* finale, si può ragionevolmente ritenere che l'efficacia costituisce altresì il presupposto della successiva fase esecutiva di realizzazione degli effetti giuridici promananti dal contratto¹⁰⁵.

La nozione di efficacia, quindi, è una nozione dinamica che accompagna il contratto sia nella fase programmatica allorquando sorge l'effetto impegnativo, sia nella successiva fase esecutiva di cui costituisce il presupposto. Diviene così essa stessa in un certo qual modo la misura della concreta realizzazione dell'assetto di interessi divisato dalle parti.

Come si vedrà meglio *infra* è infatti sintomatico al riguardo che tra gli eterogenei fattori che nel nostro ordinamento possono determinare l'inefficacia del contratto rientra, non a caso, come si è già anticipato nel precedente paragrafo, proprio l' inattuazione ovvero l'imperfetta attuazione dell'impegno programmato dalle parti con la stipulazione del contratto, cui fa riscontro la previsione normativa di rimedi risolutivi dell'efficacia¹⁰⁶. Ne deriva il corollario che risulta ulteriormente rinvigorito quel fenomeno c.d. di derivatività dell'esecuzione dall'effetto.

Non possiamo tuttavia trascurare l'esistenza di alcune significative eccezioni alla sequenza logico - cronologica efficacia - esecuzione sin qui delineata.

collegamenti normativi delle loro azioni. Donde l'esecuzione è il terreno privilegiato sul quale si misura la relazione tra l'ordinamento statale e l'autonomia privata.

¹⁰⁴ Come è noto, bisogna tenere rigorosamente distinta, la vincolatività del contratto che consegue al suo perfezionamento, dall'effetto impegnativo che presuppone l'efficacia del contratto. Sul punto C. M. BIANCA, *Il contratto, cit.*, p. 524.

¹⁰⁵ Sul punto, C.M. BIANCA, *op.cit.*, p. 523, il quale osserva che a divergenza tra contenuto ed effetti *id est* efficacia può rappresentare un inadempimento del contratto; S. ROMANO *op.ult.cit.*; R. NICOLÒ, *op. ult.cit.*

¹⁰⁶ Il legame di derivatività tra esecuzione ed effetti pare colto da BIANCA, il quale pur aderendo ad una sostanziale identificazione di efficacia ed effetti del contratto, evidenzia nel contempo come al contenuto del contratto possa seguire una mancata ovvero difettosa attuazione dell'impegno della parte in ordine al programma contrattuale. La nozione di efficacia qui evidenziata è agevolmente evincibile, si ribadisce, nei contratti c.d. ad efficacia obbligatoria, ma si attaglia anche ai contratti ad efficacia reale. Sul punto si rinvia alle considerazioni formulate nel precedente paragrafo

Come osservato in dottrina¹⁰⁷, infatti, per un verso non è pensabile domandare l'esecuzione coattiva di un negozio inefficace, atteso che l'esecuzione giudiziale di un atto è subordinata alla rilevanza che esso riveste per l'ordinamento statale. Per altro verso, tuttavia, il dato normativo rivela l'esistenza di talune fattispecie in cui il legislatore consente l'esecuzione volontaria di un atto inefficace di talchè l'esecuzione parrebbe eccezionalmente precedere l'efficacia del negozio.

Sono sintomatiche al riguardo le ipotesi del testamento e della donazione nulli ex artt. 590 799 c.c. che acquistano efficacia in virtù di un atto di volontaria esecuzione.¹⁰⁸ La dottrina contraria alla derivatività dell'esecuzione dall'effetto giuridico è solita sminuire la portata di tali disposizioni, ponendo l'accento sul loro valore eccezionale che conferma la ipotesi normale secondo cui l'efficacia precede l'esecuzione e ne costituisce il presupposto.

A noi sembra invece che le disposizioni in questione esprimano qualcosa di più e di diverso. E' vero, infatti, che, come è noto, le peculiarità indubbie delle fattispecie in questione risiedono rispettivamente nella *ratio* di conservazione dei

¹⁰⁷ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 28.

¹⁰⁸ Come è noto, in dottrina si è svolto sin da tempi risalenti un vivace dibattito sulla natura giuridica della esecuzione del testamento nullo. La dottrina dominante e la giurisprudenza ritengono, sia pure con diverse sfumature, che la fattispecie sia una espressione del principio di conservazione del contratto, atteso che la volontà del *de cuius* non può più manifestarsi attraverso la rinnovazione dell'atto. Ci troveremmo dinanzi in tale ottica ad una deroga all'art. 1423 c.c. Si esprimono in questo senso L. BIGLIAZZI GERI, *Validità ed efficacia del testamento*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. RESCIGNO, VI, II, Torino, 1982, p. 210, p. 210; G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico* in *Digesto* IV ed., Torino 1989, p. 338; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da A. IUDICA P. ZATTI, II, Milano, 2000, p. 920; M. FRANZONI, *La conferma de testamento invalido*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* diretto da G. BONILINI, Milano, 2009, p. 1611, il quale evidenzia i profili differenziali tra la conferma e la convalida come si evince *prima facie* dalla circostanza che la convalida è un istituto generale, peraltro enucleato dal legislatore in tema di annullamento del contratto, laddove la conferma, invece è un istituto eccezionale che opera in deroga all'art. 1423 c.c.. Si segnala infine l'opinione di F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p.93 ss. secondo il quale la volontà testamentaria assumerebbe un rilievo meramente fattuale attestante l'esistenza storica di una volontà attributiva promanante dal *de cuius*. Donde l'effetto attributivo troverebbe la sua fonte immediata nel negozio unilaterale di conferma da intendersi autonomo rispetto al negozio *mortis causa* nullo confermato. Per una compiuta esposizione degli indirizzi dottrinali *de quibus* si veda G. CIAN- A. TRABUCCHI *Commentario breve al Codice Civile, Commento sub. Art. 590*, Padova, 2011, p. 610. Osserva A. DI MAJO, *op.cit.*, pp. 28-50 che nella c.d. sanatoria del testamento nullo, ottenuta tramite un comportamento confermativo od esecutivo, la dottrina si è preoccupata più che altro di offrire una sufficiente spiegazione dogmatica del fenomeno, che potesse inquadrarsi tra i principi generali di invalidità del negozio. Il tutto tralasciando l'aspetto morfologico afferente alla concreta identificazione del paradigma del comportamento esecutivo che tra i comportamenti c.d. con funzione convalidante ha storicamente rivestito un ruolo di preminenza. E' infatti in aperto contrasto con un principio di coerenza, il comportamento del soggetto che dopo aver dato esecuzione ad un contratto pretenda poi in un momento successivo di impugnarlo (c.d. *venire contra factum proprium*).

negozi giuridici e nella tutela dell'affidamento del contraente che in buona fede ha intrapreso l'esecuzione.

Ciò nondimeno le ipotesi in commento sembrerebbero altresì essere il sintomo della tendenza dei privati ad agire molto più di quanto non regolino, di talchè vi è una interferenza osmotica tra l'efficacia intesa quale complessiva rilevanza dell'atto per l'ordinamento, e l'esecuzione dell'effetto. L'efficacia è, infatti, come si è già osservato, il presupposto per il dispiegamento di un effetto impegnativo e nel contempo la misura del grado di concreta realizzazione sul piano esecutivo dell'assetto di interessi diviso dalle parti.

Più precisamente, seguendo uno schema chiasmico, si può ragionevolmente sostenere che l'efficacia rinvia normalmente ad una successiva fase di esecuzione dell'effetto, laddove specularmente l'atto esecutivo anche quando nelle molteplici architetture procedurali foggiate dal legislatore o dai privati, precede cronologicamente l'efficacia del negozio, rinvia sempre ad una qualche di forma di rilevanza giuridica dell'atto¹⁰⁹. In definitiva, quindi, il punto centrale sul quale è opportuno focalizzare l'attenzione è che tra l'efficacia del contratto e l'esecuzione, al di là della loro collocazione cronologica nel ciclo seriale dell'autonomia privata, vi è sempre una cooperazione che trova conferma anche nelle fattispecie *de quibus*.

6. Segue. L'autonomia dei privati tra procedimento e rilevanza configurativa.

Come anticipato nei paragrafi precedenti, l'approccio dottrinale al rapporto tra l'esecuzione e l'effetto giuridico è marcatamente condizionato, sul piano retrospettivo, da una nozione di autonomia privata che pone l'accento sul contenuto del contratto inteso come precipitato della volontà delle parti nei limiti imposti dal legislatore. In tale ottica il negozio giuridico e, più specificamente, il contratto, si atteggiava a veicolo di attuazione della volontà dei paciscenti.

Il tutto muovendo dalla comune premessa della necessità, avvertita con diverse sfumature, di un previo riconoscimento o di un via libera alla potestà di autodeterminazione del privato ad opera dell'ordinamento giuridico¹¹⁰.

Pare dunque opportuno, a questo punto della trattazione, operare preliminarmente un breve *excursus* delle principali concezioni dogmatiche elaborate sulla questione. Ciò allo scopo di pervenire successivamente all'esame dei riflessi che il potere dispositivo dei paciscenti assume sul piano dinamico dell'azione dei privati e, di conseguenza, sul versante del dispiegamento degli effetti giuridici promananti dal negozio.

¹⁰⁹ A ben vedere infatti, un comportamento esecutivo è sempre foriero della produzione di effetti giuridici ulteriori. Si ponga mente, ad esempio, all'ipotesi estrema dell'adempimento dell'obbligazione avente fonte in un contratto nullo, fatto generatore di un effetto costitutivo dell'obbligazione restitutoria ex art. 2033 c.c.

¹¹⁰ Sul punto, S. ROMANO, *Autonomia privata cit.*, p. 9, il quale evidenzia come i manuali istituzionali contengano sovente al riguardo pochi cenni di richiamo nell'ambito della trattazione del negozio giuridico, inteso quale manifestazione più saliente della autonomia privata o autonomia della volontà. Il tutto dando per scontata la nozione ovvero rivelando una sorta di neutralità ed agnosticismo.

Al di là della comune premessa concettuale di fondo secondo cui l'autonomia privata si identifica in una potestà di autoregolamentazione di privati interessi, non vi è concordia di opinioni sul concreto valore giuridico impresso dal riconoscimento da parte dell'intervento statale al programma divisato dalle parti, nonché sulla identificazione del legame tra ordinamento statale ed ordinamento giuridico privato¹¹¹.

Come è noto, un risalente ed autorevole indirizzo dottrinale offre una nozione di autonomia privata incardinata sulla dicotomia diritto soggettivo-negozio giuridico. Questi ultimi per un verso sono ambedue dominati dalla libertà e dall'autoresponsabilità. Per altro verso, tuttavia, insiste tra loro la fondamentale differenza in forza della quale le situazioni giuridiche soggettive involgono la dimensione statica della ripartizione dei valori giuridici tra i consociati, laddove il negozio giuridico occupa una posizione dinamica in seno all'ordinamento, consentendone un rinnovamento in chiave distributiva tramite il fenomeno della circolazione di beni e l'utilizzazione dei servizi in conformità alle esigenze contingenti.

Sulla base di tali premesse la teoria in commento perviene alla conclusione che il riconoscimento statale opera su un duplice versante. Il primo consiste nella attribuzione all'autonomia privata del valore di fonte gerarchicamente subordinata di diritto oggettivo e, quindi, di norme giuridiche destinate a far parte dello stesso ordinamento che le riconosce. Il secondo versante attiene al riconoscimento del ruolo di presupposto fattuale dell'applicazione di norme giuridiche già disciplinate in astratto dallo stesso ordinamento giuridico¹¹².

¹¹¹ Sul punto S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 9, il quale osserva che le principali trattazioni sul tema ripropongono le considerazioni formulate sul terreno della teoria generale del negozio giuridico, in ambito contrattuale, muovendo in particolare dalle disposizioni di cui agli artt. 1322, 1372 c.c. Si parla così in alcuni casi di autonomia nel senso di libertà contrattuale, quale *sub specie* di autonomia negoziale. Altri autori polarizzano l'attenzione sulla funzione normativa dell'autonomia privata nonché sul valore precettivo delle norme private. Altri ancora, infine, rivolgono l'attenzione alla funzione normativa del contratto sia pure circoscritta a due soli soggetti.

¹¹² In tal senso, E. BETTI, *op.cit.*, pp.249 ss. il quale osserva che il negozio giuridico è la manifestazione fondamentale dell'autonomia privata alla quale l'ordinamento ricollega la creazione la modificazione e l'estinzione di rapporti giuridici disposti da norme. Queste ultime ricollegano il dispiegamento di tali effetti al negozio, inteso quale fattispecie necessaria e sufficiente. Ne deriva che tra l'interesse regolato dall'autonomia privata e la volontà regolatrice vi è immediata coincidenza in quanto afferenti alle medesime persone. Tanto premesso l'A. evidenzia che, nell'ipotesi di autonomia creatrice, l'ordinamento si limita a riconoscere ai singoli il potere di porre in essere fattispecie idonee a generare vincoli fra loro, con ciò emergendo i caratteri discretivi tra l'autonomia dei privati ed ogni altra forma di autonomia. In particolare, per quanto attiene alla competenza alla creazione di norme giuridiche conseguente al secondo versante in cui opera il riconoscimento ordinamentale, essa non assolve una funzione propriamente creativa ovvero integrativa del diritto oggettivo. Piuttosto viene riconosciuta ai singoli una competenza dispositiva, nel senso di riconoscimento e sanzione di un'efficacia vincolante già presente sul piano sociale e circoscritta unicamente alle parti contraenti, senza invadere la sfera giuridica dei terzi. Sono al riguardo sintomatici gli artt. 1372 cpv. c.c. che enuncia il principio di relatività del contratto, l'art. 1381 c.c. in tema di promessa del fatto del terzo; l'art. 1411 c.c. che subordina l'effetto incrementativo ed attributivo a favore del terzo ad un interesse

Altro indirizzo pone l'accento, invece, sull'aspetto dinamico della autonomia privata intesa quale potestà di darsi un ordinamento nel senso che all'esercizio di tale potere corrisponde una concreta organizzazione della propria sfera di autonomia tramite lo svolgimento di un procedimento giuridico.

Il tutto, come già evidenziato nel precedente paragrafo, facendo perno sul rilievo baricentrico della nozione di efficacia¹¹³ che esprime la relazione intercorrente tra l'ordinamento giuridico privato *id est* l'autonomia privata e l'ordinamento statale. Tale relazione si esplica appunto nel concetto di rilevanza che l'ordinamento statale attribuisce al contenuto del negozio tramite un'attività di limitazione e riconoscimento che lo accompagna costantemente.

Il procedimento giuridico si snoda dunque, in un ciclo negoziale completo¹¹⁴, sorretto in perfetto equilibrio dal duplice pilastro dell'ordinamento

dello stipulante. Vengono infine in considerazione le norme che contemplano il difetto di legittimazione a disporre quali, ad esempio, gli artt. 1188-1189; 1398; 1478; 1480, 2822 c.c. nonché le norme dettate dal legislatore in tema di limiti all'ammissibilità della gestione di affari altrui (artt. 2028, 2031 cpv.). L'indirizzo in commento ha costituito oggetto di rilievi critici che lo hanno ritenuto viziato da eclettismo e sostanziale contraddittorietà, nel senso che il problema afferente alla attribuzione di efficacia della volontà umana ad opera della legge andrebbe superato più che risolto. Dal negozio giuridico scaturirebbero, i fatti precettivi e non rapporti giuridici e se scaturiscono gli uni non possono esservi gli altri e viceversa. L'ordinamento giuridico, infatti, riconoscerebbe il negozio non come fonte di norme giuridiche ma di rapporti giuridici. Seguendo tale impostazione, si è parimenti rivolta la critica all'idea che possa esservi un'autonomia che si snoda nella trasposizione di un fenomeno sociale nella sfera giuridica previo riconoscimento del legislatore. Il riconoscimento statale, infatti, non significherebbe riconoscimento promanante da una fonte esterna ovvero creazione da parte dell'ordinamento di una fonte subordinata. Piuttosto il negozio sarebbe caratterizzato dalla produzione di un effetto fondamentale costituito dalla sua impegnatività od esistenza giuridica. In tal senso, L. CARIOTA FERRARA, *IL negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961 p. 61; sul punto, S. ROMANO, *Autonomia Privata*, cit. p. 12, il quale osserva come i rilievi in questione non colgano nel segno atteso che una dottrina precettiva presuppone l'introduzione di distinzioni al fianco delle norme ovvero tra le norme in guisa che è difficile valutarla senza avere un quadro chiaro di quella dottrina. La soluzione del problema trova invero la sua sede naturale nello studio degli atti della autonomia privata e non può essere racchiusa in pochi rilievi.

¹¹³ In tal senso, S. ROMANO, *Autonomia Privata*, cit., p. 115. Si veda anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 62 ss., il quale muove da una ricostruzione del sistema delle fonti del diritto in cui si distinguono tra loro quella legislativa, giudiziaria ed amministrativa. In tale ottica, spostando il baricentro dalla norma al comando, la fonte di produzione che riveste maggior rilievo per il suo valore precettivo è la amministrazione giuridica, intesa quale produzione del diritto in sede di autonomia. La formazione amministrativa del diritto non è infatti un fenomeno circoscritto al diritto pubblico. Si può infatti distinguere tra un'autonomia o amministrazione bilaterale che è identificabile nel contratto ed un'autonomia unilaterale identificabile nel negozio unilaterale, a seconda che la formazione del comando proceda da ambedue le parti ovvero da una soltanto. Sul punto S. ROMANO, *Autonomia Privata*, cit., p. 10, il quale osserva che la dottrina del Carnelutti rappresenta uno dei più coerenti e logici sviluppi verso una nozione organica di autonomia.

¹¹⁴ Sulla nozione dinamica di procedimento giuridico si vedano anche S. ROMANO *Introduzione allo studio del procedimento giuridico privato* cit. p. 7ss., si veda anche

giuridico privato e di quello statale¹¹⁵. Il ciclo dell'autonomia imprende pertanto da una fase genetica, per così dire «ascendente», di esercizio del potere normativo che culmina con il perfezionamento del contratto, e prosegue con una fase esecutiva che chiameremo per comodità «discendente», che si conchiude con l'ultimo atto della sequenza, l'adempimento.

Il rilievo teleologico unitario dell'ordine seriale di atti nella fase genetica di formazione del programma negoziale è affidato, in tale ottica, prevalentemente alla figura dell'onere, laddove nella fase esecutiva è per converso l'obbligo a rivestire una posizione dominante¹¹⁶.

La dottrina in questione ha l'indubbio merito di avere trasfuso il concetto di procedimento dal diritto pubblico al diritto privato, atteso che la dottrina civilistica, come peraltro evidenziato in apertura della presente trattazione, non ha sufficientemente considerato la nozione in questione polarizzando piuttosto rigidamente l'attenzione sullo studio della fattispecie, ed, in particolare, sulla fattispecie a formazione progressiva¹¹⁷.

In tale ottica l'impostazione metodologica in questione ha consentito di superare l'eccessivo rigore degli orientamenti tradizionali che al di là del mero ossequio formale alla capacità dei privati di autodeterminare il proprio assetto di interessi, operavano una frammentazione delle operazioni negoziali, dirette a realizzare in un unico contesto assetti di interessi di carattere composito¹¹⁸. In particolare sulla base di tali premesse, si sosteneva che i privati non potessero incidere sui procedimenti nominati di formazione del negozio ex art. 1326 ss. c.c.¹¹⁹. Veniva così ignorato quel fondamentale passaggio che lega flessibilmente in ogni singola fattispecie negoziale il voluto delle parti all'azione concreta, consentendo di identificare il concreto ambito di operatività della regola.¹²⁰ Il tutto

Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni, in Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza - Università di Firenze, Milano 2007, p. 32 ss.; R. FRANCO, *Autonomia Privata e procedimento di formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012.

¹¹⁵ Il rapporto tra ordinamento privato e statale nella disciplina del contratto si condensa efficacemente nell'analisi delle note tematiche del motivo e della causa.

¹¹⁶ In tal senso, S. ROMANO, *Autonomia Privata*, cit., p. 100.

¹¹⁷ Sul punto, S. ROMANO, *op. ult.cit.*

¹¹⁸ La procedimentalità in questione si può cogliere anche in fattispecie a formazione continuata o progressiva. Si ponga mente, per citare alcuni esempi, alla complessità delle trattative precontrattuali, alla combinazione tra accordo simulatorio e controdi chiarazione, alla sequenza contratto preliminare - contratto definitivo e tecniche esecutive di quest'ultimo, laddove è evidente che l'impulso procedimentale presenta profili controversi ed ambigui. In tal senso S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., p. 95.

¹¹⁹ In tal senso, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, p. 19, il quale osserva come la tradizione ha polarizzato il concetto di autonomia privata intorno allo schema elementare del *negotium quod est causa suis ipsius*.

¹²⁰ Sul punto, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 25; il padre spirituale della dell'attribuzione ai privati di una libertà di configurazione dei procedimenti negoziali è S. ROMANO in *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit. p. 80-81; si vedano anche A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, p. 425, il quale evidenzia che con il negozio configurativo le parti esplicano facoltà procedimentali già riconosciute dal legislatore, ovvero, pongono regole nuove e diverse

tramite la produzione di un effetto giuridico corrispondente al concreto assetto di interessi e, quindi, costituente il precipitato del voluto dei contraenti.

In tale contesto è stata elaborata in dottrina una nozione di negozio normativo c.d. configurativo¹²¹, espressione del potere dispositivo dei contraenti, idoneo ad incidere in maniera duttile sui procedimenti nominati di formazione del contratto, e, per quanto interessa da vicino in questa sede, sui procedimenti di esecuzione. Con tale negozio vengono infatti enucleati per un verso sul piano programmatico gli atti che contraddistinguono la complessiva operazione economica nel suo valore sostanziale e procedimentale e, per altro verso, viene foggato un ordine seriale di atti deputato alla attuazione di quanto programmato¹²².

Si tratta in altre parole di un atto, c.d. fondamentale, che si atteggia ad autentica «cabina di regia» dell'operazione negoziale producendo una sottocategoria di effetto procedimentale, il c.d. effetto configurativo, che, determinando il significato dei futuri comportamenti delle parti, colora di un dato significato anche l'operazione negoziale conferendole unità.

L'effetto configurativo, infatti, imprime un particolare valore giuridico corrispondente alla volontà dei paciscenti, la c.d. *Geltung* di matrice pandettistica, agli atti che compongono il procedimento esecutivo convergendo verso il risultato finale cui aspirano i contraenti. Più precisamente l'effetto in questione si inserisce in un meccanismo c.d. determinativo, nel senso che l'accordo delle parti non assume un significato precettivo come invece avviene per l'effetto impegnativo che si incardina nel programma negoziale. Non produce, infatti, un effetto dispositivo che incide direttamente nella sfera giuridica dei contraenti, i quali

mutando gli schemi formativi legali o creandone di nuovi; R. FRANCO, *Autonomia privata*, cit., p. 389 ss.

¹²¹ Osserva S. ROMANO in *Introduzione alla studio del procedimento*, cit., p. 77 ss; che il potere di configurazione del procedimento di formazione contrattuale in capo ai privati, viene talvolta recepito *apertis verbis* dal legislatore come avviene all'art. 1352 c.c. Altre volte, invece, il potere di configurazione si ricava implicitamente dalla previsione di presunzioni, come avviene all'art. 1520 u.c. in ordine al perfezionamento della vendita con riserva di gradimento in difetto di pronunzia del compratore. Altre volte ancora il potere configurativo si ricava da circostanze eterogenee quali la diversa volontà ex art. 1329 c.c., la previsione di impegni unilaterali o convenzionali ex art. 1331 c.c., ovvero atti di approvazione ex art.1341 c.c. Alla libertà dei paciscenti consegue dunque, secondo l'A., una autonomia di poteri negoziali di variazione del corso del procedimento stesso, sia pure entro le grandi linee di un sistema che si presenta comunque privo di rigidità. L'A. annovera tra i contratti che costituiscono espressione del potere di configurazione, i contratti normativi, tra i quali rientrerebbe in senso ampio il contratto preliminare; La funzione del preliminare sarebbe infatti quella di prevedere oltreché obbligare la formazione di un'altra norma ovvero del contratto denominato definitivo. La categoria dell'accordo configurativo è analizzata *ex professo* da G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 31 ss., del medesimo A., *Contratto preliminare*, cit., p. 108 ss. Si vedano anche B. TROISI, *La prelazione legale come regola privata integrativa del procedimento di formazione dei contratti*, in *Riv. dir.civ.*, 1984, II, p. 584 ss.; E. GABRIELLI, *Il Pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 139 ss. , V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino 1996, p. 226. *Contra* F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, in *Riv. Notar.*, 2001, p. 11 ss.

¹²² In tal senso, G. PALERMO, *op.ult.cit.* p. 25.

permangono liberi di attuare i comportamenti prefigurati in esecuzione del risultato programmato.

Si può dunque ragionevolmente sostenere che il negozio configurativo¹²³, come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, è il punto di sutura tra il pensiero e l'azione tra la determinazione e l'attuazione. Se è vero, infatti, che l'esecuzione, nella nozione retrospettiva e descrittiva esaminata in apertura del presente lavoro, segue sempre logicamente la creazione di una regola, è altrettanto vero che, come osservato¹²⁴ in dottrina, il negozio giuridico si esplica sia in dichiarazioni che in comportamenti. Un ordinamento giuridico non può, infatti, ritenersi effettivamente realizzato se alla enunciazione della regola non segua la fattiva instaurazione sul piano appunto fattuale ed empirico dei comportamenti materiali.

Il rilievo configurativo dell'autonomia privata, che di essa costituisce *la più limpida manifestazione*¹²⁵, è, infatti, il chiaro sintomo che l'esecuzione riveste un valore giuridico che travalica la nozione descrittiva esaminata in apertura del presente lavoro.

La nozione di negozio configurativo sottende, infatti, l'esistenza di un punto di tangenza tra l'ordinamento statale e l'autonomia privata, condensato nel sindacato che il giudice ex art 1322 c.c. esercita sulla meritevolezza degli interessi divisati dalle parti, consentendo alla regola espressa in regime di autonomia privata di produrre l'effetto impegnativo per i contraenti elevandosi a precetto¹²⁶.

A questo punto vale la pena osservare che il principio di atipicità contrattuale sullo sfondo del sindacato in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti, consente il superamento della opinione tradizionale secondo la quale gli effetti del contratto sarebbero *numerus clausus*.

E' vero, infatti, che la disciplina del nostro Codice civile circoscrive *prima facie* gli effetti del contratto al trasferimento di un diritto ed alla costituzione di una obbligazione, ma è altrettanto vero che alla atipicità del contenuto

¹²³ Il paradigma normativo del negozio configurativo e del correlativo effetto è stato identificato dalla dottrina nella disposizione di cui all'art. 1352 c.c. (c.d. patto sulla forma) che evidenzia il riconoscimento da parte del legislatore dell'interesse dei privati a modulare il procedimento di formazione del contratto. Parimenti è stato identificato in tutte quelle clausole che autorizzano il proponente o le parti ad operare una modificazione del rapporto originario nel corso dello svolgimento del contratto. Sul punto G. PALERMO *op.ult.cit.*, p. 26.

¹²⁴ In tal senso, S. ROMANO, *Autonomia Privata, cit.*, p. 90, il quale osserva che è vero che il negozio traslativo può determinare l'acquisto del diritto per effetto della semplice formazione della norma tramite una manifestazione di consenso ex art. 1376 c.c. Tuttavia non si potrà parlare di acquisizione effettiva senza che l'esercizio del diritto legalmente acquistato si concreti nel potere di fatto tramite la consegna del bene. Parimenti tale sostrato materiale è richiesto nei negozi obbligatori che comportino disponibilità di beni. In tale ottica possesso e detenzione rivelano un grande significato negli atti che conducono alla loro realizzazione sul terreno esecutivo

¹²⁵ In tal senso, G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 226.

¹²⁶ In tal senso, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale, cit.*, p. 61, il quale osserva che già l'attività ermeneutica dell'interpretazione che, come si evince dall'art. 1362 c.c., in prima battuta assume un carattere dichiarativo ed, in un momento successivo, esprime l'esigenza di plasmare la regola in modo oggettivo, evidenzia l'intervento sussidiario dell'ordinamento statale.

programmatico del contratto ex art. 1322 c.c., non può non corrispondere una atipicità degli effetti.

Ne deriva il corollario che l'effetto impegnativo, conseguente alla elevazione della regola negoziale a precetto, si proietta in una sequenza di effetti procedurali, tra i quali rientra la *sub specie* dell'effetto configurativo, tra loro morfologicamente eterogenei. Questi ultimi si snodano nelle molteplici architetture foggiate dai privati nel corso di un ordine seriale di atti che è espressione di una c.d. *autonomia dispositiva in movimento*¹²⁷.

Siamo dunque in definitiva giunti all'esame del c.d. fenomeno di liberalizzazione dell'effetto¹²⁸, costantemente osteggiato dalla dottrina tradizionale ed in una certa misura dalla giurisprudenza allorquando hanno affrontato la *vexata quaestio* della atipicità dei vincoli di destinazione¹²⁹. Queste ultime, al di là delle affermazioni di principio secondo cui nel negozio giuridico assume una posizione baricentrica il concreto voluto del suo autore, propugnano in termini rigoristi una ortodossa interpretazione della normativa vigente che porti ad enucleare una prerogativa del legislatore sulla determinazione delle tipologie di effetti diversi da quelli di carattere obbligatorio o reale che possono essere ricollegati all'atto di autonomia.¹³⁰ Tale opinione sembra tuttavia a nostro avviso permeata da un approccio metodologico imperativista che permane latente tra gli studiosi giuspositivisti¹³¹. L'impressione, infatti, è quella che al di là delle

¹²⁷ In tal senso, G. PALERMO, *op.cit.*, p. 66.

¹²⁸ Sul punto, G. PALERMO, *op. ult.cit.*, p. 63 ss.

¹²⁹ Da ultimo, Cass. civ., 14 ottobre 2008, n. 25132 in *Nuova giur.civ. comm.*, 2009, I, p. 425 con nota di I. L. NOCERA. Nel caso di specie si trattava di un contratto di compravendita stipulato tra due società avente ad oggetto il trasferimento di un immobile sito in un condominio. Il contratto *de quo* contemplava una clausola che sanciva il divieto di destinazione dell'immobile ad un uso diverso da quello di negozio. Era pertanto vietata qualsiasi diversa destinazione ed, in particolare, di esercitarvi attività di compravendita e/o di intermediazione immobiliare. In un momento successivo alla stipulazione, la società acquirente concedeva in locazione l'immobile ad una terza società che svolgeva proprio attività di intermediazione immobiliare. Il venditore esperiva, quindi, l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ed il convenuto eccepiva la nullità della clausola negoziale per violazione del principio enucleato all'art. 1379 c.c. in tema di divieto di alienazione. La S.C. rigetta il ricorso proposto dal convenuto soccombente nei precedenti gradi di giudizio, ritenendo meritevole di tutela l'interesse dell'attrice al rispetto della clausola in questione. Per un verso, infatti, si integravano gli estremi di un inadempimento non avente scarsa importanza alla luce di principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. Per altro verso la validità della clausola derivava dall'applicazione dell'art. 1379 c.c. estendibile a tutte le pattuizioni a carattere meramente obbligatorio che comportino la apposizione di vincoli di destinazione, i quali determinino incisive limitazioni al diritto di proprietà. Parrebbe, quindi, che l'art. 1379 c.c., apposto in seno alla disciplina generale del contratto nell'ambito dei divieti contrattuali di alienazione atipici, svolga la medesima funzione che l'art. 1322 c.c. assume in tema di contratti innominati.

¹³⁰ Sul punto, G. PALERMO, *op.ult. cit.*, il quale osserva che una diversa tipologia di effetti come quella caratterizzata dalla costituzione di un vincolo destinatorio tramite atti non riconducibili strutturalmente al contratto, non possono evincersi dalla introduzione dell'art. 167 c.c. per effetto della riforma del 1975 del diritto di famiglia.

¹³¹ Sul punto, M. JORI A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 60, i quali osservano come l'importanza attuale dell'imperativismo sta nella sua enorme

affermazioni di principio i fautori della tesi contraria a liberalizzare l'effetto, con un certo formalismo interpretativo concepiscano quest'ultimo quale prodotto della norma giuridica intesa come diretta espressione della volontà del legislatore. Con ciò escludendo surrettiziamente che vi sia in chiave ermeneutica qualsiasi discrezionalità dell'interprete nella identificazione di categorie di effetti che non siano sussumibili all'interno di un tipo legale¹³².

La possibilità di infrangere il dogma della tipicità degli effetti, che esprime la crescente esigenza di evitare che la vicenda giuridica, in quanto proiezione dinamica della situazione giuridica soggettiva afferente ad un dato contenuto contrattuale, resti ingessata nelle strette maglie delle categorie tipizzate o tipizzabili dal legislatore, parrebbe, si è osservato, avere trovato recepimento nell'art. 2645 *ter* c.c. La norma in questione parrebbe, infatti, costituire, sulla falsa riga delle moderne concezioni elaborate in ordine alla progressiva erosione del *numerus clausus* dei diritti reali, una sorta di contenitore elastico destinato ad accogliere tutte le operazioni negoziali in cui l'effetto destinatorio assume un rilievo non soltanto finale ma anche strumentale.

Donde la fattispecie recepita dal legislatore garantisce l'esercizio con qualunque tipo di negozio, compreso il testamento redatto in forma pubblica, di un potere diretto alla graduale instaurazione di un assetto di interessi tramite una pluralità di atti prodromici di amministrazione alienazione o reimpiego posti in essere anche da terzi gestori¹³³.

La tesi della liberalizzazione dell'effetto giuridico pare a nostro avviso condivisibile, atteso che costituisce ulteriore conferma del filo conduttore che lega effetto efficacia ed esecuzione sullo sfondo dell'autonomia privata procedimentale. Se assumiamo, infatti, che gli effetti del contratto ed il suo contenuto programmatico si saldano¹³⁴, non si capisce per quale ragione alla atipicità di contenuto non debbano corrispondere effetti altrettanto atipici. Tanto più che l'art. 1321 c.c. adoperando una formula per così dire *aperta*, definisce il

influenza sulle concezioni non articolate dei giuristi positivi. Mentre l'imperativismo come concezione generale del diritto è oggi poco popolare presso i teorici ed i filosofi del diritto, esso è, forse, la concezione implicita della normatività giuridica più diffusa tra i giuristi positivi. Questi ultimi continuano, infatti, a parlare di volontà del legislatore e delle norme come comandi di qualcuno (Stato e legislatore). Parimenti si descrive il processo interpretativo come se si trattasse di accertare la volontà di qualcuno. In questo caso la terminologia imperativistica non viene affatto usata in senso metaforico.

¹³² In tale ottica parrebbe invece meno rigorista l'approccio della giurisprudenza che, adoperando la nota scansione gerarchica tra gli strumenti ermeneutici dell'interpretazione soggettiva ed oggettiva, ammette la validità di quelle clausole dirette a produrre un effetto destinatorio atipico meritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c., quantunque di carattere obbligatorio e non reale.

¹³³ In tal senso, G. PALERMO, *op.cit.*, p. 66.

¹³⁴ Sul punto, V. ROPPO, *op.cit.*, p. 479 ss., il quale osserva come vi è un nesso tra effetti del contratto e contenuto. L'accordo, nella sua dimensione genetica, condiziona in modo assoluto gli effetti contrattuali di talchè senza accordi delle parti non c'è contratto e senza contratto non ci sono effetti contrattuali. Non è invece altrettanto pregnante il condizionamento che l'accordo, nella sua dimensione contenutistica imprime agli effetti contrattuali. La volontà delle parti è infatti la fonte primaria degli effetti contrattuali che corrispondono all'accordo ciò nondimeno vi è un'area di tali effetti che non è coperta dall'accordo ma da fonti di eterointegrazione dispositiva e cogente.

contratto quale atto di autonomia diretto non soltanto a costituire ed estinguere, ma anche a *regolare* rapporti giuridici patrimoniali. Orbene nel momento in cui ammettiamo che tale attività di regolazione e programmazione si traduce concretamente in un assetto di interessi multiforme entro i limiti del sindacato di meritevolezza, dobbiamo necessariamente sdoganare anche l'effetto giuridico dai limiti della tipicità¹³⁵.

Del resto se il dato comune dal quale muove la dottrina nella ricostruzione concettuale della nozione di autonomia privata è che essa si identifica nella potestà di darsi un ordinamento, non può non osservarsi che è del tutto evanescente la titolarità statica di un potere se ad esso non fa riscontro in chiave dinamica la possibilità di esercitarlo liberamente tramite la modulazione di effetti procedurali che di tale potere costituiscono la proiezione dinamica in *executivis*.

7. Interferenze tra programmazione ed esecuzione nel prisma dell'autonomia privata procedimentale.

Possiamo ora tentare di sciogliere un interrogativo lasciato in sospeso nel corso della presente trattazione, in merito alle difficoltà di ricondurre lo svolgimento dell'autonomia privata in sede programmatica ed esecutiva ad una rigida concatenazione di fasi.

Si è infatti osservato, da autorevole indirizzo, che è alquanto difficile ricostruire la natura di un atto muovendo dalla fase subprocedimentale in cui esso si colloca¹³⁶.

Orbene la perplessità manifestata trova in linea di principio condivisione. Le moderne architetture negoziali foggiate dai privati, e, come vedremo, quelle tradizionalmente enucleate dal legislatore, rivelano infatti, la presenza di determinate categorie di atti, inseriti in fasi di svolgimento del ciclo dell'autonomia privata, connotati da una autonoma caratterizzazione ontologica e funzionale.

Ciò nondimeno riteniamo che la conseguenza di tale presa d'atto non consista necessariamente nell'impossibilità di ricostruire l'*iter* di svolgimento dell'autonomia privata in chiave di fasi.

¹³⁵ Sul punto, V. ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato diretto da G. IUDICA E P. ZATTI, Milano, 2011, p.479 ss., il quale osserva che la dottrina normativista è solita negare la competenza dell'autonomia privata a disporre degli effetti del contratto. L'autonomia privata sarebbe infatti unicamente competente alla costruzione della fattispecie ed alla conclusione del contratto laddove la competenza a determinare gli effetti del contratto, corrispondenti alla fattispecie sarebbe riservata esclusivamente al legislatore.

L'A. definisce questa visione inaccettabile, poiché riduce indebitamente il ruolo dell'autonomia privata. Deve infatti riconoscersi l'abilitazione dell'autonomia privata a disporre degli effetti contrattuali nella stessa misura in cui è legittimata a disporre del contenuto contrattuale. Tanto si evince da una serie di meccanismi enucleati dal legislatore, quali ad esempio, la condizione, la simulazione ed il contratto fiduciario

¹³⁶ In tal senso, A. Di MAJO, *op.cit.*, p. 43.

Piuttosto è preferibile trasfondere *mutatis mutandis*, adoperando i principi elaborati dalla dottrina dello Stato sul piano della teoria generale del diritto¹³⁷, la nozione di fase programmatica ed esecutiva nel prisma dell'autonomia privata procedimentale. Ciò allo scopo di cogliere le fisiologiche interferenze che presiedono al rapporto tra programmazione ed esecuzione nel nostro ordinamento.

L'esigenza di modulare, per quanto possibile, i confini delle due sfere involge, infatti, aspetti di ordine non già meramente dogmatico ed astratto, ma anche pratico operativo.

Si ponga mente, ad esempio, ai requisiti di capacità per il valido esercizio del potere di regolazione che il legislatore agli art. 428 c.c. e 1425 ss. c.c. richiede in materia contrattuale, laddove non è richiesto per gli atti esecutivi con l'unica eccezione costituita dal pagamento dell'obbligazione naturale di cui agli artt. 2034 ss c.c.¹³⁸.

Il collante che accomuna l'ordinamento giuridico statale e quello privatistico è rinvenibile, infatti, nella evoluzione attraverso un ordine seriale di atti, ben nota agli studiosi del diritto amministrativo, ove il procedimento giuridico ha costituito oggetto ampio di studio ed approfondimento.

Lo svolgimento di qualsiasi autonomia intesa, come già si è avuto modo di osservare, quale potestà di darsi un ordinamento, muove, infatti, quasi in una sorta di cono rovesciato da una fase normativa «*a monte*» permeata da un elevato grado di astrazione e discrezionalità, che evolve gradualmente «*a valle*» in chiave di doverosità attraverso un progressivo restringimento delle maglie di esercizio del potere, e, quindi del margine di determinazione in capo al soggetto agente¹³⁹.

Giova tuttavia evidenziare che se la distinzione esaminata in astratto appare in linea di principio, di palmare evidenza¹⁴⁰, tanto l'analisi del diritto privato che

¹³⁷ E' la c.d. teoria gradualista di Hans Kelsen, già richiamata in apertura del presente lavoro. Non ignoriamo che, come osservato da autorevoli commentatori, la teoria del Kelsen, giurista della norma che trascura le nozioni di effetto concreto e di fatto, differisce profondamente dal pensiero di Salvatore Romano, definito giurista delle azioni. Ciò nondimeno, come già evidenziato, riteniamo che, poiché anche la prospettiva normativista di Kelsen non può prescindere dalla nozione di fatto e di effetto, le due prospettive possano integrarsi. In particolare, si cercherà di cogliere le potenzialità costruttive della teoria gradualista, in chiave di relatività della qualificazione degli atti che compongono il procedimento negozio nel pensiero di Salvatore Romano e, più in generale, dei fautori della nozione di negozio configurativo.

¹³⁸ In tal senso, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 21.

¹³⁹ Sul punto, S. ROMANO, *L'atto esecutivo, cit.*, p. 21, il quale osserva che si assiste al passaggio da una sfera normativa ampia, dominata dall'idea della legge, ad un momento successivo in cui gradualmente essa si presenta sempre più ristretta, nel senso di volizione preliminare che regola una successiva fase di volizione concreta.

¹⁴⁰ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 232, il quale osserva che nella fase programmatica i comportamenti ed il risultato finale sono oggetto della previsione delle parti, nel senso che la previsione unitamente all'oggetto della vita reale del contratto formano il contenuto del contratto. Quest'ultimo si compone del contenuto o struttura della previsione del tipo di comportamenti impiegati (dare, fare, non fare) più il risultato (ad esempio traslativo e di godimento) che le parti perseguono, nonché della combinazione del comportamento posto in essere dalle parti con il risultato finale. Nella fase esecutiva ritroviamo gli stessi elementi, questa volta non più come oggetto di previsione, ma come comportamenti effettivamente compiuti e risultato raggiunto. Tali elementi non possono

del diritto pubblico rivelano come, muovendosi sul piano pratico operativo delle singole fattispecie enucleate dal legislatore, essa tenda concretamente a sfumare assumendo contorni di relatività.

Si ponga mente, per rivolgere l'attenzione al campo del diritto pubblico, alla nota categoria dei regolamenti amministrativi. Non v'è chi non veda come collocandosi in una prospettiva gradualista, già richiamata in apertura del presente lavoro, questi ultimi si prestano ad una relatività della qualificazione nel senso che nel prisma del procedimento si atteggiano per un verso ad atti di regolazione afferenti alla sfera programmatica, dominata dall'idea della legge, se rapportati al successivo provvedimento amministrativo particolare e concreto. Per altro verso si atteggiano parallelamente ad atti esecutivi rispetto alla norma di legge generale.

Il fenomeno in questione si verifica *mutatis mutandis* anche nel procedimento privato laddove nessuno potrebbe negare con riferimento alla sequenza preliminare - definitivo che quest'ultimo è un atto di programmazione e regolazione, cui seguirà una successiva fase di realizzazione e sviluppo degli effetti corrispondenti al suo contenuto.

Non può tuttavia tacersi che il contratto definitivo costituisce nel contempo atto esecutivo posto in essere in attuazione del programma negoziale contenuto a monte nel contratto preliminare.¹⁴¹ Analogo ordine di considerazioni può svolgersi per un negozio normativo che regoli in tutto od in parte il programma di un futuro negozio.

Siamo dunque pervenuti nuovamente all'affermazione formulata in apertura del presente lavoro secondo la quale i privati agiscono molto più di quanto non regolino, che come si è avuto modo di osservare, è intrisa di un pregante significato di ordine dogmatico. Invero i privati non si preoccupano dell'inquadramento dogmatico delle loro azioni che non con pochi sforzi deve essere ricostruito a posteriori dall'interprete. Il procedimento giuridico privato il più delle volte non inizia, infatti, con la formale redazione di un contratto, ed anche quando ciò accade non si volge regolarmente fino alla fase finale di un'esecuzione. Piuttosto i privati pongono in essere dei comportamenti e degli atti esecutivi che impongono una sorta di ricostruzione a posteriori tramite una sorta di *regressus*¹⁴².

L'interferenza tra sfera programmatica ed esecutiva nel diritto privato è, in particolar modo, cristallizzata in una pluralità di istituti aventi quale collante comune un dialogo continuo tra programmazione ed esecuzione.

Si ponga mente, ad esempio, alla nota categoria dei contratti reali laddove la fattispecie si perfeziona geneticamente tramite il compimento di un atto esecutivo, la consegna. La *ratio* di tali contratti, come è noto, è tradizionalmente identificata nella circostanza che la consegna è il sintomo della volontà di assumere un

che essere esterni rispetto al contratto. Esterni non come l'oggetto rispetto alla causa, ma come lo è l'attuazione rispetto alla previsione, l'azione rispetto al pensiero, il concreto rispetto all'astratto. Ambedue le fasi o momenti sono, invece, interni rispetto alla sequenza che distingue l'attività contrattuale che si svolge secondo una linea dinamica propria. L'A. da atto della necessità di indagare l'ampiezza delle due sfere, atteso che se è vero che, in linea di principio, l'una si attegge a proiezione dinamica dell'altra, è parimenti vero che ambedue non collimano in senso assoluto.

¹⁴¹ Sul punto, S. ROMANO, *op.ult. cit.*, p. 22.

¹⁴² In tal senso, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 22.

vincolante impegno giuridico. Nei contratti reali gratuiti, quali la donazione manuale ed il comodato, la *ratio legis* della realtà si colloca nella prospettiva della causa del contratto. La consegna infatti, assume in tali ipotesi il pregnante valore di elemento esterno diretto a corroborare la debole causa del contratto quale indice esteriore della serietà e vincolatività dell'impegno¹⁴³. Donde l'atto esecutivo che conchiude il procedimento di formazione del contratto dialoga con la causa e si colora di programmaticità.

Altra ipotesi sintomatica delle fisiologiche interferenze tra i due piani è la risoluzione del contratto. Orbene l'art. 1321 c.c. parla di vicenda estintiva con riferimento al rapporto, l'art. 1372 c.c., invece, si riferisce all'atto¹⁴⁴. Infine agli artt. 1453 ss. c.c., laddove disciplina l'istituto della risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive, il legislatore adopera nuovamente l'espressione risoluzione con il chiaro intento di riferirsi al rapporto sul piano funzionale volto alla realizzazione del concreto assetto di interessi programmato dalle parti.

La misura della realizzazione di tale programma, come si è già avuto modo di osservare, è l'efficacia del contratto, nel senso che l'omessa esecuzione del programma rinvia alla risoluzione del contratto e, quindi, all'inefficacia intesa quale perdita della sua complessiva rilevanza per l'ordinamento. Donde la risoluzione tocca un punto di saldatura tra il programma negoziale e la sua esecuzione.¹⁴⁵

Altro ambito nel quale si misura storicamente la interferenza tra sfera programmatica ed esecutiva è senza ombra di dubbio quello della *vexata quaestio* sulla ricostruzione della natura giuridica di quell'atto esecutivo puro che è il pagamento che, secondo taluni, integrerebbe un negozio giuridico, laddove altri parlano di atto in senso stretto¹⁴⁶ ed altri ancora, infine, di fatto in senso stretto¹⁴⁷.

¹⁴³ Sul punto, V. ROPPO, *op.cit.*, p. 128 ss., il quale osserva che proprio per tale ragione non è ipotizzabile una impegnativa variante dei contratti reali gratuiti. Riteniamo altresì sintomatiche le ipotesi di perfezionamento del contratto tramite la sequenza proposta-inizio di esecuzione ex art. 1327 c.c. ed, infine, l'obbligazione di indennizzo ex art. 1328 c.c. che sorge in capo al proponente che abbia revocato la proposta allorché la controparte abbia iniziato in buona fede l'esecuzione del contratto.

¹⁴⁴ In tal senso, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, pp. 37, 38. il quale osserva che il mutuo dissenso tende sostanzialmente a privare un negozio precedente della sua efficacia e, quindi, del suo potenziale di attuazione sopprimendo il corso esecutivo. Si veda altresì A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, per il quale il mutuo dissenso e molti altri istituti incidono sul negozio inteso come autoregolamento dotato di rilevanza giuridica.

¹⁴⁵ Sul punto, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 38 il quale osserva che la frase corrente secondo cui la risoluzione tocca il rapporto e non l'atto necessita l'ulteriore precisazione che la risoluzione tocca la saldatura dell'atto con l'esecuzione. La risoluzione, infatti, impedisce l'esecuzione e dall'inesecuzione nasce la risoluzione.

¹⁴⁶ In tal senso, S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 22, il quale richiama la *vexata quaestio* sulla natura di contratto o negozio bilaterale non contrattuale, ovvero di negozio unilaterale ovvero di atto in senso stretto o ancora di mero fatto che determina l'estinzione dell'obbligazione. Più avanti l'A. osserva come sia posto in dubbio lo stesso carattere volontario del pagamento posto in essere da un debitore naturalmente incapace. Parimenti controversa è la qualificazione del comportamento del creditore che riceve la prestazione, comunemente denominato accettazione, nonché il regime formale *ad probationem* dei pagamenti ed il loro inquadramento negli atti trascrivibili ex art. 2645 c.c. Il tutto a voler sorvolare sulle problematiche afferenti l'aspetto causale. A nostro avviso è altresì

Ma il terreno sul quale si misura più marcatamente l'interferenza tra le due fasi è dato dalla c.d. categoria del comportamento negoziale, laddove l'atto esecutivo è idoneo a modificare non soltanto la realtà materiale ma anche l'ordinamento giuridico. In particolare viene in considerazione quella categoria di comportamenti afferenti alle c.d. manifestazioni tacite. Come osservato, infatti, il negozio si estrinseca tanto in dichiarazioni che importano una carica innovativa dell'ordinamento enucleando norme giuridiche, sia in comportamenti esecutivi di una norma che realizzano conservano e tutelano le situazioni giuridiche soggettive preesistenti senza introdurre alcuna innovazione¹⁴⁸.

E' vero, infatti, che in linea di principio il comportamento si contrappone alla dichiarazione, sostanziandosi in un'operazione che determina un mutamento della realtà oggettiva. In tale ottica, infatti, si differenzia dalla dichiarazione che corrisponde al momento programmatico cronologicamente distinto dalla successiva fase di esecuzione ed attuazione. Ciò nondimeno non può tacersi che, come autorevolmente osservato, il comportamento negoziale segna la compenetrazione quantomeno parziale¹⁴⁹ tra il momento soggettivo programmatico, il c.d. voluto, ed il momento esecutivo intriso di oggettività, particolarmente evidente nelle c.d. manifestazioni tacite. Compenetrazione che ancora una volta, si ribadisce, trova la sua chiave di volta nella nozione di efficacia intesa quale rilevanza dell'atto conseguente al riconoscimento

sintomatica la *vexata quaestio* afferente alla ricostruzione della natura giuridica di quel tipico atto esecutivo costituito dall'individuazione ex art. 1378 c.c., che la dottrina definisce in alcune occasioni come fatto, in altre come atto materiale, ed altre volte ancora come negozio giuridico.

¹⁴⁷ La ricostruzione dell'atto si adempimento quale fatto in senso stretto è stata sostenuta in tempi relativamente recenti a C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 266. L'opinione in questione è stata sostenuta sulla scorta di un duplice ordine di argomentazioni, l'uno normativo l'altro, invece, sistematico. Sul piano normativo si è fatto riferimento all'art. 1191 c.c., quale sintomo della irrilevanza della volontà ai fini della produzione degli effetti tipici dell'adempimento. Tali effetti, si produrrebbero, infatti, anche nella ipotesi di incapacità del *solvens*. Un'ulteriore conferma sarebbe poi data dalla irrilevanza ex art. 1190 c.c. della incapacità del creditore che abbia ricevuto il bene dovuto, ai fini del perfezionamento della fattispecie. Sul versante sistematico sono stati quindi richiamati gli istituti dell'adempimento del terzo e della esecuzione forzata, quali sintomi di una *ratio legis* diretta alla produzione di effetti tipici dell'adempimento indipendentemente dalla volontà dei titolari del rapporto obbligatorio. Sul punto, C. CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996 pp. 26 ss.

¹⁴⁸ Sono tali, ad esempio, per quanto attiene al campo del diritto amministrativo, gli ordini, i comandi, i divieti e, per quanto attiene, ad esempio, il campo del diritto privato, le ricusazioni, i rifiuti, le fissazioni di termini entro i quali si chiede il compimento di un atto ovvero di una risposta o di un'accettazione. Vengono poi in considerazione le c.d. dichiarazioni di rappresentazione quali, certificati di lavoro ex art. 2124 c.c., quietanze di pagamento ex art. 1199 c.c., nonché rettifiche, correzioni e precisazioni. Sul punto, S. ROMANO, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁹ Come osserva S. ROMANO, *op.ult.cit.*, p. 30, si tratta ad ogni buon conto di una compenetrazione parziale. La compenetrazione tra coscienza e volontà del comportamento e gli effetti pratici di modificazione della realtà oggettiva non è presente in tutte le ipotesi. In tale ottica le qualifiche di manifestazioni tacite, fatti concludenti e simili, appaiono equivoche.

promanante del legislatore, e, nel contempo, misura dell'esecuzione di un dato assetto di interessi.

E' emblematico al riguardo l'art. 476 c.c. che disciplina la c.d. accettazione tacita dell'eredità, che si integra allorché il chiamato compia un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede. Non v'è chi non veda come ci troviamo dinanzi ad un comportamento esecutivo che incide su un determinato momento dell'*iter* negoziale. Si è infatti osservato che la norma in questione evidenzia un contrasto apparente tra due poli, l'uno soggettivo, che involge la volontà del soggetto agente, l'altro, invece, oggettivo, afferente all'atto che non avrebbe il diritto di compiere se non in qualità di erede. Il legislatore pone l'accento sul momento oggettivo enucleando successivamente una pluralità di comportamenti sintomatici della volontà di accettare. Ma la tensione tra i due poli non può tradursi in una elisione del momento volitivo, di talché si impone la necessità di un rinvio ad un fattore causale a monte che colora programmaticamente il significato di quel dato comportamento negoziale. La norma in questione in alcuni casi, quale quello in esame, è enucleata direttamente dal legislatore laddove altre volte, invece, è una norma di autonomia privata, che, come avviene nel caso del negozio configurativo, imprime un dato significato alla pluralità di comportamenti esecutivi posti in essere in attuazione di un determinato assetto di interessi.

Il medesimo schema di ragionamento viene riprodotto *mutatis mutandis* nella simulazione relativa ex art. 1415 c.c., che ci spiega in maniera emblematica come l'autonomia privata si esprima maggiormente nella fase esecutiva piuttosto che di regolazione.

Anche in questo caso, infatti, ci troviamo dinanzi ad una apparente discrasia tra il polo soggettivo afferente all'assetto di interessi, simulatamente programmato dalle parti e quello oggettivo, costituito da un'attività esecutiva che si colloca a valle. Orbene, poiché il comportamento esecutivo dei contraenti esige nel nostro sistema, dominato dal fattore causale, un collegamento con il contenuto programmatico del negozio, il legislatore, anche in tal caso, pone l'accento sul piano oggettivo dell'esecuzione, riconoscendo l'efficacia¹⁵⁰ del diverso fattore causale contenuto nel negozio dissimulato che ha trovato effettiva realizzazione sul piano esecutivo. Donde la cabina di regia che colora di significato normativo l'intera operazione, componendo la apparente discrasia tra il voluto dei contraenti e la fase di realizzazione dell'assetto di interessi, è la norma programmatica contenuta nel negozio dissimulato. La circostanza che il legislatore ponga l'accento sul piano oggettivo dell'esecuzione, è del resto confermata, a tacer d'altro, dall'atteggiamento della stessa giurisprudenza. Invero quest'ultima, nell'ipotesi in cui sia un terzo rispetto al contratto ad agire per ottenere una declaratoria di inefficacia del negozio simulato, ammette con una sorta di *regressus* la prova del negozio dissimulato con ogni mezzo senza limiti o restrizioni di sorta e, quindi, anche attraverso presunzioni semplici afferenti al complesso delle circostanze e dei comportamenti esecutivi dell'operazione economica oggettivamente considerata.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ancora una volta, dunque, l'efficacia è per così dire il «termometro» della effettiva realizzazione dell'assetto d'interessi programmato dalle parti.

¹⁵¹ Sul punto, S. ROMANO, *op.ult. cit.*, p. 31; in giurisprudenza si vedano in materia successiva Cass., sez. II, 13 novembre 2009, n. 24134, in *Guida. dir.*, 2010,1, p. 53.;

Non v'è chi non veda dunque come, in definitiva, le due fattispecie menzionate evidenzino il ruolo baricentrico nella ricostruzione dell'operazione negoziale svolto dall'atto esecutivo che conchiude a valle il ciclo negoziale.

E' quest'ultimo, infatti, la base di partenza dalla quale muove l'interprete il quale attraverso un cammino a ritroso deve ricostruire l'assetto normativo che si trova a monte. A ciò aggiungasi che le fattispecie in questione evidenziano come tra fase esecutiva e fase programmatica vi sia incontrovertibilmente uno stretto rapporto di osmosi, nel senso che a partire da quell'atto esecutivo puro che è l'adempimento vi è sempre un rinvio a monte ad una causa afferente ad un dato programma negoziale. L'osmotica interferenza tra programmazione ed esecuzione trova ulteriore riscontro nel rapporto chiasmico intercorrente tra efficacia ed esecuzione, già analizzato nei paragrafi precedenti, nel senso che l'efficacia è la misura dell'esecuzione, laddove l'esecuzione richiama sempre una qualche forma di efficacia riconducibile ad una norma programmatica a monte.

8. Programmazione ed esecuzione nei contratti ad efficacia obbligatoria.

I riflessi della ricostruzione del trinomio effetto efficacia esecuzione sullo sfondo del rapporto intercorrente tra regolazione ed esecuzione, si colgono in particolare sul piano pratico delle sequenze contrattuali ad efficacia obbligatoria e traslativa tradizionalmente enucleate dalla dottrina¹⁵².

Cass. sez. II, 19 marzo 2010, n. 6709 in *Giust. civ.* Mass. 2010, 3, p. 400, che esprimono il granitico principio secondo cui l'esistenza dell'accordo simulatorio si ricava adoperando gli ordinari strumenti dell'ermeneutica, muovendo dai comportamenti esecutivi che si collocano a valle. Si ponga mente, per citare un esempio, all'ipotesi in cui è l'erede legittimario pretermesso ad agire in simulazione per ottenere una declaratoria di inefficacia di un contratto di compravendita dissimulante una donazione. Orbene, la casistica giurisprudenziale evidenzia come assolvano particolare rilievo ex art. 2729 c.c. oltre, ovviamente, alla omessa dazione del corrispettivo, al venditore, la presenza o meno di rimesse sul deposito bancario del *de cuius* al momento dell'*exitus*, l'età avanzata di quest'ultimo allorquando ha stipulato il contratto ed, infine, le sue precarie condizioni di salute.

¹⁵² I procedimenti di contrattazione reale costituiranno oggetto di approfondita analisi nel successivo capitolo III, allorquando si tratterà la ricostruzione sul piano strutturale e funzionale della prestazione in luogo di adempimento ex art. 1197 c.c. Sulla distinzione invece tra contratti ad efficacia reale e contratti ad efficacia obbligatoria si veda C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 326, il quale osserva che il contratto può diversamente qualificarsi a seconda degli effetti che produce. Donde parleremo di contratto obbligatorio, allorquando esso produce effetti costitutivi di un rapporto obbligatorio, laddove parliamo di contratto reale allorquando il produce un effetto reale immediato. L'immediatezza dell'effetto è espressione del tradizionale principio consensualistico che trova generale applicazione nell'ambito di tutti i contratti di alienazione. Ciò nondimeno non sempre, come è noto, i contratti di alienazione producono l'immediato acquisto del diritto in capo all'alienante. L'A. distingue, quindi, le ulteriori categorie dei contratti reali che si perfezionano con la consegna del bene ed i contratti accertativi con i quali le parti riconoscono l'esistenza od il contenuto di un loro rapporto giuridico. Tale ultima categoria costituisce un contratto atipico non espressamente contemplato dal legislatore, ma generalmente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si veda anche V. ROPPO, *op.cit.*, pp. 480 ss., il quale, dopo avere richiamato la tradizionale distinzione tra contratti

Come è noto, infatti, il contratto ad effetti obbligatori costituisce il terreno privilegiato nel quale si esplica la diarchia programmazione ed esecuzione ed, in particolare, il già menzionato rapporto di derivatività dell'esecuzione dall'effetto. Proprio in tale ambito, infatti, emerge con solare evidenza una situazione di necessità esigenziale e problematica, afferente ad una fase programmatica intesa quale precipitato dell'accordo delle parti. I contratti in questione programmano infatti per un verso il risultato finale dell'operazione e nel contempo destinano i mezzi strumentali al suo raggiungimento¹⁵³. La fase programmatica, che sancisce la nascita dell'obbligazione, si proietta dunque dinamicamente in una successiva fase attuativa che si manifesta in un'attività materiale (in particolare l'adempimento) diretta al perseguimento del risultato finale cui aspira il creditore.

Le considerazioni preliminari sin qui formulate reagiscono con la tradizionale contrapposizione dogmatica tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹⁵⁴, incardinata sulla contrapposizione tra comportamento strumentale e risultato finale. Non vi è dubbio, infatti, che l'evoluzione del ciclo dell'autonomia privata nelle due fasi di regolazione ed attuazione, sarebbe, seguendo tale ricostruzione, più evidente nell'obbligazione di risultato, laddove verrebbe in un certo qual modo edulcorata nell'obbligazione di mezzi ove l'adempimento soddisfa unicamente un interesse strumentale del debitore.

Ciò nondimeno, come è noto, le più avanzate e recenti elaborazioni dogmatiche, peraltro accolte anche dalle più recenti pronunce giurisprudenziali¹⁵⁵,

ad efficacia reale e contratti ad efficacia obbligatoria, evidenzia l'esistenza nel nostro ordinamento di limiti esterni ed interni alla concreta operatività del principio consensualistico, al quale le parti possono liberamente derogare. Donde il principio *de quo* riveste a ben vedere un valore tendenziale nel nostro ordinamento.

¹⁵³ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.* p. 237.

¹⁵⁴ La distinzione che gravita in torno alla ricostruzione del rapporto intercorrente tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c. è accettata da E. BETTI in *Teoria generale delle obbligazioni I, Prolegomeni: Funzione economico sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 127 ss. il quale osserva che quantunque l'art. 1176 enuclei il criterio della diligenza che appare *prima facie* connotato da generalità, avendo quali destinatari la totalità dei rapporti obbligatori senza distinzioni, non può accettarsi un' impostazione superficiale assisa sul principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Invero, osserva l'A., talune obbligazioni, quali, ad esempio, quelle assunte dal prestatore d'opera hanno quale termine di riferimento un congegno di cooperazione valutabile alla stregua di diligenza e di abilità tecnica, nel senso che non è dovuto il risultato finale ma l'attività produttiva dell'interesse del creditore. Quest'ultima deve essere vagliata alla stregua dei canoni di diligenza ed abilità tecnica che costituiscono l'oggetto della prova liberatoria del debitore. In altre obbligazioni, invece, ciò che il debitore deve non è un'attività ma un risultato finale, un *opus* inteso quale *utilitas* finale conseguente all'esercizio di una determinata attività strumentale. Ciò nondimeno, a differenza della prima categoria di obbligazioni, la prova liberatoria non è in questo caso circoscritta al rispetto dei canoni di diligenza nell'esercizio dell'attività strumentale. Piuttosto il debitore dovrà dimostrare anche che la formazione dello *opus* è stata impedita da una causa estranea alla sua sfera di controllo, a lui non imputabile.

¹⁵⁵ In giurisprudenza in tema di responsabilità medica si vedano Cass. S. U., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e Responsabilità*, 8-9, 2008, con nota di A. NICOLUSSI, p. 781 ss.; osserva l'A. che l'evoluzione giurisprudenziale evidenzia dapprima il passaggio dalla tradizionale impostazione novecentesca alla ammissione che, giusta la regola enucleata dall'art. 2236 c.c., l'obbligazione del medico andrebbe trattata come un'obbligazione di

evidenziano la progressiva erosione della distinzione in commento. Ciò sulla scorta della integrazione della disciplina di cui all'art. 1176 c.c. con la disciplina dell' art. 1218 c.c. che non sono poli opposti dalla circoscritta sfera applicativa, l'uno diretto a disciplinare l'aspetto soggettivo della prestazione, l'altro, invece, quello oggettivo. Piuttosto, si è osservato, sono norme connotate dalla massima generalità dirette a disciplinare aspetti diversi del rapporto obbligatorio unitariamente considerato. Nel solco di tale impostazione pare infatti opportuna una separazione tra oggetto dell'obbligazione e risultato dedotto nel contenuto¹⁵⁶ dell'obbligo. Se, infatti, l'oggetto dell'obbligazione inteso quale sintesi degli interessi protetti da una norma giuridica corrispondente al programma negoziale, può consistere in un'attività strumentale, anche l'*utilitas, id est* il risultato finale corrispondente alla concreta attuazione del contenuto dell'obbligo tramite l'esecuzione della prestazione, può parimenti consistere nello svolgimento di una determinata attività del debitore. Donde anche nelle obbligazioni di mezzi la sequenza programmazione – esecuzione si esplica al massimo livello atteso che anche le obbligazioni c.d. di mezzi perseguono comunque un risultato finale.

Pare invece utile a nostro avviso, agli effetti di una compiuta ricostruzione del rapporto tra programmazione ed esecuzione nella sequenza dei contratti ad effetto obbligatorio, recuperare la distinzione propugnata dalla teoria tradizionale, tra interesse finale e strumentale del creditore che richiama l'omologa distinzione tra vicenda finale e strumentale. Quest'ultima è fondamentale nell' economia dell'impostazione dogmatica qui accolta, secondo la quale anche l'effetto giuridico denota ontologicamente una attitudine a regolare una successiva attività materiale esecutiva

Si tratta, quindi, di approfondire in tale ottica se nel ciclo dell'autonomia privata l'effetto costitutivo obbligatorio sia l'oggetto immediato della volontà delle parti, in quanto corrispondente all'interesse finale dei contraenti, ovvero si atteggi a *quid medium* strumentale.

risultato, frammentando il sistema della responsabilità in tre tronconi (risultato, mezzi ed interventi di difficile esecuzione). Successivamente si è definitivamente rinnegata la categoria delle obbligazioni di mezzi, nel senso che tutte le obbligazioni sono disciplinate dall'art. 1218 c.c., salvo la applicazione di un regime meno rigoroso quando la esecuzione della prestazione implichi la soluzione di questioni tecniche di particolare difficoltà. L'art. 1218 c.c. detta, quindi, una regola generale, laddove l'art. 1176 comma 2 c.c. non limita di certo l'oggetto dell'obbligazione del professionista, ma connette la diligenza tecnica all'affidamento ingenerato sulla natura professionale dell'attività esercitata. Osserva infatti la S.C. che le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono anche un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato. Il profilo oggettivo della prestazione dovuta si ricava del resto, agevolmente, dalla disciplina del contratto d'opera e del contratto d'opera professionale che agli artt. 2236 e 2237 c.c. adoperano l'espressione *risultato, risultato ottenuto e risultato utile*. In tal senso, Cass., 13 aprile 2007, n. 8826 in *Resp. Civ. e prev.* con nota di GORGONI, p. 1824 ss., Cass. S. U., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, p. 781 ss., con nota di NICOLUSSI.

¹⁵⁶ La distinzione è adoperata da R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 107, il quale assume un nozione di oggetto dell'obbligazione quale sintesi delle posizioni giuridiche correlative che animano il rapporto. A differenza nostra l'A. perviene tuttavia alla conclusione che l'oggetto del rapporto non può essere identificato con uno dei soggetti del rapporto né tanto meno con un'attività

Orbene l'insegnamento tradizionale¹⁵⁷, sosteneva con una certa circolarità che l'oggetto ed il contenuto programmatico del contratto obbligatorio si identificano con l'assunzione stessa dell'obbligazione, nel senso che il concreto voluto delle parti *id est* l'accordo, ha direttamente ad oggetto la costituzione di una obbligazione.

In tale ottica si è osservato che il rapporto obbligatorio *tout court* andrebbe distinto non soltanto dai contratti ad efficacia reale ma anche da quelle categorie di contratti che pur producendo interinalmente effetti obbligatori, programmano il perseguimento di un risultato finale che si riassume nel dispiegamento di un effetto diverso da quello obbligatorio. E' il caso, ad esempio, delle vendite c.d. obbligatorie laddove il risultato finale è dato dal dispiegamento di una attribuzione traslativa cronologicamente differita, ma comunque riconducibile alla manifestazione di consenso dei contraenti. Donde, seguendo tale impostazione, parrebbe che l'effetto obbligatorio per c.d. puro, promanante dal contratto, si atteggi a vicenda *ex se* compiuta, corrispondente all'interesse finale dei contraenti, di modo che non necessiterebbe di ulteriore esecuzione.

L'impalcatura tradizionale presta tuttavia il fianco a rilievi critici incardinati sul confronto con il trinomio norma, fattispecie, effetto. Il dispiegamento dell'effetto obbligatorio, è, infatti, il risultato della complessiva rilevanza che l'ordinamento giuridico riconosce al contratto in chiave di efficacia. Donde l'obbligo sarebbe unicamente l'oggetto mediato della volontà dei contraenti laddove l'oggetto diretto sarebbe dato dal risultato pratico ed empirico conseguente all'attività materiale di attuazione che si esplica nell'adempimento. L'effetto obbligatorio riveste, quindi, in definitiva, il carattere di *quid medium* strumentale che, come si è già avuto modo di osservare nei precedenti paragrafi, necessita per antonomasia di una successiva fase realizzativa ed attuativa¹⁵⁸.

Sembra dunque preferibile, agli effetti della ricostruzione della sequenza, approfondire a questo punto il rapporto intercorrente tra il *genus* del contratto ad efficacia obbligatoria ed il negozio ad efficacia strumentale.

¹⁵⁷ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 232.

¹⁵⁸ Analogamente, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 233, il quale osserva che è la norma di legge a valutare un comportamento come lecito od illecito e nell'ambito dell'illecito come doveroso. La volontà delle parti si limita, infatti, a programmare e prevedere i comportamenti richiesti, laddove la valutazione formale di essi spetta alla norma formale di legge. Donde le parti non vogliono l'obbligo e, anche qualora lo vogliano, tale circostanza sarebbe ininfluenza ai fini della costruzione giuridica. Ciò che rileva, infatti, è che le parti vogliono quel comportamento materiale che costituisce il supporto dell'obbligo. Alle medesime conclusioni, osserva l'A., si perviene se si abbandona la concezione del negozio giuridico, inteso quale dichiarazione di volontà, a favore di della concezione di comportamento normativo *id est* di autoregolamento di privati interessi. Ne deriva che l'effetto obbligatorio si salda con il contenuto del contratto, identificandone l'essenza impegnativa, di talchè non può costituire il risultato finale cui tendono le parti del contratto.

Invero la dottrina tradizionale ¹⁵⁹, muovendo da una nozione descrittiva di efficacia, intesa quale attitudine del contratto alla produzione di effetti, suole distinguere tra negozio ad efficacia diretta o finale e negozio ad efficacia strumentale. La distinzione tra le due categorie poggia più precisamente sul rapporto intercorrente tra l'oggetto del negozio inteso quale risultato finale che le parti si prefiggono di raggiungere e l'efficacia che il diritto positivo assegna al negozio stesso. Qualora questi due piani coincidano si suole parlare di negozio ad efficacia diretta e finale, tenuta debitamente distinta dall'efficacia immediata, nel senso che possono aversi contratti ad efficacia diretta diluita nel tempo.

Qualora invece difetti la diretta realizzazione dell'oggetto del contratto in senso specifico, si avrà contratto ad efficacia strumentale.

La distinzione in commento che, astrattamente, si presenta di palmare evidenza, non va, tuttavia, confusa con la distinzione concettuale tra contratti ad efficacia obbligatoria e contratti ad efficacia traslativa.

Giova infatti evidenziare che tra il negozio ad efficacia strumentale ed il negozio ad efficacia finale vi sono delle interferenze, rilevate dagli stessi fautori della distinzione in commento, che in un certo qual modo riflettono a nostro avviso le interferenze fisiologiche tra programmazione ed esecuzione esaminate nel precedente paragrafo.

Come osservato dalla dottrina, se, infatti, alcuni negozi quali, ad esempio, la rinuncia sono per antonomasia ad efficacia diretta, in altre occasioni ci troviamo dinanzi a contratti quali ad esempio, le vendite ad efficacia traslativa, che partecipano dei caratteri del contratto ad efficacia diretta se polarizziamo l'attenzione sull'effetto traslativo. Ciò nondimeno possono essere sussunti nel *genus* del contratto ad efficacia strumentale, se si polarizza l'attenzione sull'effetto costitutivo obbligatorio avente ad oggetto la consegna del bene e, quindi, sulla immissione in possesso del bene attraverso la *traditio*.¹⁶⁰

L'impostazione in commento ha tuttavia prestato il fianco a rilievi critici espressi da autorevole dottrina¹⁶¹, incline a valorizzare la peculiarità del contenuto programmatico del contratto ad efficacia obbligatoria, costituita dalla coesistenza

¹⁵⁹ In tal senso, M. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950, p. 58 ss., il quale osserva che la distinzione in questione può essere ricollegata ad una altra distinzione tra negozio nel quale la realizzazione dell'oggetto si concreta in fenomeni giuridici (negozio traslativo, rinunciativo e revocativo) e negozio in cui la concretizzazione dell'oggetto specifico del negozio in fenomeni giuridici non è possibile, come avviene nei contratti aventi ad oggetto l'erogazione di servizi. In quest'ultimo caso il negozio non ha efficacia diretta ma strumentale, atteso che si limita alla costituzione del rapporto obbligatorio nel quale è dedotta una prestazione, la cui realizzazione coincide con il perseguimento del risultato finale al quale tende il negozio. Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 234.

¹⁶⁰ In tal senso M. ALLARA, *op.ult.cit.*, p. 60, il quale ad ulteriore conforto dell'assunto, cita la figura della vendita di cosa altrui, che per un verso assume i contorni del contratto ad efficacia strumentale, se si rivolge l'attenzione all'obbligazione del venditore di procurare l'acquisto del diritto in capo al compratore ex art. 1478 comma 1 c.c. Per altro verso si atpeggia a contratto ad efficacia diretta e finale, se si ha riguardo all'effetto traslativo che si dispiega in virtù dell'acquisto della cosa dal terzo, posto in essere dal venditore ex art. 1478 comma 1 c.c.

¹⁶¹ In tal senso, A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 237.

della previsione di un risultato finale con la identificazione dei mezzi strumentali al suo perseguimento.

Ne deriva l'ulteriore corollario che non sempre vi è felice coincidenza tra l'area del contratto ad efficacia obbligatoria con il *genus* del negozio ad effetti strumentali, di talchè la distinzione in commento non deve essere sovrapposta con la dicotomia contratti ad efficacia reale e contratti ad efficacia obbligatoria.

Si è infatti osservato che, se è vero che il contratto ad efficacia obbligatoria è un contratto ad efficacia strumentale, non è altrettanto vero necessariamente l'inverso. Parimenti non ogni negozio ad efficacia diretta è necessariamente un negozio ad efficacia reale. I negozi ad efficacia obbligatoria non sono, infatti, unicamente quelli che operano sul piano della vicenda costitutiva del rapporto, ma anche quelli che operano sul piano della vicenda modificativa ed estintiva.

Si ponga mente, ad esempio, al contratto di cessione del credito ed al negozio di remissione del debito, che integrano ipotesi di negozio ad efficacia diretta e non strumentale.

Viceversa, nel campo della efficacia costitutiva obbligatoria, il negozio può assumere i connotati di contratto ad efficacia diretta e finale. Emblematico è al riguardo il contratto novativo, laddove la costituzione della nuova obbligazione realizza, si è osservato, l'oggetto specifico del contratto¹⁶².

La qualificazione di contratto ad efficacia diretta e strumentale non assume un valore meramente dogmatico ed astratto, ma si riflette sul piano funzionale della identificazione dei presupposti per l'applicazione dei rimedi enucleati dal legislatore per l'ipotesi di inattuazione ovvero inesatta attuazione del risultato programmato dalle parti. Identificato, infatti, l'oggetto specifico del contratto novativo inteso quale risultato finale programmato dalle parti, come costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio, non si potrà domandare la risoluzione ex art. 1453 c.c. nell'ipotesi di inadempimento della nuova obbligazione¹⁶³.

In tale ottica, preso atto che non vi è necessaria coincidenza tra l'area dell'obbligo ed il contenuto programmatico del contratto ad efficacia strumentale, secondo taluno parrebbe preferibile recuperare quella parte del risultato finale che non può essere ricondotto all'obbligo, sul piano del contratto. Invero vi sarebbero fattispecie, quali, ad esempio, il contratto di appalto, in cui il risultato finale dedotto nel programma coincide con l'oggetto dell'obbligazione. In altre occasioni, invece, non si registra tale coincidenza. Sintomatiche, ad esempio, sono le ipotesi del contratto di lavoro subordinato, laddove l'area del risultato finale travalica il contenuto dell'obbligo e coincide con il più ampio perimetro del contenuto programmatico del contratto¹⁶⁴.

Una volta stabilito che l'area dell'obbligo incorporata nel programma negoziale non coincide con l'area più vasta del risultato programmato, la corretta

¹⁶² In tal senso, M. ALLARA, *op.ult.cit.*, p. 61, il quale cita quali ulteriori esempi il contratto preliminare ed il contratto costitutivo di garanzia fideiussoria.

¹⁶³ In tal senso, M. ALLARA, *op.cit.*, p. 62

¹⁶⁴ In tal senso, A. DI MAJO, il quale osserva che in alcune occasioni, quale il contratto d'opera professionale stipulato tra professionista e paziente, ci troviamo dinanzi ad un risultato finale che travalica non soltanto l'oggetto dell'obbligazione, ma altresì il contenuto programmatico dello stesso contratto. In tale ottica, secondo l'A. la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato è un ulteriore indice rivelatore del ragionamento condotto sul punto.

ricostruzione della sequenza dei contratti ad efficacia obbligatoria postulerebbe, seguendo tale impostazione, la identificazione di volta in volta della giusta proporzione tra comportamenti e risultato che compongono la fattispecie esecutiva. Il tutto cogliendo le fisiologiche interferenze tra programmazione ed esecuzione evincibili dalla limitata efficacia normativa di alcuni atti esecutivi rispetto al risultato finale. Invero in alcuni contratti il profilo del risultato si evince chiaramente dal contenuto programmatico, in altri, invece, il risultato finale si atteggia ad effetto diretto di un dato comportamento che non rileva *ex se* ma in quanto destinato a produrre il risultato finale ¹⁶⁵.

¹⁶⁵ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 240 ss., il quale osserva che il comportamento non rileva *ex se* ma per il risultato attributivo cui dà luogo. Per citare un esempio, nel contratto di somministrazione l'esecuzione dei singoli atti di scambio ex art. 1559 c.c. assume una limitata efficacia normativa in relazione al suo contenuto (ad esempio il pagamento del prezzo ex art. 1562 c.c. anche in relazione alla data di scadenza ex art. 1563 c.c.); Parimenti l'attribuzione della proprietà che consegue automaticamente all'esecuzione delle prestazioni periodiche o continuative non rileva *ex se* ma per il risultato attributivo cui dà luogo. Nel contratto di appalto il risultato finale che si evince agevolmente dallo schema causale dell'atto consiste nel compimento di un'opera o di un servizio verso il corrispettivo di un prezzo ex art. 1655 c.c. Ciò nondimeno tale risultato si esplica altresì nell'esercizio di una data attività, come si ricava dal potere di controllo attribuito al committente in corso d'opera ex art. 1662 c.c. sulle modalità esecutive. L'accertamento di irregolarità, infatti può condurre alla rinnovazione di essa ma anche alla risoluzione del contratto se il debitore non si conforma alle condizioni stabilite nel programma negoziale ex art. 1662 c.c. A ciò aggiungasi che la previsione ex art. 1667 c.c. del rimedio della garanzia in senso tecnico, quale reazione al mancato raggiungimento oggettivo del risultato finale, costituisce un ulteriore elemento di supporto alla dissociazione del piano del comportamento da quello del risultato, nel senso che il comportamento non rileva *ex se* ma in funzione del risultato finale. La fattispecie esecutiva si atteggia, infine, a fattispecie complessa che si perfeziona non soltanto con la *perfectio* dell'opera ma anche con il trasferimento della proprietà che presuppone il compimento di una determinata attività di cooperazione del creditore ex art. 1665 c.c., più precisamente l'attività di verifica e dell'accettazione dell'opera. Donde, osserva l'A., anche in questo caso il perseguimento del risultato finale travalica l'area strumentale dell'obbligo, presupponendo un'attività qualificata del creditore committente e, quindi, potrebbe essere recuperata sul piano del contratto.

Viene infine esaminato il contratto di mandato laddove la fattispecie esecutiva si presenta complessa articolandosi in una duplice attività del mandatario, quella gestoria, avente una rilevanza esterna e quella interna, consistente nel ritrasferimento degli effetti dell'atto di acquisto nella sfera giuridica del mandante. Ne deriva che in esecuzione di un' unica causa, quella *mandati*, assistiamo non soltanto all'inizio dell'interposizione gestoria, ma anche al suo esaurimento tramite il compimento dell'atto di trasferimento al mandante. La questione si interseca con la ricostruzione della natura giuridica della sequenza. È noto che secondo taluni autori la fattispecie *de qua* non integra un'ipotesi di trasferimento del potere dispositivo, a meno di non voler accogliere nel nostro ordinamento la categoria concettuale della rappresentanza indiretta, foriera di un trasferimento diretto dal terzo al mandante. Altri autori propugnano la tesi della fattispecie a formazione progressiva, nel senso che la fattispecie esecutiva nel caso di specie sarebbe il risultato del contratto di mandato unitamente alla sua esecuzione. La tesi in commento ha tuttavia prestato il fianco a rilevi critici, nel senso che se l' esecuzione è la proiezione dinamica della *causa mandati* non può nel contempo divenire un *prius* identificandosi con essa e convergendo verso il perfezionamento di una fattispecie munita di effetto suo proprio.

L'impostazione in commento non ci sembra persuasiva, atteso che la ricerca del giusto punto di equilibrio tra comportamento strumentale e risultato finale nelle fattispecie negoziali enucleate dal legislatore, pur muovendo dalla opportuna premessa dogmatica della non necessaria coincidenza tra contratto ad efficacia strumentale e contratto obbligatorio, pare in definitiva risentire velatamente della rigida dicotomia obbligazioni di mezzi - risultato. Sia che venga dedotta ad oggetto della obbligazione un'attività strumentale ovvero un *opus* finale, sul piano del contenuto dell'obbligo il debitore è, infatti, sempre tenuto a garantire sul piano esecutivo un determinato risultato finale.

Ma anche a voler prescindere da tale circostanza, non sembra opportuno operare una sorta di parcellizzazione del contenuto programmatico del contratto distinguendo tra risultato finale che può essere ricondotto all'area dell'obbligo e risultato finale che può essere recuperato sul piano del contratto.

Piuttosto pare preferibile valorizzare sotto altro angolo visuale la dicotomia situazione mezzo e situazione finale e porre l'accento sulla circostanza che in tutti i contratti, come si è già avuto modo di osservare a più riprese, sorgono situazioni giuridiche finali e situazioni giuridiche strumentali ovvero *situazioni giuridiche mezzo e situazioni giuridiche risultato*¹⁶⁶.

Le situazioni giuridiche mezzo, tra le quali per antonomasia rientra l'obbligo, coincidono con il contenuto programmatico del contratto e si incardinano tra il suo momento perfezionativo, del quale costituiscono la conseguenza e l'effetto giuridico finale di cui costituiscono l'antecedente strumentale. Donde non rilevano mai *ex se* ma quale veicolo per il conseguimento dell'*utilitas* finale che coincide con il regolamento definitivo degli interessi delle parti.

L'equilibrio corretto tra comportamento e risultato sembra, quindi, raggiungersi nel dinamico svolgimento dell'autonomia privata che si esplica in un coordinamento teleologico tra gli atti che compongono il ciclo negoziale.

In altre parole riteniamo preferibile abbandonare ancora una volta una visione rigida di fattispecie, valorizzando piuttosto l'esercizio dinamico del potere negoziale tramite un ordine seriale di atti. In tale prospettiva appare agevole sostenere che non solo determinati comportamenti ma tutti gli elementi della sequenza, ivi compreso l'obbligo, non rilevano *unicamente* quale effetto di un atto precedente della sequenza, ma ponendosi in una prospettiva gradualista assumono a loro volta una efficacia normativa rispetto agli atti successivi.

8.1 Segue. Programmazione ed esecuzione nei contratti ad efficacia traslativa

I contratti ad efficacia traslativa a differenza di quelli obbligatori costituiscono il terreno sul quale si è posto maggiormente nel nostro ordinamento il problema della ricostruzione del rapporto tra programmazione ed esecuzione,

¹⁶⁶ L'impostazione qui accolta è stata formulata da R. NICOLÒ, *L'adempimento, cit.*, pp. 166-167, secondo il quale l'obbligo che designa il carattere essenzialmente impegnativo dell'atto, si colloca piuttosto sul piano della fattispecie, saldandosi con il contenuto programmatico del contratto.

atteso che, come è noto, il nostro sistema sulla falsariga dell'ordinamento francese è incardinato ex art. 1376 c.c. sul principio consensualistico¹⁶⁷.

La regola del consenso traslativo, infatti¹⁶⁸, che ricollega le vicende traslative e derivativo-costitutive di diritti, al consenso legittimamente manifestato dai contraenti, sembra *prima facie* obliterare, tanto nei contratti in cui l'effetto traslativo è immediato, quanto in quelli in cui è cronologicamente differito, la distinzione tra attività di regolazione e di esecuzione. Il nostro ordinamento infatti celebra tradizionalmente la compenetrazione tra il *titulus acquirendi* ed il *modus acquirendi* che si sovrappongono nel momento di perfezionamento dell'accordo dei contraenti. Paiono dunque riproporsi *mutatis mutandis* sul piano del contratto traslativo le medesime problematiche, già esaminate nel corso della presente trattazione, in ordine al rapporto intercorrente tra l'effetto traslativo e l'esecuzione.

Giova preliminarmente evidenziare che vi è una diffusa tendenza nella nostra dottrina c.d. della causa esterna a ridimensionare, con soluzioni di diversa graduazione, la distanza che separa il nostro ordinamento da quello tedesco evidenziando che nel nostro codice civile il principio consensualistico non riveste carattere assoluto ed inderogabile. Vi sono infatti una pluralità di fattispecie enucleate dal legislatore che conservano tracce dell'antica distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

¹⁶⁷ Il recepimento del principio consensualistico, di derivazione illuministica e giusnaturalistica, da parte dell'ordinamento giuridico italiano e francese si contrappone tendenzialmente al sistema di circolazione della ricchezza recepito dall'ordinamento tedesco. Quest'ultimo, infatti, distingue invece chiaramente il momento che contrassegna la previsione dell'attribuzione da eseguire e la sua concreta realizzazione ed esecuzione. A tale distinzione corrisponde la contrapposizione tra negozi che enunciano la causa traslativa e negozi di puro trasferimento che assolvono una funzione esecutiva di attuazione e realizzazione dei primi. Tale distinzione viene rispecchiata dalla più recente distinzione tra *Grundgeschäfte* o negozi fondamentali e negozi di adempimento o *Erfüllungs*. Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 258; M. GIORGIANNI, (voce) *Causa (Dir. Priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 555, il quale osserva che con la confluenza della *promissio* e della *traditio* nella ampia nozione di attribuzione patrimoniale (*Zunwendung*) si determinò un notevole impaccio alla qualificazione da assegnare all'elemento causale in seno al negozio giuridico. La dottrina giuridica tedesca del XIX secolo recepì, infatti, rapidamente, il principio volontaristico condensato nella nozione di negozio giuridico, ma non rinunciò mai al principio dell'investitura formale. L'ordinamento tedesco permaneva, quindi, fedele alla scissione tra *modus* e *titulus acquirendi* ed alla ammissibilità di un negozio astratto di puro trasferimento che conservi la sua validità, sia pure in assenza di causa, espressione, secondo il *Savigny*, della supremazia della volontà del soggetto. Il legislatore tedesco non ha dunque elevato la causa a requisito del negozio giuridico ed ha evitato di parlarne anche a proposito della nullità del negozio *contra bonos mores* (§ 138 B.G.B.)

¹⁶⁸ Sul punto, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 255, il quale osserva che la causa o giustificazione dell'effetto traslativo coincide o si identifica con lo stesso meccanismo che produce l'effetto, in guisa da risultare giustificata l'equazione tra negozio o contratto e giusta causa dell'attribuzione. Se si svincola il principio dell'efficacia reale immediata dal requisito della causa, riconducendo quest'ultima alla stessa volontà delle parti, è ancora più chiaro come sia oramai soltanto l'onnipotenza del nudo consenso a giustificare e fondare l'effetto traslativo dell'atto.

Si è posto dunque il problema se anche nel nostro ordinamento sia configurabile un successivo atto solutorio di puro trasferimento, *id est* pagamento traslativo, che rinvia ad una causa esterna, ripristinando così in una certa misura la distinzione logica e cronologica tra sfera esecutiva e programmatica nei contratti traslativi.

La soluzione del quesito ha affaticato non poco la dottrina che ha dovuto fronteggiare lo iato esistente tra l'astrattezza che permea l'atto di trasferimento puro di diritto germanico ed il principio causalistico che per converso governa il nostro ordinamento.

In particolare un autorevole indirizzo¹⁶⁹ muovendo da una nozione di causa che non identifica con il tipo negoziale ma con la sintesi degli interessi delle parti, propugna l'ammissibilità di una c.d. prestazione traslativa intesa quale atto esecutivo contenente una *expressio causae*, che rinvia ad una causa esterna produttiva di un'obbligazione c.d. di *dare in senso tecnico*.

Secondo l'indirizzo in questione, qualora il riferimento causale risulti erroneo per l'assenza della causa esterna (oggettiva) il rimedio fruibile dal *solvens* consisterebbe nell'esperimento della *condictio indebiti* ex art. 2033 c.c. e non già nell'azione di nullità ex artt. 1418 e 1425 c.c. Ponendo da un canto il sistema tedesco infatti, la *condictio indebiti* costituisce storicamente il rimedio recuperatorio approntato sia dal codice italiano abrogato che da quello del '42, a prescindere da qualsiasi invalidità del trasferimento, nelle ipotesi di prestazioni effettuate *sine causa*¹⁷⁰. In tale ottica, quindi, l'attribuzione patrimoniale produrrebbe in prima battuta i suoi effetti, laddove l'assenza di causa inciderebbe in seconda battuta sulla loro conservazione.

Altra opinione¹⁷¹, anch'essa autorevolmente sostenuta, evidenzia la portata limitata del principio consensualistico nel nostro ordinamento che sarebbe

¹⁶⁹ In tal senso, M. GIORGIANNI, *op.cit.*, p. 570, il quale porta ad esempio le ipotesi della *datio in solutum* e dell'atto di ritrasferimento dal mandatario al mandante.

¹⁷⁰ In tal senso, M. GIORGIANNI, *op.cit.*, p. 568, il quale osserva che l'art. 1325 c.c. enuclea il consenso tra i requisiti del contratto, ma i vizi e le patologie del consenso reagiscono con la sanzione della annullabilità e non della nullità. Parimenti nell'istituto della simulazione, la mancata corrispondenza tra lo scopo dichiarato e quello reale non pregiudica i diritti del terzo avente causa dal simulato acquirente. L'unica perplessità sarebbe rinvenibile, secondo l'A., nelle norme sulla trascrizione che non menzionano l'istituto della *condictio indebiti* (come meccanismo di trasferimento), omissione probabilmente controbilanciata dalla previsione ex art. 2038 c.c. che obbliga il terzo acquirente a titolo gratuito a risarcire il *solvens* nei limiti del proprio arricchimento. *Contra* A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 263, secondo il quale la circostanza che l'attribuzione produca i suoi effetti e l'azione reagisca soltanto sulla loro conservazione è un dato non di per se univoco, atteso che trattandosi di attività materiale quegli effetti potranno risultare il mero riflesso della stessa attività materiale compiuta anziché di uno schema negoziale. *Contra* anche L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994.

¹⁷¹ In tal senso, R. SACCO, in *Trattato di diritto privato* diretto da SACCO, Torino, 1998, p. 719 ss, secondo il quale i redattori del Codice Napoleone hanno considerato la *traditio ficta* quale elemento naturale della vendita e della donazione, fondendo la presunzione legale di avvenuta consegna con la regola giusnaturalistica che lega il passaggio della proprietà ovvero di altro diritto reale al consenso. Sul punto, E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Codice civile Commentario* diretto da P. SCHLESINGER- F.D. BUSNELLI sub art. 1470, Milano 2010 p. 151 ss.

agevolmente evincibile dalla previsione normativa di una pluralità di fattispecie aventi quale collante comune la subordinazione del trasferimento ad indici esteriori, e, segnatamente, ad atti esecutivi posti in essere a chiusura del procedimento di acquisto che imprende con il perfezionamento dell'accordo. Ci troveremo dunque dinanzi nel nostro ordinamento a due regole di circolazione antagoniste e, più precisamente, il principio consensualistico da un lato ed il procedimento di acquisto assiso sulla scansione cronologica contratto consensuale-atto esecutivo, dall'altro. In particolare, quanto agli atti dispositivi su beni immobili e mobili registrati, la teoria in questione ha polarizzato l'attenzione¹⁷² su una pluralità di atti esecutivi quali la *traditio*, gli atti con funzione pubblicitaria e, più in generale, su tutti quei fatti che, in presenza di una persistente obbligazione di dare in senso tecnico, operano un trasferimento *solvendi causa* ovvero determinano una vicenda derivativo-costitutiva. Tali atti essendo esterni al contratto consensuale in quanto permeati da doverosità, afferiscono per l'appunto alla sfera esecutiva e non necessitano dei requisiti di capacità.

Sarebbero al riguardo sintomatiche le ipotesi del pegno di beni mobili ex art. 2786 c.c. laddove sarebbe indubbio che il diritto reale di pegno nasce non soltanto dal contratto, ma anche da quell'atto esecutivo che è la consegna. Vengono poi in considerazione il contratto di ipoteca avente effetti esclusivamente obbligatori laddove la vicenda costitutiva del diritto dipende dall'espletamento della formalità pubblicitaria della iscrizione¹⁷³. Tra le ipotesi sintomatiche della portata limitata del principio consensualistico è stato altresì menzionato il contratto di mandato senza rappresentanza ex art. 1706 comma 2 c.c. che non contempla per i beni immobili e mobili registrati un congegno acquisitivo automatico dal terzo al mandante, dipendente *recta via* dal consenso delle parti. Invero proprio la ricostruzione del meccanismo fornita dalla dottrina dominante¹⁷⁴ secondo la quale l'atto di ritrasferimento enucleato dal legislatore sarebbe un negozio di esecuzione traslativo e causale che trova fondamento nel mandato e nell'obbligazione di dare,

¹⁷² In tal senso, R. SACCO, *op.cit.*, p. 745 ss., il quale distingue tra tradizioni operate *contrahendi causa*, quali, ad esempio, la dazione della cosa mutuata che lasciano sopravvivere il rapporto esistente tra le parti; tradizioni operate *solvendi causa* quali, ad esempio, il pagamento alla posta, che chiudono invece il rapporto tra le parti; tradizioni operate con lo scopo di donare; infine tradizioni od altri fatti che in presenza di un preesistente obbligo di dare operano il trasferimento voluto, o la nascita del diritto reale voluto. Sul punto E. RUSSO, *op.cit.*, p.155-156, il quale osserva che la teoria in questione tenta di ricostruire la natura giuridica dell'atto esecutivo che integra il consenso traslativo, ma l'eterogeneità dell'ipotesi nelle quali rileva la consegna od un suo equipollente (pubblicità od altri fatti) comportano l'assunzione di connotati di genericità in capo alla figura.

¹⁷³ Sembrerebbe in tal caso potersi operare un parallelismo tra la consegna della cosa mobile e l'iscrizione ipotecaria quali atti esecutivi esteriori posti in essere a chiusura del procedimento di acquisto.

¹⁷⁴ Su tutti, A. LUMINOSO, *Mandato Commissione e spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU, e F. MESSINEO, continuato da MENGONI e ora diretto da P. SCHLESINGER, Milano, p. 235 ss.

parrebbe, come osservato dalla teoria in questione, travalicare l'idea di una assoluta rilevanza del principio consensualistico nel nostro ordinamento¹⁷⁵.

Altri autori infine evidenziano, a sostegno della derogabilità del principio consensualistico, che sovente il legislatore introduce *apertis verbis* una deroga

¹⁷⁵ In tal senso, R. SACCO, *op.cit.*, p. 733, secondo il quale il mandato non determina *ex se* l'acquisto in virtù del consenso manifestato dalle parti di tutti i diritti nascenti dall'atto di gestione, quali, ad esempio, i diritti immobiliari. Le soluzioni adottate dalla dottrina per spiegare tale meccanismo parrebbero perfino meno consensualistiche di quelle desumibili *prima facie* dal codice. L'A. assume ancora ad esempio il contratto di società, laddove al contratto consensuale ad effetti obbligatori si contrappone il conferimento inteso, quanto ai negozi immobiliari, quale atto di esecuzione formale e consensuale dotato di efficacia reale. A sostegno della tesi anticonsensualistica viene addotto il dato normativo. In particolare gli artt. 2247 e 2553 c.c. enucleano la dicotomia obbligazioni-esecuzione, l'art. 2286 u.c. c.c. richiama l'adempimento dell'obbligazione di trasferimento assunta da socio, ed infine l'art. 2643 c.c. assoggetta all'onere della trascrizione il contratto di società unicamente allorquando per esso si conferisca il godimento e non la proprietà di beni mobili. L'acquisto in virtù della sequenza contratto-esecuzione troverebbe infine conferma nel contratto di lavoro subordinato laddove l'acquisto della proprietà dell'*opus* da parte del datore di lavoro non presuppone unicamente il consenso delle parti ma altresì l'apporto di strumenti connessi alla fattispecie esecutiva. Nel contratto estimatorio, nell'appalto, e nella somministrazione il perfezionamento della fattispecie negoziale avviene con la consegna della cosa all'*accipiens*, laddove la proprietà passa al committente per effetto dell'accettazione che conchiude la fattispecie esecutiva. Infine nella cessione di credito abbiamo parimenti un atto esteriore esecutivo, la notificazione o l'accettazione della cessione, che rende efficace la cessione nei confronti del debitore. Donde anche in tale ultima ipotesi parrebbe riprodotta la sequenza contratto atto esecutivo. Secondo R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali, Adempimento diretto e vicende soddisfattorie*, in *La struttura e l'adempimento*, Trattato delle obbligazioni diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA, Padova, 2010, III, p. 463 ss, p. 485, con riferimento alla vicenda traslativa posta in essere nella *datio in solutum* lo spostamento patrimoniale, può tradursi anche nel trasferimento di un diritto, ma non è un effetto sostantivo bensì procedimentale rispetto all'integrazione della fattispecie codificata.

Il trasferimento del diritto risulta, infatti, più che l'oggetto del contratto, l'elemento costitutivo di esso e non rileva sul piano dell'effetto finale e sostantivo di cui all'art. 1376 c.c., bensì sul piano strumentale del perfezionamento della fattispecie stessa, consentendo soltanto allora all'autonomia privata, di raggiungere, una volta integrata la fattispecie, l'effetto finale e sostantivo. In altre parole, osserva l'A., il trasferimento non sarebbe un'applicazione del c.d. principio consensualistico ex art. 1376 c.c., ma della diversa regola della «*investitura formale del diritto*» che si traduceva nel diritto romano nella necessità di trasmissione della cosa al fine del trasferimento della proprietà. Donde il trasferimento rivestirebbe la medesima posizione dell'accettazione secondo il più noto schema dell'art. 1326 c.c., quale tassello di chiusura del ciclo della autonomia privata procedimentale nella sede genetica del contratto. Analogamente, ma con diverse sfumature, C.A. CANNATA, *L'adempimento mediante prestazione diversa da quella dovuta*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999, 9, I, p. 80, per il quale la realtà deve essere riferita alla *solutio* e non ad una sovrastruttura contrattuale. La sola dichiarazione rilevante è, infatti, quella del creditore che accetti di ricevere in adempimento dell'obbligazione una prestazione diversa da quella dovutagli, laddove la ricostruzione della fattispecie in chiave contrattuale, attribuisce alla proposta di *solvere aliud pro alio* una rilevanza che non ha. Su tali ultime opinioni si tornerà *infra* allorchè si procederà più da vicino all'analisi della prestazione in luogo di adempimento.

facendo dipendere l'atto di acquisto del diritto non già dall'accordo delle parti *ex se*, ma dal perfezionamento di una fattispecie procedimentale che si conchiude con la presenza di indici esteriori di appartenenza. Sintomatiche a tale riguardo sono le ipotesi della simulazione ex art. 1415 c.c. e dell'acquisto dall'erede apparente ex art. 534 c.c. che testimonierebbero l'esistenza nel nostro ordinamento di una sorta di dialettica tra il principio consensualistico e la rilevanza dei c.d. indici esteriori di circolazione¹⁷⁶.

Le tesi in questione hanno prestato il fianco ai rilievi critici¹⁷⁷ essenzialmente incardinati sulla considerazione che in luogo di una reviviscenza della vecchia obbligazione di *dare* sarebbe preferibile impostare il problema sulla distinzione, ancora concettualmente possibile, tra profilo programmatico ed esecutivo, atteso che non necessariamente il programma negoziale deve trovare attuazione nella forma dell'obbligo.

Sintomatica sarebbe al riguardo la ricostruzione della sequenza negoziale del contratto di compravendita, ricavabile dall'apparato rimediario della garanzia¹⁷⁸, inteso quale reazione dell'ordinamento alla inattuazione del programma negoziale. Che nel contratto non sia prevista un'attività del venditore dipende, infatti, dalla circostanza che l'immediata efficacia dispositiva del nudo consenso rende superfluo qualsiasi comportamento del debitore diretto al trasferimento del bene. Il comportamento è, infatti, «*quello stesso che è confluito*

¹⁷⁶ Sul punto, E. RUSSO, *op.cit.*, p. 177, il quale osserva che indubbiamente gli effetti della simulazione rispetto ai terzi sono il chiaro sintomo di una deroga evidente al principio consensualistico. Il terzo acquirente dal titolare apparente, infatti, non è titolare del diritto ma in presenza di indici esteriori di appartenenza, si dà luogo ad un meccanismo in cui la circolazione della ricchezza non è basata sul trasferimento del diritto per effetto del consenso manifestato dal titolare dello stesso. Anche nella ipotesi dell'acquisto dall'erede apparente la circolazione della ricchezza avviene prescindendo dalla titolarità sostanziale del diritto, sulla base del rilievo attribuito agli indici esteriori della circolazione. Gli indici esteriori, infatti, secondo le più recenti opinioni dottrinali non si atteggiano ad elemento formale, ma assumono una autonomia concettuale ed ontologica rispetto alla fattispecie segnalata. Analoghe considerazioni vengono proposte con riguardo al pagamento nelle mani del creditore apparente. Giova infine segnalare l'acquisto effettuato in forza della comunione legale tra coniugi ex art. 177 c.c. che, osserva l'A., non è riconducibile al concetto di trasferimento del diritto ma ad un fenomeno di successione nello stesso. L'effetto acquisitivo opera infatti *ex lege* indipendentemente dalla volontà del coniuge che ha eseguito l'acquisto ed integra un atto di acquisto a titolo derivativo, identico a quello del coniuge che ha agito.

Trovandoci al di fuori dell'ambito di operatività del consenso traslativo, atteso che il coniuge agente pone in essere esclusivamente un atto dinamico di impulso, l'acquisto dipende piuttosto dall'atto di matrimonio, che determina l'acquisto dello *status* di coniuge e con esso attrae gli acquisti compiuti dall'altro coniuge nella persona del coniuge in comunione legale. I regimi dei rapporti patrimoniali tra coniugi, ivi compresi quelli diversi dalla comunione legale, quali, ad esempio, le convenzioni matrimoniali ex art. 162 c.c., sono connotati, infatti, da indici esteriori di appartenenza che assolvono una funzione determinante per l'attribuzione dei beni acquistati durante il matrimonio.

¹⁷⁷ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, pp. 262 ss.

¹⁷⁸ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 295.

nell'accordo»¹⁷⁹ ed è dunque tramite esso che il venditore manifesta la propria situazione di impegno¹⁸⁰.

Ne deriva il corollario che non avrebbe alcun senso l'impegno obbligatorio ad un comportamento futuro, atteso che il venditore aliena il cespite nello stato attuale in cui si trova e non potrebbe incidere ontologicamente su di esso con un proprio comportamento. Tanto basterebbe ad escludere la ricostruzione della garanzia in chiave di obbligazione di dare *tout court* intesa, avente ad oggetto la consegna di un bene esente da vizi ovvero fornita delle qualità che debbono ritenersi essenziali. La finalità del legislatore si esplicherebbe piuttosto nell'assicurare e garantire che il risultato finale¹⁸¹ programmato dalle parti, inteso

¹⁷⁹ Nel senso che confluisce nel programma negoziale. Si esprime in questi termini A. DI MAJO, *op.cit.* p. 294.

¹⁸⁰ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 294, il quale osserva che, analogamente per quanto attiene ai vizi del bene venduto, non avrebbe alcun senso parlare di impegno avente ad oggetto un proprio comportamento futuro allorchè la cosa è venduta nella stato in cui si trova al momento presente. Invero su tale stato il venditore non potrebbe influire con la propria condotta se non rifiutandosi di vendere quel bene.

¹⁸¹ In tal senso, A. DI MAJO, p. 291- p. 292, il quale ricostruisce la garanzia della vendita in termini di garanzia in senso tecnico, assimilabile a quella assunta con il contratto di assicurazione. L'A. osserva che l'elemento di fatto della vendita si sostanzia nell'intento di compravendere il bene nella sua consistenza materiale comunque fornito di qualità essenziali, di talchè assume la consegna di una cosa cosa viziata non corrisponde al programma concordato dalle parti, quantunque non rappresenti una forma di inadempimento dell'obbligo. Ne deriva il corollario dell'impossibilità di applicare alla fattispecie *de qua* la disciplina dell'errore, atteso che non ci troviamo dinanzi ad un errore sul programma negoziale, ma ad uno sfasamento tra il programmato e la consistenza materiale dell'attuato. Analogamente, LUMINOSO, *La compravendita, cit.*, p. 215, il quale perviene tuttavia ad un differente esito costruttivo, qualificando l'istituto in termini di responsabilità contrattuale speciale conseguente alla inattuazione dell'impegno traslativo assunto nel contenuto programmatico del contratto. L'A. osserva che tra le varie tesi proposte per ricostruire la natura giuridica della garanzia, quella che coglie più da vicino la realtà del fenomeno è quella che riconduce la garanzia alla violazione della *lex contractus*, senza peraltro identificarla con l'inadempimento di un'obbligazione.

La non configurabilità dell'inadempimento di un'obbligazione, in relazione alle ipotesi di vendita di cosa altrui e di garanzia per evizione, trova conferma nella circostanza che l'insoddisfazione dell'interesse del compratore si verifica all'atto della conclusione del contratto, per il fatto stesso del mancato acquisto del diritto in forza del principio consensualistico, senza che occorra alcun altro fatto successivo. In particolare, con specifico riferimento alle ipotesi di difettosità del risultato traslativo per difetti materiali, mancanza di qualità, irregolarità o vizi c.d. giuridici, vi è una difficoltà a configurare un'obbligazione in ordine alla esatta esecuzione del contratto. Concretando, infatti, l'obbligazione un dovere di condotta, è di palmare evidenza che le qualità ontologiche della cosa non hanno alcuna attitudine a rivestire la forma del dovere. Si veda anche E. RUSSO, *op.cit.*, p. 238, il quale, muovendo dalla premessa concettuale che la garanzia non costituisce l'oggetto di una obbligazione del venditore, con specifico riferimento alla garanzia per evizione identifica una pluralità di comportamenti in essa ricompresi, strumentali alla protezione ed al consolidamento dell'effetto traslativo e, più in generale, del risultato economico giuridico del contratto. Per la ricostruzione della garanzia quale responsabilità conseguente all'inadempimento di un'obbligazione si veda C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in Trattato di diritto civile diretto da VASSALLI, VII, Torino, 1993, p. 708 ss. Sulla ricostruzione della garanzia quale inattuazione dell'effetto reale, D.

quale attribuzione patrimoniale con date caratteristiche strutturali e funzionali, venga effettivamente realizzato. Finalità condensata nella qualificazione della garanzia quale effetto negoziale e non legale del contratto di compravendita¹⁸² che non presuppone necessariamente la mediazione di un obbligo.

L'approccio metodologico in questione, ponendo da un canto l'approdo costruttivo finale cui perviene, incline a ricostruire la disciplina della garanzia in una accezione tecnica assimilabile a quella del puro rischio assicurato, deve a nostro avviso trovare accoglimento. Non si può infatti rinunciare alla distinzione tra fase programmatica ed esecutiva nei contratti traslativi, come si evince agevolmente da un ordine di considerazioni per un certo verso analogo a quelle a suo tempo formulate in merito alla derivatività dell'esecuzione dall'effetto traslativo.

Il punto centrale sul quale la dottrina più attenta¹⁸³ pare convergere è dato, infatti, dalla circostanza che in qualsiasi rapporto giuridico contrattuale ci troviamo dinanzi ad un *quid medium* strumentale, la c.d. situazione mezzo, nel cui ambito, sul piano soggettivo, le parti assumono una data qualificazione giuridica intesa quale sintesi programmatica di un coevo ed oggettivo spostamento patrimoniale. Donde la situazione mezzo che non necessariamente si identifica nell'obbligazione, intesa sia quale obbligazione di dare in senso tecnico, sia quale obbligazione *tout court*, diviene il veicolo del raggiungimento del risultato finale, consistente nell'acquisto del diritto reale. Nel contratto ad effetti traslativi, una parte assume pertanto la qualificazione di alienante mentre l'altra assume la qualificazione di acquirente. La relazione giuridica alienante-acquirente per un verso determina la produzione dell'effetto traslativo, e, per altro verso, assume la funzione di garantirlo *ex post*¹⁸⁴, nel senso che nell'ipotesi in cui il risultato sia originariamente irraggiungibile ovvero venga meno *in itinere* nella fase di esecuzione del contratto, scattano i rimedi della responsabilità enucleati dal legislatore ed, in particolare, quelli afferenti alla garanzia per evizione, alla garanzia per vizi ed alla mancanza di qualità promesse.

La rilevanza di tale situazione giuridica sul piano della garanzia del risultato finale è a nostro avviso efficacemente condensata dalla espressione *impegno*

RUBINO, *La Compravendita*, Milano, 1962 p. 629 ss., che ricostruisce la garanzia in chiave di ipotesi di sanzione conseguente ad un inadempimento che si identifica nella irregolarità dell'attribuzione patrimoniale. Donde l'istituto costituirebbe la reazione dell'ordinamento alla rottura del sinallagma funzionale. Si veda, infine, S. ROMANO *Vendita e contratto estimatorio*, cit. p. 84, che ricostruisce l'istituto quale ipotesi di *culpa in contrahendo* nel procedimento genetico di formazione del contratto, permeato dall'esigenza di rispetto di regole di correttezza.

¹⁸² In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 290, il quale qualifica la garanzia nella vendita quale effetto negoziale del contratto, nel senso che dipende dalla commisurazione tra l'elemento di fatto e l'effetto. L'effetto è, infatti, posto a tutela del conseguimento del risultato dell'atto.

¹⁸³ La nozione di situazione mezzo nei contratti ad efficacia obbligatoria e traslativa è analiticamente argomentata da R. NICOLÒ, *op. cit.* p. 170 ss., il quale osserva come la permanenza della distinzione tra programmazione ed esecuzione sia di solare evidenza nella ipotesi di adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.

¹⁸⁴ In tal senso, R. NICOLÒ, *op.cit.* p.170.

traslativo opportunamente adoperata da autorevole indirizzo¹⁸⁵ per esprimere l'esistenza di un *quid medium* strumentale funzionalmente ma non strutturalmente equivalente ad una obbligazione, nel senso che esprime *mutatis mutandis* il vincolo giuridico a perseguire un dato risultato finale, consistente nel trasferimento del diritto sul bene.

Ne deriva l'ulteriore corollario che è vero che l'effetto traslativo si produce *statim* di talchè la simultaneità tra la relazione giuridica venditore-compratore, che esprime il contenuto del contratto ed il dispiegamento del risultato finale, obliterano apparentemente la distinzione tra fase programmatica ed esecutiva.

Ciò nondimeno la distinzione tra le due fasi si mantiene integra anche in questo caso. L'effetto attributivo, che *prima face* parrebbe *ex se* integrare il risultato finale, si proietta, infatti, in una successiva attività esecutiva materiale diretta a garantirne la concreta realizzazione e con essa l'effettivo perseguimento dell'*utilitas* cui aspira il compratore (l'esattezza dell'attribuzione traslativa).

Tale ultimo aspetto si salda con le considerazioni *supra* formulate in ordine alla derivatività della esecuzione dall'effetto, nel senso che anche l'effetto traslativo finale nel prisma dell'autonomia privata procedimentale si proietta in una successiva fase dinamica di esecuzione. La misura dell'effettiva realizzazione dell'effetto traslativo finale è data dall'efficacia del contratto, nel senso che se l'effetto traslativo si è esattamente realizzato, il contratto mantiene la sua efficacia. Viceversa quando ciò non avviene la reazione dell'ordinamento si colloca sul piano della caducazione della efficacia del contratto tramite l'esperimento di rimedi risolutori.

A questo punto, recuperata anche nei contratti traslativi la autonomia concettuale della fase programmatica e di quella esecutiva, giova evidenziare che lo svolgimento dei due momenti non è statico, ma si svolge dinamicamente nel prisma dell'autonomia privata procedimentale. Proprio quest'ultima, nelle sue molteplici architetture negoziali, valorizza, con soluzioni di diversa graduazione, la componente normativa dell'effetto traslativo.

Invero, a seconda dell'assetto d'interessi programmato, le parti potrebbero perfezionare a monte del procedimento un negozio configurativo che si attegga ad autentica «cabina di regia dell'operazione negoziale».

In tale ottica l'effetto configurativo, quale sub categoria dell'effetto procedimentale, imprime all'effetto traslativo programmato un ulteriore valore giuridico di carattere normativo, modulando per gradi un procedimento facoltativo di realizzazione dell'assetto di interessi divisato dalle parti e, quindi, la produzione stessa dell'effetto attributivo.

Se tutto questo è vero, l'effetto traslativo che, atomisticamente considerato, si attegga ed affetto finale, che non necessita di successiva esecuzione, nel contesto di un ordine seriale di atti può assolvere un valore procedimentale e strumentale, proiettandosi dinamicamente in una successiva fase di realizzazione

¹⁸⁵ Riconducono, sia pure con differenti esiti costruttivi, l'apparato rimediabile della garanzia quale reazione dell'ordinamento alla violazione dell'impegno traslativo, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit. p. 698 ss., A.LUMINOSO, *La Compravendita* cit., pp.224 ss. ed ivi per ulteriori citazioni, il quale evidenzia come la dichiarazione di voler vendere (e quindi aggiungiamo noi la assunzione della qualificazione giuridica di venditore) includa l'impegno del venditore alla realizzazione del risultato traslativo dedotto in contratto.

ed attuazione. Quest'ultima si snoda in una pluralità di ulteriori effetti procedurali dotati ciascuno di una autonoma caratterizzazione funzionale che conducono «a valle» al conseguimento del risultato finale programmato.

Assumendo una tale impostazione metodologica, il fondamento dell'esistenza di meccanismi negoziali come quelli *supra* menzionati, che sembrano *prima facie* rispolverare in una qualche misura la antica distinzione tra obbligazione di dare in senso tecnico ed atto di puro trasferimento, è più agevolmente comprensibile per l'interprete.

Il collante comune di tali fattispecie¹⁸⁶, come si vedrà più approfonditamente allorquando verranno trattati i c.d. congegni di contrattazione reale e, più precisamente, la *datio in solutum*, è dato, infatti, il più delle volte, dalla sussistenza di un atto traslativo che si colloca nella fase esecutiva del contratto che rinvia e coopera costantemente con un programma negoziale che si colloca in alcuni casi «a monte» ed in altri «a valle», perfezionandosi in un momento successivo al dispiegamento dell'effetto traslativo stesso. Il programma negoziale nei contratti traslativi come si è osservato, contiene in linea di principio un impegno programmatico il quale si atteggia a *quid medium strumentale* che si proietta in una successiva fase realizzativa ed attuativa del risultato finale.

Orbene non possiamo rinunciare nelle molteplici architetture procedurali enucleate dall'autonomia privata a rinvenire un punto d'equilibrio tra l'impegno traslativo sin qui descritto e le peculiarità proprie dell'effetto configurativo.

Se l'ipotesi più comune è, infatti, quella in cui l'effetto traslativo si dispiega *ex post* in esecuzione dell'impegno programmatico, non può negarsi che l'effetto traslativo, come avviene nei procedimenti di contrattazione reale, si atteggi sovente esso stesso ad elemento conclusivo di un procedimento di contrattazione determinando il perfezionamento della fattispecie negoziale.

Il tutto dietro la sapiente regia del negozio configurativo che, inteso quale indiscussa manifestazione dell'autonomia privata dispositiva, da impulso alla sequenza procedimentale del contratto individuando gli strumenti giuridici idonei a comporre gli interessi delle parti e conservando così, nel contempo, l'unitarietà dell'operazione. E' vero, infatti, come osservato in dottrina, che, una volta consumato il potere di autonomia con il perfezionamento del negozio configurativo, non si produce un impegno giuridico in senso tecnico, atteso che le parti sono libere di instaurare o meno l'assetto di interessi.

Ciò nondimeno si è opportunamente evidenziato che il procedimento modulato dai paciscenti nel negozio configurativo assume comunque *ex se*, sia pure in forma peculiare, i connotati di una *lex contractus* intesa nel senso di c.d. *irretrattabilità del giudizio* sulle modalità idonee per pervenire al risultato finale cui aspirano i contraenti. Donde il regolamento avente ad oggetto la scelta degli strumenti giuridici prescelti dalle parti per il perseguimento di un dato assetto di

¹⁸⁶ Osserva G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 33, che seguendo tale impostazione potrebbe essere ad esempio affrontato il problema afferente alla identificazione del negozio compiuto dal mandatario ex art 1706 comma 2 c.c. quale negozio gestorio. In particolare, dalla valorizzazione del legame tra l'effetto interinale di tale atto gestorio e la previsione delle parti, è dato rinvenire la fonte dell'obbligo di ritrasferimento che grava sul mandante. Obbligo che non può essere ricondotto semplicemente al contratto di mandato ovvero alla astratta valutazione legislativa.

interessi, assume una rilevanza che *mutatis mutandis* ricalca in una certa misura l'effetto impegnativo¹⁸⁷.

Sulla base di tali premesse pare dunque fuorviante adoperare termini quali *causa esterna dell'atto di trasferimento*. Per un verso, infatti, come osservato dalla dottrina¹⁸⁸, l'effetto configurativo inteso come attribuzione di significato di futuri comportamenti assolve assiologicamente il valore di *expressio causae*. Quest'ultima si atteggia a ragione giustificativa delle attribuzioni patrimoniali attuative, escludendo l'applicazione della *condictio indebiti* ex art. 2033 c.c.

Ciò nondimeno non si eleva al rango di *lex contractus*. Per altro verso nell'ordine seriale che compone la sequenza procedimentale l'atto traslativo esecutivo ed il programma negoziale sono elementi costitutivi del procedimento come configurato dalle parti, in guisa che cooperano tra loro in maniera osmotica.

¹⁸⁷ In tal senso, G. PALERMO, *Contratto preliminare, cit.*, p. 117.

¹⁸⁸ In tal senso, G. PALERMO, *op. ult.cit.* p. 110, 111, sul punto, V. CAREDDA, *op.cit.*, p. 227.

Capitolo II

La prestazione in luogo di adempimento: principali nodi strutturali funzionali ed effettuali.

1. Radici storiche ed evoluzione. Cenni.

Come è noto, in forza del congegno declinato dal legislatore del 1942 all'art. 1197 c.c., il debitore può liberarsi della propria obbligazione eseguendo una diversa prestazione qualora il creditore presti il proprio consenso.

Si ritiene così comunemente, valorizzando il tenore letterale della disposizione, che il rapporto obbligatorio si estingua contestualmente all'esecuzione dell'*aliud*

Dalla rubrica della disposizione in questione si ricava, infatti, che il legislatore ha abbandonato la tradizionale espressione «*dazione in pagamento*» in favore di «*prestazione in luogo di adempimento*» estendendo, come osservato da autorevole dottrina, l'applicazione della disciplina *de qua* oltre il tradizionale e ristretto perimetro applicativo. In precedenza, infatti, l'istituto trovava applicazione unicamente in presenza di cose materiali di cui si trasferiva la proprietà non potendosi riferire a prestazioni di fare e non fare¹⁸⁹.

La dottrina¹⁹⁰ non ha mancato di porre in luce i contorni imprecisi e sfumati dell'art. 1197 c.c. laddove evidenzia l'assenza di limiti al carattere della prestazione dovuta. Si è osservato, infatti, criticamente, che anche nella fattispecie *de qua* l'adempimento si esegue pur sempre con una prestazione, di talché l'espressione prestazione in luogo di adempimento non significherebbe nulla. Altre volte, invece, si è posto l'accento sulla superfluità della formula in questione, atteso che la disposizione in esame si limiterebbe a ribadire una regola già contenuta nel concetto stesso di obbligazione.

¹⁸⁹ In tal senso, A. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p.p. 146, 147, il quale osserva che il legislatore del '42 ha reso possibile, adoperando la formulazione prestazione in luogo di adempimento, una dilatazione di questo istituto. La dazione in pagamento ha infatti ad oggetto cose materiali di cui si trasferisce la proprietà. La prestazione in luogo di adempimento trova oggi invece applicazione quantunque manchi la dazione di un qualche cosa, allorquando, ad esempio, la prestazione è una prestazione di fare. Sul punto S. RODOTÀ, (voce) *Dazione in pagamento (Dir. Civ.)* in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p.734 ed ivi per ulteriori citazioni, il quale osserva che in realtà parrebbe opportuno pervenire a conclusioni assai diverse, atteso che per un verso la dottrina romanistica si esprimeva favorevolmente alla esecuzione di un *aliud* costituito da una prestazione di *facere* o *non facere* e, per altro verso, già la dottrina formatasi nella vigenza del codice del 1865 era orientata in tale senso.

¹⁹⁰ In tal senso, C. A. CANNATA, *op.cit.*, p.80 ss., il quale osserva che la rubrica dell'art. 1197 c.c. traduce pressoché letteralmente la denominazione corrente in lingua tedesca di *Leistung an erfüllungs Statt*, altrettanto imprecisa perché enucleata arbitrariamente dal contesto del § 360 B.G.B. Secondo A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Artt.1177-1200*, in Commentario al codice civile Scialoja-Branca a cura di F. GALGANO, Bologna, Roma, 1994, p. 339, la disposizione sarebbe superflua, limitandosi a riprodurre il noto principio in forza del quale *aliud pro alio invito creditorum solvi non potest*.

Orbene per comprendere le ragioni dei connotati di genericità della disposizione in commento, giova a nostro avviso analizzare preliminarmente le radici storiche dell'istituto che, come è noto, costituisce il precipitato di una lunga evoluzione che prende le mosse dalla tradizione romanistica.

Orbene nel percorrere tale *iter* evolutivo viene in primo luogo in considerazione l'*incipit* del giurista Gaio¹⁹¹, che nell'enunciare il paradigma dei modi di estinzione delle obbligazioni afferma che la modalità fisiologica di estinzione consiste nella *solutio*, ovvero nell'adempimento preciso e puntuale della prestazione dovuta, secondo il granitico principio *dell'aliud pro alio invito creditorum solvi non potest* che compare a più riprese nelle fonti romane¹⁹².

Qualora invece il creditore accetti di essere soddisfatto con una prestazione diversa da quella dedotta si ha la *datio in solutum*, che la giurisprudenza classica configurava quale negozio liberatorio distinto dalla *solutio* in senso proprio.

In particolare la distinzione tra la *solutio* e la *datio in solutum* emergeva per un verso dalla necessità del consenso del creditore necessario nella *datio in solutum* ma non nella *solutio* e, per altro verso, dalla controversia esistente tra i giuristi dell'epoca in merito alla sua efficacia liberatoria.

I giuristi Sabiniani ricollegavano infatti alla *datio in solutum* la piena efficacia liberatoria ed estintiva del rapporto obbligatorio.

I Proculeiani ritenevano, invece, che l'obbligazione persistesse secondo lo *ius civile* attribuendole una efficacia estintiva indiretta *ope exceptionis*.

In tale ottica accordavano al debitore una *exceptio doli* contro il creditore che domandasse la prestazione dovuta dopo averne accettata una diversa *in solutum*¹⁹³.

Dal punto di vista strutturale il requisito soggettivo della *datio in solutum* era dunque costituito dalla volontà del debitore di dare la cosa per estinguere il proprio debito avente diverso oggetto e correlativamente dalla volontà del creditore di ricevere la cosa stessa in luogo della prestazione che gli è dovuta.

Entrambe le parti dovevano quindi avere la piena capacità d'agire e di disporre, atteso che il debitore doveva alienare la cosa ed il creditore disporre del proprio credito.

¹⁹¹ Ci dice infatti il giurista Gaio che «*tollitur obligatio paecipue solutionis eius quod debetur unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus plaet, an ipso iure maneat obligatus, sed ad versus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diverseae scholae auctoribus visum est*» (3,168. Inst. 3, 29 pr.). Sul punto, G. ASTUTI, (voce) *Dazione in Pagamento (Storia)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. 727 ss.

¹⁹² Cfr. Paul. Dig. 12, I, 2, I; Marcian. Dig. 46, 3, 46 r.; C. 4, 44, 9; C. 8, 42, 16.

¹⁹³ Sul punto, G. ASTUTI, *op.cit.*, p. 728, il quale evidenzia come l'ipotesi principale di *datio in solutum* con maggior frequenza considerata nelle fonti è quella della dazione di una cosa, mobile o immobile, in luogo di una somma di danaro. E' dunque probabile, osserva l'A., che tale ipotesi costituisca il punto di partenza per lo sviluppo dell'istituto e della relativa dottrina. Le fonti ci presentano tuttavia anche ipotesi di dazione di una somma in luogo di un'altra, ovvero di una somma in luogo di una cosa. E' invece controverso in dottrina se per il diritto classico potesse darsi in pagamento un credito, data la difficoltà di eseguirne la cessione, in virtù del principio di intrasmissibilità del rapporto obbligatorio a titolo singolare. La cessione di un credito al proprio creditore *solvendi causa*, se effettuata tramite stipulazione delegatoria o novativa, avrebbe integrato gli estremi non della *datio in solutum* ma di una *novatio* con efficacia estintiva *ipso iure*.

Sul piano strutturale le fonti giustinianee evidenziavano altresì accanto alla *datio in solutum* c.d. volontaria, una *datio in solutum* necessaria o coattiva, in forza della quale allorché il debitore di una obbligazione pecuniaria non era in grado di adempiere ed era nel contempo titolare di un bene immobile non facile da vendere, il creditore era tenuto ad accettare in pagamento il trasferimento della proprietà di terreni secondo la giusta stima¹⁹⁴.

Nell'ipotesi in cui avesse luogo la dazione di una cosa in luogo di danaro sorgeva poi la controversia in ordine ai rimedi spettanti al creditore in caso di evizione della *res in solutum data*. Sul punto si era infatti registrata una discrasia tra i testi che riconoscono al creditore evitto l'azione derivante dal credito originario¹⁹⁵ e quelli che invece gli accordavano un' «*actio utilis ex empto*» qualificando la *datio in solutum* come «*vicem venditionis obtinet*» quasi si trattasse di una vendita della cosa per un prezzo uguale all'importo del debito¹⁹⁶.

Tale contrapposizione produceva evidenti riflessi sull'alternativa tra la ricostruzione della natura giuridica dell'istituto quale mezzo di pagamento in senso tecnico ovvero quale contratto di compravendita.

Invero parrebbe che nella concezione classica la *datio in solutum* si atteggi a negozio liberatorio analogo alla *solutio*, laddove nei testi interpolati di epoca giustiniana l'istituto si atteggi ad autentico *contractus* obbligatorio, in forza del quale la vecchia obbligazione viene novata e sostituita con due nuove obbligazioni, rispettivamente di vendere e di acquistare, per un prezzo corrispondente all'ammontare del debito originario¹⁹⁷.

L'evoluzione dell'istituto nelle epoche successive ha dunque risentito di questa insanabile antinomia contenuta nei testi di epoca giustiniana, che ha affaticato non poco tanto la dottrina pandettistica che gli interpreti del diritto comune.

In particolare il *punctum dolens* era costituito dallo iato esistente tra la estinzione del rapporto obbligatorio per effetto della *datione in solutum* e la reviviscenza della obbligazione originaria nella ipotesi di inesattezza della attribuzione patrimoniale dell'*aliud*. Si riconosceva, infatti, in tal caso al creditore

¹⁹⁴ Si veda Nov. 4, c.3 pr.(a. 535) ove si legge «*subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem*». Sul punto, G. ASTUTI, *op.cit.*, pp. 729,733. La *datio in solutum* necessaria fu poi nuovamente elaborata dagli interpreti del diritto comune, configurando un vero e proprio *beneficium dationi in solutum*, accordato al debitore per sopperire alle difficoltà di coloro i quali non erano in grado di pagare i loro debiti pecuniari. Osserva l'A. che il *beneficium* in questione quale forma di soddisfazione del creditore imposta *iussu iudicis* è presente altresì nel diritto statutario delle nostre città. La *datio in solutum* c.d. necessaria regolata dalle RR. CC. del 1770 (III, 32, 39-43) che consentivano la facoltà di riscattare entro un anno le cose date in pagamento, fu abolita con l'emanazione del codice civile albertino che all'art. 1333 riproduceva l'analoga disposizione del *Code Napoleon*. Il congegno *de quo* sembrerebbe vagamente richiamare *mutatis mutandis* la moderna disciplina della cessione di beni o diritti edificatori in luogo dell'indennizzo dovuto in sede di espropriazione di cui si parlerà *infra* cap. IV.

¹⁹⁵ Si veda Marcian. Dig. 46, 3, 46 pr.; Paul. Dig. 46, 3, 98 pr. Sul punto G. ASTUTI, *op.cit.*, p. 729.

¹⁹⁶ Si veda Ulp. Dig. 13,7 24 pr; CC. 8,44,4, a. 212. Sul punto G. ASTUTI, *op.ult.cit.*

¹⁹⁷ Sul punto, G. ASTUTI, *op.cit.*, p. 731 ed *ivi* per ulteriori citazioni.

la scelta di ritornare al suo credito esigendo la prestazione originariamente dedotta in obbligazione.

Si giunse così successivamente alla emanazione del codice civile italiano del 1865, il quale per un verso sanciva l'abrogazione della c.d. *datio in solutum* necessaria enucleata dagli interpreti di diritto comune e, per altro verso, non annoverava tuttavia espressamente la *datio in solutum* volontaria tra i modi di estinzione delle obbligazioni di cui all'art. 1236 c.c.

Soltanto l'art. 1929 c.c., infatti, contemplava la fattispecie in cui il creditore accettava volontariamente un immobile ovvero qualunque altra cosa in pagamento di un debito, liberando il fideiussore dalla propria obbligazione, quantunque il creditore subisse successivamente un'evizione.

L'istituto della *datio in solutum* sotto la vigenza del codice civile del 1865 non era tuttavia nella pratica ignorato dalla autonomia privata, né avversato dalla dottrina.

Quest'ultima, infatti, non riteneva possibile, in armonia con la tradizione romanistica, escludere la possibilità di estinguere un'obbligazione mediante la consegna di un *aliud* rispetto al bene dovuto dal debitore.

Orbene la successiva reintroduzione dell'istituto ad opera del legislatore del 1942, ebbe a risolvere molti dei problemi che avevano affaticato nei secoli la dottrina. Ciò nondimeno rimanevano tuttavia insolute, come vedremo meglio tra breve, molteplici questioni di ordine strutturale effettuale e funzionale.

2. Profili strutturali. La *vexata questio* sulla natura reale ovvero consensuale dell'istituto.

Giungendo all'analisi dei profili strutturali dell'istituto giova preliminarmente evidenziare che la prestazione in luogo di adempimento riveste, secondo l'opinione espressa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante, natura contrattuale e reale¹⁹⁸. In tale ottica si osserva comunemente, muovendo dal tenore letterale della disposizione, che il rapporto obbligatorio si estingue contestualmente all'esecuzione dell'*aliud*.

Quanto alla natura contrattuale, infatti, si suole ribadire, muovendo dai noti principi dell'*aliud pro alio invito creditorum solvi non potest* e da quello speculare dell'*aliud pro alio invito debitorum peti non potest*, che l'effetto tipico di estinzione del rapporto obbligatorio conseguente alla esecuzione di una prestazione diversa di quella dovuta, non può prescindere dal concorso delle volontà dispositive del debitore e del creditore¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Osserva A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 52, che l'idea secondo cui la *datio in solutum* riveste carattere reale compare costantemente negli scritti di coloro che si sono occupati dell'istituto. La diffusa concordanza delle opinioni parrebbe tuttavia apparente, atteso che in molti casi la tesi in questione viene recepita acriticamente. Gli autori che tentano di fornire una dimostrazione della tesi in discorso, invece, al di là della terminologia adoperata, intendono la realtà con un significato profondamente diverso.

¹⁹⁹ Sul punto, E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *I Modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende liberatorie*, diretto da E. BURDESE, E. MOSCATI, Padova, 2008, p. 22. Per la natura contrattuale si veda anche S. RODOTÀ, (voce) *Dazione in pagamento (Dir. Civ.)* in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962 p.737-738, il

Tanto si evincerebbe, infatti, inequivocamente dal tenore letterale dell'art. 1197 c.c. il quale, pur non prendendo partito espressamente sulla struttura giuridica della fattispecie, sancisce che il debitore possa liberarsi dalla obbligazione originariamente contratta soltanto «quando il creditore vi consenta». Ne deriva che all'offerta del debitore di eseguire una diversa prestazione deve fare riscontro l'accettazione del creditore formando così l'accordo delle parti e, quindi, un contratto²⁰⁰.

In tale ottica un punto fermo costantemente ribadito è che le volontà dispositive del creditore e del debitore possono essere manifestate contestualmente ovvero anche in momenti cronologicamente distinti.

Più precisamente, come si vedrà meglio *infra*, nell'ipotesi in cui il consenso delle parti venga manifestato preventivamente ricorrerebbe, secondo taluni, la fattispecie del c.d. *pactum de in solutum dando*, inteso quale variante della c.d. *datio in solutum tipica*.

Giova tuttavia segnalare un'opinione minoritaria ma autorevole²⁰¹ secondo la quale l'accordo non rivestirebbe valore essenziale nell'economia della fattispecie. La tesi contrattuale, infatti, attribuirebbe eccessiva rilevanza alla proposta dell'*aliud pro alio solvere*, che in ipotesi potrebbe anche difettare. L'unica manifestazione di volontà rilevante sarebbe, infatti, l'atto con il quale il creditore accetta di ricevere in adempimento una prestazione diversa da quella dovuta attribuendo ad essa lo stesso ruolo che nell'*obligationsprogramm* era rivestito dalla prestazione originaria. Il tutto come se la prestazione eseguita fosse stata prevista *sin ab origine* nel programma negoziale.

Donde l'accordo delle parti sarebbe superfluo, atteso che l'atto di accettazione del creditore non si salda con il consenso del debitore all'esecuzione dell'atto traslativo, ma qualifica il trasferimento ex art. 1197 comma 2 c.c. quale adempimento, con ciò assolvendo piuttosto la funzione di ricongiungerlo alla sua causa che si identifica, appunto, nell'obbligazione originaria da adempiere²⁰².

quale qualifica *apertis verbis* l'istituto in questione quale contratto estintivo, laddove la vicenda estintiva consegue a due contrapposte attribuzioni patrimoniali, l'esecuzione dell'*aliud* e la liberazione del creditore. C.M. BIANCA, *L'obbligazione, cit.*, pp. 439-440, il quale ipotizza l'applicazione delle norme sul contratto in generale e sul pagamento.

²⁰⁰ In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 32, il quale sostiene, al di là dei riferimenti di carattere normativo, la natura necessariamente contrattuale dell'istituto *de quo* considerato che a rigore il rapporto obbligatorio deve vivere ed attuarsi nei termini in cui è stato originariamente costituito. Il tutto nell'interesse del creditore e del debitore, di talché perché l'effetto estintivo possa dispiegarsi a seguito della esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta è necessario l'accordo in tal senso di entrambi i soggetti.

²⁰¹ È quanto sostiene C.A. CANNATA, *op.cit.*, p. 81 ss.

²⁰² Così C.A. CANNATA, *op.cit.*, p. 82, il quale formula al riguardo due ipotesi esemplificative. Il primo è il caso più semplice in cui il creditore presti il proprio consenso alla prestazione di un *aliud* consistente nella consegna di cose in proprietà, e non al puro trasferimento della proprietà. In tal caso, infatti, per effetto del consenso del creditore, l'atto della consegna riceve la qualificazione giuridica di adempimento dell'obbligazione, come se quest'ultima avesse avuto *sin ab origine* ad oggetto tale prestazione.

La seconda ipotesi che, invece, denota maggiore complessità, attiene alla fattispecie in cui il creditore presti il proprio consenso alla esecuzione di un *aliud* che richiede la redazione

Tanto premesso, analizzando più da vicino la ricostruzione dell'istituto in chiave di realtà, giova evidenziare che l'opinione in questione poggia, secondo l'insegnamento tradizionale, sulla considerazione che l'effetto estintivo tipico si produce al momento della esecuzione dell'*aliud*.

Il carattere reale dell'istituto non parrebbe, infatti, inficiato dalla circostanza che l'esecuzione dell'*aliud* possa astrattamente consistere in un *dare* ovvero in un *facere*²⁰³. Piuttosto tale costruzione consentirebbe di superare quelle impostazioni sovrastrutturali di matrice germanica e francese, secondo cui l'istituto è il risultato della combinazione di una pluralità di atti autonomi, quali, ad esempio, accordi modificativi dell'oggetto dell'obbligazione seguiti da un adempimento in senso tecnico, ovvero il risultato della combinazione di un atto di rinuncia del creditore alla prestazione originaria con un successivo contratto, avente il suo fondamento causale nella precedente rinuncia, che programma la prestazione di un *aliud*²⁰⁴.

Ci si è tuttavia interrogati in dottrina sulla opportunità di ricostruire la nozione di realtà in un'accezione che travalichi il suo tradizionale significato dogmatico di *traditio rei*, atteso che nella *datio in solutum* il contratto si perfeziona non già necessariamente con la consegna di una cosa, ma con la esecuzione di un *aliud* che può consistere anche nel trasferimento di un diritto.

Si è infatti osservato²⁰⁵ che la predicata nozione di realtà mal si ataglia alla *datio in solutum* a meno di non volerla adoperare in senso improprio.

di un atto in forma scritta. In questi casi, infatti, le parti adoperano nella prassi negoziale congegni che soltanto con evidente forzatura possono essere ricondotti allo schema della *datio in solutum*. Si ponga mente all'esempio del trasferimento di un bene in luogo della prestazione originaria consistente nel pagamento di una somma di danaro a titolo di mutuo. Le parti ricorreranno in tal caso ad una compravendita indicando che il corrispettivo è stato già versato con il pagamento della somma data a mutuo. Tale meccanismo, tuttavia, implicherebbe una compensazione volontaria tra due crediti e non consisterebbe perciò, propriamente, in una *datio in solutum*. Evidenzia, infatti, l'A. che la compensazione volontaria, costituisce un modo di estinzione del rapporto obbligatorio autonomo da qualsiasi altro, in guisa che si differenzia in special modo dall'adempimento. Rispetto a quest'ultimo, infatti, la *datio in solutum* costituisce una *species*. Perché si possa parlare di *datio in solutum* il debitore avrebbe dovuto riconoscere in forma scritta l'esistenza del debito di mutuo ed il creditore avrebbe dovuto contestualmente manifestare il proprio consenso a ricevere in pagamento un bene (ad esempio un fondo) a titolo di mutuo. Il debitore avrebbe dovuto altresì dichiarare di trasferire il bene a titolo di restituzione della somma ricevuta a mutuo ed il creditore di accettare tale trasferimento. In tale schema la dichiarazione di accettazione non si salda tuttavia con il consenso del debitore ma rimane confinata al rango di presupposto autonomo della sua realizzazione.

²⁰³ In tal senso, S. RODOTÀ, *op.cit.*, p. 738, che al riguardo parla di preoccupazione meramente scolastica.

²⁰⁴ Ancora S. RODOTÀ, *op.cit.* p. 738, il quale osserva che tali concezioni appaiono tuttora ancorate ad una concezione della *datio in solutum* quale vendita ovvero quale novazione, laddove il nostro sistema circoscrive con decisione l'effetto estintivo della *datio in solutum*. Per la tesi della realtà si veda anche C. M. BIANCA, *L'obbligazione, cit.*, pp. 432,433 il quale precisa che l'effetto reale va riferito all'esecuzione dell'*aliud* quale requisito legale dell'effetto solutorio del contratto.

²⁰⁵ In tal senso, F. GAZZONI, *Manuale di diritto Privato*, Napoli, 2007, p. 580.

Ciò parrebbe tanto più vero con riferimento specifico all'ipotesi di cui all'art. 1197 co 2 c.c., laddove l'oggetto del contratto è costituito dal trasferimento di un diritto.

In tale ipotesi, infatti, la prestazione dell'*aliud* è eseguita allorché si dispiega l'effetto traslativo, per effetto del perfezionamento dell'accordo ex art. 1376 c.c., ovvero se la cosa è generica, con la specificazione ex art. 1378 c.c.

Donde un consistente indirizzo dottrinale ha avvertito, con diverse sfumature, l'esigenza di enucleare una nozione di realtà *lato sensu* intesa, che si affranchi da quella tradizionale, trasfondendola *mutatis mutandis* nel congegno della *datio in solutum*.

In particolare la dottrina contraria ad una ricostruzione in chiave contrattuale dell'istituto, ha sostenuto quale logico corollario delle sue premesse dogmatiche, che la realtà andrebbe riferita alla *solutio* piuttosto che ad una sovrastruttura contrattuale.

La costruzione dell'istituto in chiave contrattuale tenterebbe infatti di rispondere più che altro all'esigenza di rinvenire un punto di riferimento all'effetto reale nell'ipotesi in cui l'esecuzione dell'*aliud* consista nel trasferimento della proprietà su un bene, laddove la volontà di accettazione del creditore permanerebbe invece autonoma senza fondersi con la volontà dispositiva del creditore al trasferimento del cespite.

Deve infine essere segnalata l'opinione secondo cui²⁰⁶ la realtà andrebbe indetificata non già quale *traditio rei* ma quale spostamento patrimoniale, che nella *datio in solutum* può consistere anche nel trasferimento di un diritto.

Sarebbe dunque sovrastrutturale, fare dipendere il trasferimento del diritto dal principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., atteso che il trasferimento del diritto più che a risultato finale programmato, si atteggia a veicolo del suo perfezionamento. Si tratterebbe, quindi, non di un effetto sostantivo finale del contratto, ma di un effetto procedimentale e strumentale al perfezionamento della fattispecie stessa. Soltanto allora, una volta perfezionata la fattispecie, è consentita all'autonomia privata la integrazione dell'effetto finale e sostantivo.

Altro filone dottrinale²⁰⁷, invece, ricostruisce marcatamente l'istituto in chiave consensuale.

²⁰⁶ In tal senso R. FERCIA, *op. cit.*, p. 463 ss. L'A. osserva che il trasferimento non sarebbe quindi un'applicazione del principio consensualistico ex art. 1376 c.c., ma della diversa regola della «investitura formale del diritto» che si traduceva nel diritto romano nella necessità di trasmissione al fine del trasferimento della proprietà. Donde il trasferimento rivestirebbe la medesima posizione dell'accettazione secondo il più noto schema dell'art. 1326 c.c., quale tassello di chiusura del ciclo dell'autonomia privata procedimentale nella sede genetica del contratto.

²⁰⁷ In tal senso, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 64, il quale sostiene la ricostruzione in chiave di realtà sia il frutto di un equivoco di fondo. Per lungo tempo, antecedentemente alla ridefinizione dell'istituto enucleata dall'art. 1197 c.c. come formulato dal legislatore del 1942, per dazione in pagamento si intendeva, infatti, unicamente il trasferimento con il consenso del creditore di una *res* diversa da quella pattuita, escludendo la esecuzione di prestazioni di *facere*. Tale teoria trovava il suo baluardo in una affermazione del Pothier il quale scrisse che *la dation en paiement ne se fait que par la tradition, et meme par la translation de la propriété de la chose donnèe en paiement*. Si trattava, dunque, di una prospettiva fortemente influenzata del congegno romanistico di circolazione dei beni assiso sulla distinzione tra *titulus acquirendi* e *modus acquirendi*. L'affermazione

L'assunto fondamentale sul quale si regge tale orientamento che come vedremo meglio *infra* ricostruisce l'istituto sul piano effettuale quale contratto produttivo di una vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, è costituito dalla circostanza che nell' ipotesi in cui il creditore abbia manifestato preventivamente il proprio consenso alla esecuzione di un *aliud*, il c.d. *pactum de in solutum dando*, ci troveremo dinanzi ad un negozio *in fieri*. Conclusione quest'ultima definita inaccettabile dall'indirizzo in questione.

Il creditore rimarrebbe in tal caso, infatti, libero di cambiare idea successivamente alla stipulazione del *pactum*, esigendo la prestazione originaria ed incorrendo tutt'al più in una mera responsabilità di carattere precontrattuale.

Conclusione che parrebbe ancor più grave, se si tiene conto che il contratto *de quo* viene prevalentemente stipulato al fine di venire incontro alle esigenze del debitore che incontri delle difficoltà nell'adempimento della prestazione originaria.

A ciò si aggiungerebbe, su un versante più prettamente tecnico giuridico, l'esistenza di un contrasto con alcuni principi basilari dettati in tema di disciplina generale del contratto.

La ricostruzione dell'istituto *de quo* sul piano strutturale quale contratto reale ed il conseguente corollario della ricostruzione del *pactum de in solutum dando* quale negozio *in fieri* mal si concilia, infatti, con la identificazione sul piano effettuale di una vicenda modificativa del regolamento obbligatorio originario.

Il nostro ordinamento, si è detto, ammette, infatti, il negozio diretto a «regolare un rapporto giuridico patrimoniale» configurandolo quale negozio già completo nei suoi elementi costitutivi. Donde un valido contratto di prestazione in luogo di adempimento può essere concluso a prescindere dall'adempimento della prestazione successivamente convenuta, salve le indagini sul contenuto che assume concretamente il c.d. *pactum de in solutum dando*²⁰⁸.

Altra parte della dottrina, infine, propugna una tesi per così dire intermedia, che valorizza il tenore letterale dell'art. 1197 c.c. il quale si riferisce *apertis verbis* ad una prestazione in luogo d'adempimento. Si sostiene così, in consonanza con il dettato dell'art. 1376 c.c., il quale eleva il principio consensualistico a regola generale del nostro ordinamento, che la *datio in solutum* si perfeziona in virtù

parrebbe *prima facie* alquanto strana se si pone mente alla circostanza che il Pothier è uno dei principali sostenitori del principio consensualistico. Ciò nondimeno, secondo l'A., la possibile spiegazione si rinviene nella circostanza che la definizione della *datio in solutum* quale contratto reale deriva da un fraintendimento della posizione del Pothier, le cui modalità di ragionamento possono essere ricostruite in questi termini. *Dare in solutum*, infatti, significa estinguere una prestazione originaria per mezzo del trasferimento della proprietà di un bene diverso da quello convenuto. Il trasferimento della proprietà può avvenire sì per mezzo del consenso delle parti liberamente manifestato, ma unicamente nel caso della compravendita. Perché possa dirsi realizzata una dazione in pagamento occorrerebbe, dunque, anche la consegna della diversa *res*. Donde la prospettiva del giurista francese sarebbe stata erroneamente ricostruita, nel senso che la consegna si attegge ad elemento perfezionativo del contratto in questione, laddove invece secondo il Pothier la consegna occorre unicamente per il trasferimento della proprietà della *res*. Donde si sarebbe dunque trasformato in reale un negozio che in precedenza non era mai stato ascritto in tale novero.

²⁰⁸ In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 67.

dell'accordo delle parti, allorquando abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà su una *res* in luogo della prestazione originariamente dedotta in obbligazione.

Nelle altre ipotesi, invece, assumerebbe i connotati di un contratto reale laddove la realtà andrebbe tuttavia riferita non alla *traditio rei* ma alla esecuzione di un *aliud* e, quindi, alla prestazione.

La soluzione preferibile, come si vedrà meglio *infra*, consiste nel cogliere gli interessanti spunti di riflessione offerti dai fautori della tesi della realtà.

I rilievi critici mossi dalle tesi consensualistiche non paiono invero appieno convincenti, essendo mossi da un approccio metodologico incardinato su un concetto rigido di fattispecie che attribuisce al consenso delle parti un rilievo statico ed atomistico, e, quindi, sempre identico. Rilievo peraltro avulso dal contesto dinamico del ciclo dell'autonomia privata in cui è inserito.

È invece preferibile a nostro avviso valorizzare la tesi della realtà offrendone una diversa chiave di lettura evincibile dall'analisi dei c.d. procedimenti di contrattazione reale sullo sfondo dell'autonomia privata procedimentale nella fase di esecuzione del contratto.

Giova infatti evidenziare,²⁰⁹ che la tesi della realtà della dazione in pagamento, nel prisma della autonomia privata procedimentale, si arricchisce di ulteriori significati, che si possono cogliere unicamente se si rivolge l'attenzione alla duplice qualificazione che la volontà negoziale del creditore riveste nell'istituto in questione.

Non può infatti tacersi che, come vedremo, in un quadro di duttile cooperazione tra programmazione ed esecuzione, la volontà del creditore si atteggia per un verso a volontà negoziale esecutiva, avente cioè ad oggetto l'ingresso della prestazione del debitore nella propria sfera soggettiva.

Per altro verso si atteggia a volontà programmatica, avente questa volta ad oggetto l'estinzione del rapporto obbligatorio che, come vedremo, è legata alla qualificazione dell'*aliud* quale equipollente dell' adempimento.

Orbene in mancanza di un approccio metodologico procedimentale, tale ambivalenza è stata a nostro avviso foriera di equivoci tanto nella elaborazione della tesi del negozio unilaterale, che nella elaborazione della tesi del contratto consensuale.

Riteniamo infatti che a ben vedere l'ambivalenza in questione si rifletta in un' inversione della ordinaria sequenza logica e cronologica tra volontà programmatica e volontà esecutiva.

Ciò in ragione del fatto che la volontà negoziale ed esecutiva del creditore a ricevere la prestazione, precede di un istante ideale la volontà programmatica indirizzata verso l'estinzione del rapporto obbligatorio.

Ma tale inversione non deve stupire l'interprete, se soltanto si pone mente ancora una volta al motivo ricorrente della presente trattazione secondo il quale, come abbiamo evidenziato a più riprese, «*i privati agiscono molto più di quanto non regolino*».

Abbiamo avuto già modo di osservare, infatti, che il dato normativo rivela l'esistenza di talune fattispecie, quali, ad esempio, il testamento e la donazione nulli ex artt. 590 799 c.c., ove si assiste *mutatis mutandis* ad una inversione logico

²⁰⁹ Salve le ulteriori considerazioni che saranno formulate *infra* cap. III.

cronologica delle fasi del ciclo dell'autonomia privata, nel senso che l'esecuzione precede cronologicamente la efficacia del programma negoziale.

A tal proposito ci sembra dunque opportuno ribadire ancora una volta che l'efficacia del contratto è il presupposto del dispiegamento di un effetto impegnativo e nel contempo il termometro del grado di concreta realizzazione sul piano esecutivo dell'assetto di interessi diviso dalle parti.

Ne deriva che tra l'efficacia del contratto e l'esecuzione, al di là della loro collocazione cronologica nel ciclo seriale dell'autonomia privata, vi è sempre una cooperazione che trova conferma anche nelle fattispecie *de quibus*.

Se tutto questo è vero, è del tutto fisiologico che per un verso la manifestazione di volontà esecutiva a ricevere la prestazione diversa, seguita dalla effettiva esecuzione dell'*aliud*, sia sufficiente a perfezionare il contratto *de quo* secondo lo schema della contrattazione reale.

Tale manifestazione di volontà rinvia ad una successiva, *rectius* quasi contestuale²¹⁰, manifestazione di volontà programmatica, questa volta estintiva del rapporto obbligatorio.

Ciò è tanto più vero in virtù della impostazione, accolta in questa sede, secondo cui un comportamento esecutivo, con soluzioni di diversa graduazione, richiama sempre un assetto di interessi programmatico.

La manifestazione di volontà estintiva opera, infatti, sul piano dell'efficacia e, quindi, della complessiva rilevanza dell'atto per l'ordinamento, intersecandosi con la legittimazione del creditore ad esperire gli ordinari rimedi della responsabilità contrattuale. Legittimazione che sorge, non a caso, per effetto della manifestazione di consenso a ricevere la prestazione diversa, divenendo, si ribadisce, il termometro del grado di attuazione dell'assetto di interessi diviso dalle parti.

3. Prestazione in luogo di adempimento ed estinzione del rapporto obbligatorio. La tesi della rinuncia onerosa.

Giungendo all'analisi dei profili funzionali ed effettuali, deve segnalarsi preliminarmente un'opinione risalente²¹¹ che avvicina sul piano ontologico l'esecuzione dell'*aliud* all'adempimento, di talchè sostiene che la vicenda estintiva del rapporto obbligatorio promani direttamente dalla fattispecie negoziale perfezionata tra creditore e debitore.

L'opinione in commento è stata riformulata in tempi relativamente recenti con molteplici varianti da una dottrina minoritaria ma autorevole²¹², secondo la

²¹⁰ A seconda della tipologia di prestazione eseguita.

²¹¹ Nella nostra dottrina la tesi della rinuncia onerosa è stata sostenuta sotto la vigenza del codice del 1865 da R. NICOLÒ, *op.cit.*, p. 237 ss.

²¹² Sotto la vigenza del codice del '42 la tesi in questione è stata riproposta da S. RODOTÀ *op.cit.*, p. 737. Nella formulazione di R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 250, la *datio in solutum* comporta un arricchimento del debitore sotto forma di trasferimento del diritto ovvero sotto forma di rinuncia al diritto o ancora di svolgimento di una determinata attività, ma non crea un nuovo diritto di credito nei confronti del *solvens*. Donde nel caso in cui la *datio in solutum* sia diretta al trasferimento di un diritto, non può considerarsi perfetta se non quando il trasferimento sia stato definitivamente attuato con il semplice consenso, se

quale l'effetto estintivo del rapporto obbligatorio promanerebbe direttamente dalla fattispecie negoziale, qualificata tuttavia, sul piano strutturale, quale contratto reale sinallagmatico ed oneroso, avente ad oggetto una rinuncia al credito verso l'esecuzione di una diversa prestazione ad opera del debitore.

Un punto fermo dal quale muove la teoria in questione, che si discosta così parzialmente dall'indirizzo tradizionale, è costituito dalla necessità di tenere debitamente distinte sul piano ontologico e funzionale la figura dell'adempimento da quella dell'esecuzione dell'*aliud*.

Sul piano ontologico il rilievo del consenso del creditore attribuisce, infatti, all'atto di esecuzione della diversa prestazione, un rilievo negoziale che è invece estraneo all'atto di adempimento che, secondo parte della dottrina riveste i caratteri di atto dovuto e rientra, quindi, nella categoria del c.d. atto in senso stretto²¹³. Sul piano funzionale, poi, non si potrebbe pervenire a conclusioni diverse muovendo da una supposta analogia funzionale tra i due istituti diretti al soddisfacimento dell'interesse creditorio. L'adempimento, infatti, estingue entrambi i termini del rapporto obbligatorio realizzando l'interesse del creditore ed attuando l'obbligo del debitore. Nella dazione in pagamento, invece, non può parlarsi in senso tecnico di attuazione dell'obbligo. L'erroneo fondamento della equiparazione ontologica e funzionale tra le due figure parrebbe invero rinvenibile

avente ad oggetto una cosa determinata, ovvero con la specificazione, se si tratta di un bene determinato nel *genus*, con la trascrizione se si tratta di un diritto immobiliare di cui il *solvens* non sia titolare. Del medesimo avviso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 156, il quale nel ricostruire la *causa solvendi* delle prestazioni esecutive osserva che nella prestazione in luogo di adempimento il discorso è più semplice, atteso che essa riproduce uno schema oneroso vero e proprio. A fronte del trasferimento dell'*aliud* vi è infatti l'effetto estintivo cui il creditore consente. Successivamente l'A. ha mutato orientamento aderendo alla tesi del negozio solutorio. Sul punto E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 40 ed ivi per ulteriori citazioni. Secondo L. BARASSI, *op.cit.*, p. 147, tale ricostruzione richiama quella formulata dai giuristi Proculieiani romani che rinvenivano nelle contrapposte attribuzioni patrimoniali lo schema della compravendita. Donde si tratta di una costruzione comoda ma barocca. Comoda, poichè consente di estendere analogicamente le regole della compravendita, comprese, quindi, quelle della garanzia peraltro espressamente richiamate dall'art. 1197 co 2 c.c. Barocca, perchè la applicazione delle regole della garanzia si sorregge non già su un' inesistente identità concettuale con la compravendita ovvero con la permuta, ma soltanto se consentita dall'identità intrinseca della prestazione, oggetto dell'obbligazione. Secondo S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, sarebbero sovrastrutturali tutte quelle impostazioni della dottrina francese e germanica, secondo cui la *datio in solutum* è il risultato della combinazione di atti tra loro diversi ovvero, addirittura, autonomi l'uno dall'altro. L'A. formula rilievi critici intorno alla teoria dell'accordo modificativo dell'oggetto dell'obbligazione seguito da un adempimento in senso proprio. Parimenti si esprime criticamente sulla tesi che qualifica l'istituto quale rinuncia del creditore alla prestazione originaria, posta a fondamento di un nuovo contratto che contempla la prestazione dell'*aliud*. Tali ricostruzioni parrebbero, infatti, ancora legate ad una concezione della *datio in solutum* quale vendita ovvero quale novazione, laddove il nostro sistema circoscrive con precisione l'effetto estintivo della *datio in solutum*.

²¹³ E' nota la *querelle* interpretativa sulla ricostruzione della natura giuridica dell'atto di adempimento. Quest'ultimo secondo taluni autori è un atto in senso stretto, laddove altro indirizzo propende, con diverse sfumature, per la ricostruzione in chiave di negozio unilaterale ovvero bilaterale. Altri autori, infine, ricostruiscono l'istituto quale fatto in senso stretto.

in una valutazione di ordine economico e psicologico del creditore che manifesta il suo consenso previo apprezzamento soggettivo di equivalenza. Quest'ultima, tuttavia, proprio per la sua soggettività, è del tutto irrilevante sul piano della dichiarazione negoziale, che, per sua natura, riveste carattere oggettivo²¹⁴.

Muovendo da tali premesse funzionali ed ontologiche la tesi in commento perviene, sul versante effettuale, alla qualificazione dell'istituto in questione quale contratto produttivo di un effetto tipico volto alla estinzione di un rapporto obbligatorio senza per ciò stesso costituirne uno nuovo.

La qualificazione in chiave di onerosità invece discende, secondo tale impostazione, dalla subordinazione reciproca di opposti interessi evincibile dalle due contrapposte attribuzioni patrimoniali consistenti nella liberazione del debitore dall'obbligazione originaria e dalla esecuzione dell'*aliud*.

La tesi in questione, per sua stessa ammissione, circoscrive l'ambito concettuale della *datio in solutum* all'ipotesi in cui la distinzione tra fase programmatica ed esecutiva assume un rilievo squisitamente logico ma non cronologico, essendo racchiuse le due fasi nel medesimo istante ideale. Ne deriva il corollario che, qualora l'esecuzione dell'*aliud* avvenga in un momento diverso rispetto al perfezionamento dell'accordo tra creditore e debitore, assumendo la distinzione tra le due fasi un rilievo non soltanto logico ma anche cronologico, verrebbero travalicati i confini della prestazione in luogo di adempimento, versandosi nell'ipotesi di novazione per mutamento dell'oggetto o comunque la trasformazione del contenuto dell'obbligazione.

Più precisamente, nell'ipotesi di manifestazione preventiva di consenso del creditore l'obbligazione originaria verrebbe sostituita da un'obbligazione alternativa o facoltativa, che nulla hanno in comune con la dazione in pagamento.

Donde resterebbe invece esclusa dal perimetro applicativo dell'istituto la versione per così dire obbligatoria del c.d. *pactum de in solutum dando*. Nè tale esclusione verrebbe confutata, secondo l'indirizzo in commento, dalla circostanza che può sorgere accessoriamente in capo al soggetto trasferente un diritto in luogo della prestazione originaria, un obbligo di consegna.

Quest'ultima, infatti, non altera il carattere definitivo della *datio in solutum* rispetto alla quale assolve un rilievo meramente strumentale.

Vale dunque la pena soffermarsi ora sulla compatibilità tra la tesi della rinuncia onerosa e la ipotesi in cui le parti abbiano preventivamente manifestato il loro consenso alla possibilità per il debitore di liberarsi tramite l'esecuzione di un *aliud*, ovvero in altri termini siano addivenute alla stipulazione di un c.d. *pactum de in solutum dando*.

Invero si è recentemente osservato che i rilievi critici mossi alla teoria in questione, che polarizzano l'attenzione sulla pretesa incompatibilità tra lo schema

²¹⁴ In tal senso, S. RODOTÀ, *op.cit.*, p. 736, il quale osserva come una integrale accettazione della tesi che sostiene l'equivalenza tra il pagamento dell'*aliud* e la prestazione dovuta, aventi, quindi, la medesima funzione satisfattiva, potrebbe rendere più difficile la distinzione tra la dazione in pagamento e la novazione oggettiva. Ciò, in particolare, per chi ritenga che la differenza tra le due figure consiste nella diversa qualità del bene e non nel diverso modo di operare rispetto al preesistente rapporto obbligatorio. La dazione in pagamento estingue, infatti, il rapporto obbligatorio originario senza che a ciò si accompagni la nascita di un nuovo rapporto. Quest'ultimo, infatti, è l'effetto tipico della novazione.

della rinuncia onerosa ed il *pactum de in solutum dando*, non apparirebbero appieno convincenti. L'ostacolo di fondo che si frapporrebbe alla compatibilità dei due schemi parrebbe, infatti, rinvenibile nella impossibilità di qualificare l'esecuzione dell'*aliud* in termini di doverosità, qualificazione che si attagierebbe unicamente alla prestazione originariamente dedotta in obbligazione²¹⁵.

²¹⁵ L'esclusione del *pactum de in solutum dando* dal novero della *datio in solutum* argomentata dalla tesi della rinuncia onerosa, secondo la quale sarebbe assorbente la impossibilità di qualificare in chiave di doverosità l'esecuzione dell'*aliud*, non coglie a nostro avviso nel segno. La diversa prestazione, infatti, acquista l'attributo di doverosità nella fase esecutiva piuttosto che in quella programmatica, secondo un congegno che richiama a nostro avviso i procedimenti di contrattazione reale che analizzeremo meglio nel prossimo capitolo. Diversamente opinando, infatti, la tesi in commento dovrebbe coerentemente negare i suoi stessi fondamenti costruttivi, nel senso che dovrebbe sostenere il paradosso che anche la stessa rinuncia debba essere espunta dallo schema causale elaborato. Il negozio abdicativo, infatti, non si potrebbe qualificare propriamente tale prima della esatta esecuzione dell'*aliud*.

Orbene a nostro avviso, invece, la circostanza che l'acquisto del carattere di doverosità avvenga *in executivis*, contestualmente alla esecuzione della diversa prestazione e non *ab origine* nella fattispecie programmatica, trova agevolmente spiegazione per un verso nel fatto che, come abbiamo più volte accennato nel corso della presente trattazione, nel nostro ordinamento ogni comportamento esecutivo assume, con soluzioni di diversa graduazione, un qualche valore programmatico. Per altro verso nella circostanza che la doverosità in questione si fonda sull'affidamento che i paciscenti maturano *in itinere* sulla attuazione concreta dell'assetto di interessi configurato nell'accordo di base, in guisa che una lesione di tale affidamento troverebbe reazione nei rimedi risarcitori della responsabilità precontrattuale.

Tali considerazioni sono confermate, oltre che dalle ipotesi già esaminate nella presente trattazione, quali il testamento e la donazione nulli, anche dagli schemi negoziali enucleati dal legislatore in tema di vicende interne al rapporto obbligatorio, sui quali, per esigenze di economicità espositiva, non possiamo soffermarci ampiamente in questa sede. In particolare pare a nostro avviso sintomatico il congegno della *delegatio solvendi*, enucleato dal legislatore all'art.1269 c.c. Invero ci troviamo dinanzi in tale fattispecie, come osservato da parte della dottrina, ad un meccanismo che richiama la dazione in pagamento. Il creditore delegante ed il debitore delegato (ci riferiamo ovviamente al rapporto di provvista) imprimono in *executivis* il valore di equipollente della prestazione originaria, al pagamento eseguito dal *debitor debitoris* nelle mani del terzo creditore. Si tratta dunque di un pagamento eseguito in luogo dell'adempimento della prestazione originaria dedotta nel rapporto di provvista. Prestazione che anche in questo caso è facoltativa e non doverosa, atteso che la esecuzione subordinata ad una preventiva accettazione dell'incarico da parte del delegato.

Donde ci troviamo dinanzi ad un comportamento esecutivo che rinvia ad una programma negoziale «debole» avente rilevanza configurativa dell'operazione negoziale, contenuto a monte in un *pactum de in solutum dando* che attribuisce al delegato *id est debitor debitoris* la facoltà di liberarsi dell'obbligazione eseguendo una diversa prestazione nelle mani del terzo creditore.

E' pertanto opportuno evidenziare che la doverosità della prestazione, pur difettando *ab origine*, si produce per così dire gradualmente, mano a mano che si instaura l'assetto di interessi diviso dalle parti, secondo lo schema dei congegni di c.d. contrattazione reale. Una volta accettato l'incarico di eseguire il pagamento, il debitore secondo il principio della irretrattabilità di giudizio, non potrà sottrarsi al pagamento impedendo la definitiva instaurazione di un assetto di interessi del quale ha contribuito a creare le premesse,

Si è osservato, infatti, che la nozione di dovere esprime sul piano concettuale la necessità assiologica che abbia luogo una determinata azione od omissione con la conseguenza che un certo soggetto perde la libertà di compierla o meno. Proprio in una prospettiva di doverosità la esecuzione del dato comportamento determina un sacrificio dell'interesse dell'agente che sarebbe altrimenti portato ad agire altrimenti²¹⁶. Orbene seguendo tale impostazione si è ritenuto che nel *pactum in solutum dando* il creditore attribuisce al debitore unicamente un'ulteriore possibilità di liberarsi dal proprio obbligo senza acquisire il diritto alla esecuzione di una nuova prestazione²¹⁷ di talchè la qualificazione dell'istituto in chiave di rinuncia onerosa non si attaglia all'ipotesi di manifestazione di consenso preventivo all'esecuzione dell'*aliud*.

In verità si è recentemente replicato a tali autorevoli considerazioni che tanto la fattispecie tipica dell'art. 1197 che la c.d. obbligazione facoltativa danno luogo ad un risultato per certi versi analogo, atteso che in ambedue i casi è consentito al debitore di liberarsi dal proprio vincolo obbligatorio tramite l'esecuzione di un *aliud*, senza addossare al creditore il rischio di una mancata esecuzione. Sulla base di tali premesse, si è osservato che non è condivisibile la esclusione del valore giuridico di adempimento alla esecuzione dell'*aliud* nella ipotesi di manifestazione di consenso preventivo. Tanto nella *datio in solutum* tipica che nel *pactum in solutum dando* l'esecuzione dell'*aliud* è comunque adempimento dedotto in obbligazione. Né si potrebbe motivare l'opinione contraria sulla scorta della formula tradizionale adoperata dai glossatori secondo la quale nelle obbligazioni con facoltà alternativa *una res est in obligatione duae in solutione*, atteso che si ammetterebbe in tale ottica per le obbligazioni con facoltà alternativa ciò che si nega per la *datio in solutum*, ovvero che creditore e

ingenerando così un affidamento in capo al delegante. Troverebbe dunque in tal caso applicazione il regime della responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede.

Su tali considerazioni ci si soffermerà meglio *infra*. Per il momento basti evidenziare che i rilievi dianzi formulati sono sufficienti ad escludere che la mancanza del carattere della doverosità della prestazione facoltativa sia idonea ad espungere dall'area della *datio in solutum* il *pactum de in solutum dando*. Tale doverosità ribadiamo, si realizza gradualmente *in itinere*, mano a mano che le maglie del procedimento si stringono, e, quindi, si converge verso l'*utilitas* finale cui aspirano i paciscenti.

Sulla qualificazione della *delegatio solvendi* e *promittendi* quali ipotesi di contratto di mandato misto a *datio in solutum* si veda U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2009 p. 342, P. SCHLESINGER, *Adempimento del terzo e delegazione di pagamento*, in *Temì*, 1958, 572 ss.; *Contra* A. MAGAZZÙ, (voce) *Delegazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, V, Torino, 1989 p. 162.

²¹⁶ In tal senso, A. DI MAJO, *op.cit.*, p. 172.

²¹⁷ In tal senso, A. ZACCARIA, pp. 77 ss. il quale esclude la qualificazione del *pactum de in solutum dando* quale preliminare di rispetto alla *datio in solutum*. Secondo l'A. l'unico modo per acquisire il diritto ad una diversa prestazione è dato in tal caso dall'assunzione di un nuovo obbligo concorrente con l'originario, e con un oggetto diverso da quello proprio di quest'ultimo. In tal caso tuttavia ci troveremo dinanzi ad una assunzione di debito *pro solvendo* che non rientra nello schema dell'art. 1197 c.c. ma della *cessio pro solvendo* ex art. 1198 c.c. Ciò in ragione della circostanza che le parti non creano alcuna nuova obbligazione ma si limitano ad intervenire su quella preesistente .

debitore possano accordarsi per attribuire alla prestazione dell'*aliud* il valore di equivalente dell'adempimento²¹⁸.

Parrebbe dunque preferibile, si è detto, ricorrere ad una soluzione costruttiva che, piuttosto che determinare una qualificazione distorta del comportamento esecutivo programmato, consenta di mantenere una ricostruzione della fattispecie in chiave di rinuncia onerosa. Si è così ritenuto opportuno adoperare il modello della c.d. corrispettività condizionale e, dunque, la discussa figura della condizione di adempimento/inadempimento, in forza della quale l'esecuzione della prestazione non è oggetto di uno specifico impegno contrattuale ma viene posta come condizione sospensiva o risolutiva di efficacia dell'attribuzione corrispettiva. In altre parole nella fattispecie *de qua* il consenso preventivo del debitore alla prestazione liberatoria di un *aliud* può essere qualificato alla stregua della rinuncia al proprio diritto di credito, sospensivamente condizionata all'esecuzione della prestazione²¹⁹.

Spostandoci sul piano sistematico giova evidenziare che la tesi in questione non ha invece posto particolari problematiche, a differenza degli altri approdi costruttivi che verranno esaminati *infra*, in merito allo iato sistematico tra il regime dell'obbligazione originaria che venga assunta per spirito di liberalità e la disciplina della garanzia della vendita richiamata all'art. 1197 co 2 c.c. La giustificazione della vicenda estintiva in un assetto causale di scambio porta

²¹⁸ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p 43, il quale esclude che nell'ipotesi di *datio in solutum* tipica possa verificarsi una modificazione oggettiva del rapporto che da originariamente semplice diverrebbe complesso con l'attribuzione al debitore della *facultas solvendi*. Quest'ultima, infatti, si aggiunge al rapporto dall'esterno senza incidere minimamente sul suo oggetto. In tal caso dovrebbe quindi a rigore applicarsi la disciplina della obbligazione alternativa divenendo evanescente la distinzione tra obbligazione alternativa e con facoltà alternativa. La soluzione criticata urta, infine, con la finalità pratica perseguita dalle parti. Il creditore non intende, infatti, assumere alcun rischio per l'impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione originaria, né intende rinunciare alla esigibilità della prestazione originaria sin quando il debitore non abbia esercitato il potere di scelta ovvero non sia scaduto il termine fissato dal giudice per il suo esercizio.

²¹⁹ In tal senso E. BILOTTI, *op.cit.* p. 45, per le controversie afferenti all'ammissibilità della c.d. condizione di inadempimento nel nostro ordinamento si veda G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 22 ss., 239 ss. ed ivi per ulteriori citazioni. L'A. osserva che ad una simile ricostruzione della *datio in solutum* si potrebbe invero opporre in linea di principio che il debitore verrebbe, seguendo questo schema, lasciato privo di tutela nella ipotesi mancata cooperazione del creditore all'adempimento. Non potendosi a rigore qualificare la esecuzione dell'*aliud* né quale adempimento in senso tecnico né quale surrogato non potrebbe trovare applicazione la disciplina dell'art. 1206 c.c., di talché il creditore non potrebbe essere costituito in mora né il debitore potrebbe avvalersi del congegno della liberazione coattiva. Il creditore potrebbe, quindi, comunque esigere la prestazione originaria quantunque il debitore avesse manifestato la propria disponibilità all'esecuzione dell'*aliud*. L'obiezione parrebbe tuttavia superabile se si considera che tanto il creditore che il debitore devono comportarsi secondo correttezza e buona fede nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio. Il creditore dunque non può frapporre ostacoli ingiustificati alla realizzazione dell'interesse del debitore a liberarsi dal vincolo. A ciò aggiungasi che la regola di buona fede presiede anche al comportamento delle parti in pendenza della condizione ex art. 1358 c.c.

invero a valutare del tutto fisiologica l'applicazione della garanzia della vendita, quantunque la obbligazione originaria sia stata assunta con intento liberale. Il debitore non può più, infatti, considerarsi quale prestatore gratuito *ex donatione* atteso che nel manifestare il proprio consenso all'esecuzione dell'*aliud* ha rinunciato all'interesse originariamente dedotto ad oggetto del rapporto, andando incontro ad un sacrificio. Ciò sarebbe tanto più vero nel *pactum de in solutum dando* atteso che in tale ipotesi l'apparato rimediale della garanzia assolverebbe la funzione di consentire l'attuazione *in executivis* dello scambio programmato dalle parti.

A questo punto vale la pena osservare che la tesi della rinuncia onerosa presta a nostro avviso il fianco ad alcuni rilievi critici. Per un verso, infatti, al di là dell'apparente configurazione dell'istituto quale fattispecie bilaterale ed estintiva, viene operata più o meno surrettiziamente una dissociazione tra l'interesse del creditore e del debitore, chiamati in tale contesto a fondare sinallagmaticamente l'estinzione del debito e la rinuncia al credito. Vi sarebbe così una discontinuità tra la *datio in solutum*, permeata da una dissociazione degli interessi del creditore e del debitore, ed il rapporto obbligatorio di cui essa costituisce attuazione, laddove tali interessi sono *ex adverso* unificati in un'unica dimensione programmatica.²²⁰

A ciò aggiungasi che non è parimenti condivisibile il ricorso alla elaborazione dottrinale della c.d. condizione di adempimento nel *pactum de in solutum dando*. La tesi della c.d. condizione di adempimento infatti, atomisticamente considerata, appare in linea di principio coerente con le premesse metodologiche del presente lavoro secondo cui anche il comportamento esecutivo assume rilevanza programmatica. Ciò nondimeno allorquando viene calata nella dimensione del *pactum de in solutum dando* si risolve paradossalmente in una rigida cesura tra fase esecutiva e programmatica, nel senso che il comportamento esecutivo delle parti cessa di interagire con il programma negoziale, venendo relegato ad elemento esterno alla fattispecie programmatica.

Soluzione peraltro sovrastrutturale atteso che l'efficacia²²¹, è già, per sua natura ed estrazione, il termometro dell'attuazione del programma negoziale, senza dover necessariamente raggiungere lo stesso risultato degradando esecuzione dell'*aliud* ad elemento accidentale rispetto al ciclo dell'autonomia

²²⁰ Tale assunto trova conferma nel pensiero di R. NICOLO', *op. cit.*, p. 37-44 ss, che è uno dei principali sostenitori della tesi della rinuncia onerosa. L'A. muove, non a caso, dalla premessa concettuale che le posizioni giuridiche soggettive di debito e credito non siano esattamente reciproche e speculari all'interno del rapporto obbligatorio. Donde la correlazione tra l'attuazione dell'obbligo e la realizzazione del diritto di credito non sarebbe sempre essenziale. Invero la considerazione che il rapporto obbligatorio presenti un carattere strutturale costante, costituito dalla interferenza di una posizione prevalente e di una posizione correlativamente subordinata, assume, secondo l'A., un valore generico e descrittivo.

Si può infatti dubitare che, sul piano del contenuto e dell'oggetto, la posizione del debitore del creditore siano perfettamente reciproche. L'interesse del creditore può trovare attuazione non soltanto attraverso un adempimento volontario del debitore, ma anche tramite l'attività di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio, come avviene nell'adempimento del terzo, ovvero tramite l'esecuzione forzata e, quindi l'attività dello Stato.

²²¹ Come si è già osservato nel Capitolo I.

privata. La soluzione preferibile, come si vedrà meglio *infra*, è, invece, quella di cogliere sotto altro angolo visuale la valenza programmatica dell'adempimento che, tanto nella *datio in solutum* tipica che nel *pactum de in solutum dando*, lungi dall'essere relegato ad elemento esterno al contratto, costituisce elemento intrinseco ad esso. L'adempimento determina, in tale ottica, nel contesto dell'autonomia privata procedimentale, il perfezionamento dell'operazione negoziale configurata dai paciscenti e con essa l'efficacia del contratto sul piano del conseguimento dell'*utilitas* cui aspirano le parti.

Soltanto ponendosi in tale prospettiva metodologica, infatti, può a nostro parere compiutamente trovare spiegazione la circostanza che l'accordo delle parti nel *pactum de in solutum dando* è inidoneo ad assumere valore cogente di *lex contractus*. L'accordo *de quo* riveste invero un carattere per così dire «debole», essendo rimessa la sua attuazione alla libera disponibilità delle parti ed, in particolare, del debitore al quale è discrezionalmente rimessa la esecuzione della prestazione dedotta in *facultate solutionis*. A tali esigenze di chiarimento la tesi della corrispettività condizionale omette di dare una spiegazione, rendendo dunque preferibile a nostro avviso abbandonare lo schema causale della c.d. rinuncia onerosa .

4. L'effetto estintivo quale conseguenza mediata del negozio. *Datio in solutum* e novazione. Cenni

A questo punto giova esaminare altra corrente di pensiero secondo cui l'effetto estintivo sarebbe riconducibile soltanto in via mediata ed indiretta al negozio che, atomisticamente considerato, assumerebbe una funzione e sarebbe orientato alla produzione di effetti diversi dalla estinzione del rapporto obbligatorio.

Tale filone dottrinale senza peccare per eccessivo schematismo²²², si articola in quattro correnti di pensiero, che, più precisamente, qualificano l'istituto in chiave di contratto di scambio *id est* compravendita, di novazione, di modificazione oggettiva del rapporto ed, infine, di negozio solutorio.

La tesi del contratto di scambio²²³ appartiene oramai alla storia della *datio in solutum*, di talchè per esigenze di economicità espositiva non appare opportuno soffermarsi su di essa.

Quanto invece alla teoria della novazione²²⁴ giova evidenziare che segnatamente nel secolo scorso, la differenziazione di tale istituto dalla *datio in solutum* non è apparsa sempre netta in dottrina.

In particolare una corrente dottrinale, diffusa in particolar modo in Germania, affermava, muovendo dal § 364 co 2 BGB, che la novazione sarebbe una sorta di prestazione in luogo di adempimento che determina, sul piano contenutistico, la costituzione di una nuova obbligazione.

²²² Sul punto, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 25.

²²³ Come si evince agevolmente dal § 1.

²²⁴ La teoria in questione è sostenuta da R. CICALA, *L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968; del medesimo autore si veda anche (voce) *Espromissione*, in *Enc.Giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 4.

Altra corrente dottrinale, diffusa prevalentemente in Francia, affermava invece che la *datio in solutum* è una *species* del *genus* novazione con la particolarità che la nuova obbligazione viene attuata contestualmente alla sua costituzione²²⁵.

Spostandoci ora sul versante della dottrina nostrana, la premessa concettuale di fondo che anima l'orientamento favorevole ad una assimilazione della novazione alla *datio in solutum* pare rinvenibile nella necessità di superare la rigida alternativa tra estinzione soddisfattoria dell'obbligazione in chiave di realizzazione del credito ed estinzione non soddisfattoria per rinuncia del creditore. Tale alternativa, era figlia dell'approccio seguito in precedenza dai fautori della tesi c.d. della rinuncia onerosa, tanto nell'affrontare il problema costruttivo della prestazione in luogo di adempimento che nella trattazione delle altre figure di adempimento indiretto²²⁶.

Orbene secondo i fautori della assimilazione dei due istituti, la soluzione preferibile sarebbe quella di sussumere la prestazione in luogo di adempimento nella categoria degli atti c.d. di *disposizione novativa del credito*, quale *tertium genus* di potere dispositivo, che si affianca alle più note categorie della alienazione e della rinuncia. La c.d. attività di disposizione novativa, intesa quale attività dispositiva del credito si caratterizzerebbe, infatti, per la circostanza che tende alla realizzazione di un interesse che travalica il bene materiale dovuto, proiettandosi piuttosto verso l'utilità di scambio od indiretta che si ricava da esso.

Si tratterebbe dunque di un atto di esercizio del credito in un certo qual modo parificabile sul piano funzionale dell'interesse alla disposizione traslativa, dalla quale differirebbe unicamente sul piano effettuale, atteso che la novazione produce una vicenda *tout court* estintiva del diritto laddove l'atto di alienazione produce una vicenda meramente modificativa²²⁷.

Sempre sul piano funzionale tanto l'attività novativa che quella traslativa si differenzierebbero a loro volta dalla disposizione rinunciativa che, essendo connotata dai requisiti propri del negozio abdicativo, tende alla realizzazione di un interesse esterno rispetto al diritto dimesso.

La teoria in commento si erge più precisamente sulla elaborazione dogmatica del *genus* «*effetto estintivo senza attributo*» che si atteggia a vicenda estintiva *tout court* cui si affiancherebbe la categoria dell'«*effetto estintivo corrispettivo*». Seguendo tale impostazione nella ipotesi in cui, come nella *datio in solutum*, ricorra un nesso di corrispettività tra una vicenda estintiva ed un altro

²²⁵ Sul punto, O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva ed i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1958, p. 150, il quale osserva che ambedue le costruzioni sono in contrasto con l'intento specifico delle parti e con lo schema funzionale risultante dalla normativa propria dei due istituti. La prima, infatti, non tiene conto del rilievo autonomo che assume la costituzione del nuovo obbligo nella novazione, laddove l'adempimento e l'inadempimento non influiscono sulla sorte del debito originario oramai definitivamente estinto. La seconda tesi, invece, presuppone la costituzione di un nuovo obbligo che nella prestazione in luogo di adempimento non si verifica.

²²⁶ Sul punto, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 53.

²²⁷ In tal senso, R. CICALA, *L'adempimento*, cit., p. 157 ss., ID. *Espromissione*, cit., p. 4; aderiscono alla teoria in questione P. RESCIGNO, (voce) *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. D.I.*, XI, Torino, 1965, p.432; P. PERLINGERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 92.

effetto, sia esso traslativo, estintivo o costitutivo, non ci troveremo, quindi, dinanzi ad una disposizione abdicativa *id est* rinunciativa.

Quest'ultima, infatti, per sua natura non può atteggiarsi a tassello di un più ampio programma negoziale.

Piuttosto sul piano effettuale la prestazione in luogo di adempimento produce, oltre alla vicenda estintiva, effetti che sono ad essa collegati sul piano sinallagmatico²²⁸.

Donde la *datio in solutum* che come già anticipato, unitamente al contratto di novazione ed alla compensazione volontaria costituisce una *species* del più ampio *genus* degli atti c.d. di disposizione novativa, a differenza di quanto avviene nella rinuncia, non realizza un interesse esterno ma interno al credito, riunificando così gli interessi del debitore e del creditore che la teoria della rinuncia onerosa aveva dissociato²²⁹.

Il creditore potrebbe dunque ottenere la realizzazione del suo interesse tanto conseguendo una prestazione diversa da quella dovuta come avviene nella *datio in solutum*, quanto con la costituzione di un nuovo diritto di credito, come avviene nella novazione, oppure ancora con la estinzione di un debito secondo uno schema proprio tanto della *datio in solutum* che della compensazione convenzionale.

La tesi in commento ha tuttavia costituito oggetto di critiche secondo cui opererebbe una indebita sovrapposizione tra il piano dell'assetto di interessi programmato dalle parti sotto il profilo causale del negozio quale giustificazione delle attribuzioni patrimoniali che da esso si dispiegano, ed il piano dell'interesse sotteso al diritto soggettivo.

Si è infatti osservato che gli interessi cristallizzati nel programma negoziale, non entrano a far parte del contenuto del diritto.

La dottrina in commento, invece, adoperando tale sovrapposizione, avrebbe ingenerato il convincimento che la giustificazione causale dell'atto di disposizione

²²⁸ Sul punto, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 55, il quale osserva come l'esclusione di una rinuncia corrispettiva e la identificazione di una specifica facoltà di disposizione novativa del credito non assolve un rilievo meramente dogmatico, ma altresì operativo. In particolare, assolve rilievo in merito alla ipotesi di adempimento diretto dell'obbligo altrui, allorchè la *datio in solutum*, la novazione e la compensazione volontaria siano stipulate dal creditore con un terzo. In tal caso, infatti, non può riconoscersi rilevanza ex art. 1236 c.c. alla dichiarazione del debitore di non voler profittare della remissione. Argomentando in questi termini la dottrina in commento ritiene che la *datio in solutum* di terzo unitamente alle altre fattispecie c.d. di adempimento indiretto dell'obbligo altrui debbano essere sussunte nello schema di cui all'art. 1180 c.c. Ciò in aperto contrasto con la tesi della rinuncia onerosa che porterebbe per, converso, all'applicazione del regime giuridico dell'art. 1236 c.c. e, quindi, attribuirebbe rilevanza alla dichiarazione del debitore di non volersi avvalere della remissione.

²²⁹ Come osserva O. BUCCISANO, *op.cit.*, p. 56, al fondo di tale teoria vi è dunque una scomposizione del potere di disporre in due entità fondamentali. Da un lato la facoltà di disposizione traslativa novativa il cui esercizio soddisfa un interesse interno al diritto di credito, consistente nel valore di scambio del bene o della prestazione dovuti. Dall'altro la facoltà di disposizione abdicativa il cui esercizio soddisfa un interesse esterno al diritto di credito. Tale impostazione costituisce, osserva l'A. un superamento della impostazione tradizionale che qualificava le forme di adempimento indiretto come equivalenti dell'adempimento.

possa contribuire a caratterizzare sul piano ontologico l'effetto giuridico che promana dall'atto²³⁰.

A ciò si aggiungerebbe sul piano logico una insanabile contraddizione di fondo della teoria in commento.

L'utilità indiretta del credito sulla quale poggia la teoria della disposizione novativa può infatti identificarsi anche nella realizzazione di un intento liberale.

Orbene posto che tale intento può caratterizzare sul piano funzionale tanto la rinuncia che il negozio traslativo, una distinzione tra i due negozi che riposi sul piano funzionale dell'interesse, diverrebbe labile ed evanescente, atteso che tanto nell'uno che nell'altro caso l'*utilitas* perseguita è indiretta.

²³⁰ In tal senso, O. BUCCISANO *op. cit.*, p. 62; A. MAGAZZÙ, (voce) *Novazione (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1968, p. 797 ss., il quale osserva che quando si parla di realizzazione del diritto di credito ci si intende riferire alla realizzazione dell'interesse del creditore tramite l'esecuzione della prestazione dovuta, intesa in senso soggettivo come attività del debitore, ovvero in senso oggettivo come attività del debitore o di un terzo diretta al conseguimento del bene dovuto. Secondo l'A. la considerazione unitaria delle categorie dell'adempimento diretto ed indiretto tanto del debitore che del terzo, intesi quali atti comunque volti al soddisfacimento dell'interesse del creditore, è in realtà il frutto di un equivoco. L'interesse del creditore a conseguire l'*utilitas* cui aspira non è immanente al diritto, ma si trova piuttosto al di fuori di esso, nell'atto di disposizione. L'interesse allo scambio non si realizza, infatti, per il tramite dell'atto di esercizio della facoltà traslativa o novativa, ma in virtù del contratto di disposizione cui partecipa anche il debitore od un terzo. Donde l'esercizio del potere di disposizione costituirebbe unicamente un momento del contratto, atteso che lo scambio si concreta in un interesse nuovo dedotto dalle parti nell'esercizio del loro potere di privata autonomia. Né tantomeno l'equiparazione delle due categorie dell'adempimento diretto ed indiretto può fondarsi sull'art. 1180 c.c., inteso quale norma che allineerebbe sul piano dell'interesse del creditore l'adempimento indiretto e quello diretto del terzo. L'art 1180 c.c. non è, infatti, predisposto nell'interesse esclusivo del creditore, ma nell'interesse del terzo in quanto coincidente con l'interesse del creditore o del debitore. A ciò aggiungiamo che l'art 1180 c.c. non si applica alle ipotesi di adempimento indiretto del terzo, atteso che il creditore può rifiutare la novazione dell'obbligo offerta dal terzo indipendentemente dall'opposizione del suo debitore, al contrario di quanto avviene nelle ipotesi di adempimento diretto. La equiparazione tra atti di disposizione traslativi e novativi in contrapposizione a quelli rinunciativi apparirebbe parimenti incoerente sul piano giuridico. Un inquadramento unitario è infatti possibile unicamente inserendo tali categorie di atti in una categoria unitaria, comprendente tutti gli atti di disposizione e, quindi, anche la rinuncia e la remissione, che producono la modificazione o l'estinzione del diritto. Il tutto in contrapposizione alla categoria degli atti di fruizione che determinano la consumazione ovvero la realizzazione del diritto. Tale classificazione non sarebbe immune da un vizio logico, atteso che negli atti dispositivi è necessario distinguere tra l'interesse espresso dall'atto, l'interesse comune ai soggetti che vi partecipano e l'interesse interno al diritto che inerisce al soggetto titolare del diritto medesimo. I negozi dispositivi e, segnatamente, la novazione si accomunano per la circostanza che contrariamente a quanto sostenuto dalla teoria criticata realizzano non già un interesse unilaterale ed interno al diritto di cui si dispone, ma un interesse bilaterale nuovo e comune alle parti che hanno perfezionato l'atto. E' dunque questo sul piano oggettivo il collante comune dei negozi di disposizione a prescindere dall'interesse espresso dall'atto e dal tipo di efficacia che assicura la sua realizzazione.

Residuerebbe, infatti, una differenza che poggia unicamente sul piano effettuale, atteso che la disposizione traslativa da luogo ad una vicenda modificativa laddove la rinuncia ad una vicenda estintiva.

Ne deriva l'ulteriore corollario che verrebbe parimenti meno la distinzione tra la categoria della c.d. disposizione novativa e quella della disposizione rinunciativa, atteso che, posta l'identità effettuale delle vicende promanati dai due negozi, l'unico elemento discrezionale, secondo la tesi criticata, sarebbe rinvenibile proprio sul piano funzionale dell'utilità indiretta perseguita dalle parti con la disposizione novativa.

In definitiva, quindi, allorquando la disposizione novativa e quella rinunciativa perseguono sul piano funzionale un intento liberale, emergerebbero le illogicità e le incongruenze del criterio discrezionale adottato.

In tale ottica la soluzione preferibile parrebbe quella di impostare sul piano metodologico la distinzione tra i due istituti senza radicalizzare la contrapposizione tra la novazione, intesa quale contratto a contenuto necessariamente obbligatorio e *la datio in solutum*, quale contratto ad effetti reali. Una tale rigida contrapposizione parrebbe, infatti, fondarsi su una concezione dell'effetto attributivo come avulsa dal complessivo congegno funzionale, frazionando nel contempo l'intento pratico perseguito dalle parti sul piano programmatico.

E' vero, infatti, che nella novazione l'estinzione dell'obbligazione implica l'attribuzione di un nuovo credito al titolare di quello originario laddove nella *datio in solutum* alla estinzione della obbligazione originaria si accompagna l'attribuzione al creditore di un diritto di credito ovvero di un diritto reale. Ciò nondimeno nella *datio in solutum* l'obbligazione originaria si estingue con la riscossione del credito costituito o ceduto in luogo dell'adempimento. Donde nella *datio in solutum* l'estinzione del rapporto obbligatorio coincide con un incremento patrimoniale del creditore.

5. La tesi della modificazione oggettiva del rapporto

Altra parte della dottrina ricostruisce l'istituto quale negozio produttivo di una vicenda modificativa del rapporto, diretta a rendere facoltativa una obbligazione che originariamente si presentava semplice. In tale ottica, l'adempimento dell'*aliud* costituirebbe un vero e proprio adempimento dell'obbligazione modificata²³¹.

²³¹ In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 98, secondo il quale la tesi della modificazione oggettiva del rapporto costituisce la chiave di volta del problema ricostruttivo della *datio in solutum*, superando la rigida alternativa tra la ricostruzione quale fattispecie di scambio a titolo oneroso ed in termini di adempimento; *contra* E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 26, il quale osserva che tale impostazione urta, su un piano concettuale, con la nozione di vicenda modificativa del rapporto, atteso che la *facultas* si aggiunge dall'esterno senza incidere sulla fattispecie sul piano strutturale. La dottrina in questione ha replicato a tale rilievo, evidenziando che la vicenda modificativa si integra ogni qual volta ad una delle parti, nel caso di specie il debitore, sia attribuito un nuovo potere non previsto nella fase genetica del rapporto.

L'opinione in commento muove da alcune considerazioni critiche sull'evoluzione del pensiero giuridico che, nel ricostruire i profili funzionali strutturali ed effettuali della prestazione in luogo di adempimento, ha sempre oscillato tra l'accostamento dell'istituto a fattispecie di scambio a titolo oneroso e, come si vedrà meglio *infra*, la sua assimilazione all'adempimento.

Orbene posto che, secondo tale orientamento, si appalesano come insoddisfacenti i tentativi di assimilare l'istituto alla vendita, alla permuta, alla compensazione, alla remissione ed infine alla novazione, parrebbe dunque preferibile percorrere il profilo d'indagine diretto a valorizzare il rapporto intercorrente tra l'istituto e l'adempimento²³².

Ciò allo scopo non di identificare la esecuzione dell'*aliud* quale surrogato della prestazione originariamente dedotta in obbligazione, ma piuttosto di elaborare una ricostruzione dell'istituto idonea per così dire a *mediare* tra la diversa prestazione e l'obbligazione originaria.

Si potrebbe infatti rinvenire il fondamento dell'estinzione del rapporto obbligatorio per effetto dell'esecuzione dell'*aliud* nonostante la obiettiva diversità ontologica con la prestazione originaria.

La soluzione della problematica afferente ai profili strutturali della *datio in solutum* sarebbe dunque rinvenibile nella elaborazione dogmatica operata dalla dottrina del c.d. negozio modificativo recepita, dall'ordinamento tedesco al § 305 del BGB, ma configurabile, come è noto, anche nell'ordinamento giuridico nostrano.

E' vero, infatti, che difetta nel nostro codice civile una norma *ad hoc* che disciplini il negozio modificativo, ma sussistono comunque indici normativi idonei a suffragarne l'ammissibilità. Si ponga mente, in particolare, all'art. 1321c.c. che, come è noto, definisce il contratto come l'accordo di due o più parti che, oltre a costituire ed estinguere, *regola* un rapporto giuridico patrimoniale. Viene poi in considerazione l'art. 1231 c.c. in forza del quale non producono novazione dell'obbligazione le vicende modificative accessorie del rapporto.²³³

Donde nella *datio in solutum* il *quid medium* idoneo a smussare i contrasti tra la prestazione originariamente dedotta in obbligazione e la circostanza che l'esecuzione di un *aliud* estingue il rapporto obbligatorio, sarebbe identificabile in un negozio consensuale e non reale modificativo dell'oggetto dell'obbligazione. Tale negozio assume a sua volta la qualificazione di modificativo proprio in virtù dell'avvenuta modifica. In altre parole l'adempimento della prestazione si attergerebbe a veicolo di attuazione della modificazione che a sua volta, consentendo di attuare il comportamento tenuto dal debitore in chiave di adempimento, consentirebbe di superare l'incongruenza oggettiva tra la prestazione eseguita e quella originariamente dovuta²³⁴.

Donde la modificazione dell'obbligo potrebbe essere attuata unicamente tramite l'adempimento. L'estinzione del rapporto originario troverebbe così giustificazione, atteso che l'esecuzione della diversa prestazione rappresenterebbe l'adempimento dell'obbligazione come modificata, che si estinguerebbe alla stregua di una ordinaria ipotesi di adempimento.

²³² In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 98.

²³³ Sul punto, A. ZACCARIA, *op.cit.* p. 99.

²³⁴ In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 102.

Secondo l'indirizzo in commento la ricostruzione dell'istituto in chiave di modificazione oggettiva del rapporto parrebbe coerente con il carattere consensuale e non reale della fattispecie di prestazione in luogo di adempimento. Né tale assunto parrebbe confutato dalla considerazione secondo cui, accogliendo l'idea che per l'esecuzione della modifica sia necessario l'adempimento, si finirebbe per riconoscere un connotato di realtà.

Non si potrebbe, infatti, sovrapporre la connotazione consensuale dell'istituto, inteso quale negozio modificativo del rapporto, al quale, per sua natura, non si attaglia allo schema dei contratti reali, con i mezzi esecutivi tramite i quali può trovare attuazione la possibilità stessa di modificare l'oggetto del rapporto obbligatorio. Soltanto con riferimento a tale ultimo aspetto della questione, infatti, la categoria della realtà potrebbe, in una certa misura, essere richiamata, atteso che l'esecuzione dell'*aliud* costituisce esecuzione della modifica programmata dalle parti.

Ad ogni buon conto si tratterebbe, si è osservato, di una realtà intesa in senso ampio, nel senso che non si identificherebbe con il trasferimento di una *res*, ma nel senso di dispiegamento della vicenda modificativa per mezzo dell'adempimento dell'*aliud* a prescindere dalla natura della diversa prestazione.

In particolare nell'ipotesi di manifestazione di consenso preventivo alla esecuzione dell'*aliud*, il contenuto dell'accordo andrebbe identificato nella concessione al debitore di un potere unilaterale di modificare l'obbligazione contestualmente all'esecuzione della diversa prestazione tramite l'adempimento stesso²³⁵.

L'opportunità della ricostruzione propugnata da tale indirizzo troverebbe altresì conforto, si è osservato, nella circostanza che si presenta coerente sul piano sistematico con la previsione di una garanzia a carico del debitore che pone in essere il trasferimento del diritto di proprietà *in solutum*. A seguito della vicenda modificativa la nuova prestazione diverrebbe, infatti, essa stessa oggetto dell'obbligazione.

²³⁵ In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 101, secondo il quale identificando in questi termini il contenuto del c.d. *pactum de in solutum dando*, risulterebbero superate alcune perplessità che diversamente potrebbero essere prospettate in merito alla identificazione del suo oggetto. Nel sistema romanistico, infatti, assiso sulla scissione tra *modus acquirendi e titulus acquirendi*, nessun problema si poneva allorché l'accordo di *datio in solutum* avesse ad oggetto l'esecuzione di un *aliud* avente a sua volta ad oggetto il trasferimento della proprietà su cose determinate. Osserva l'A. che, poiché nel nostro ordinamento il principio consensualistico assume rilievo almeno tendenzialmente generale, dubbi potrebbero essere sollevati in ordine alla concessione al debitore della possibilità di prestare una cosa specifica in luogo della prestazione originariamente dovuta. L'opzione consensualistica del nostro ordinamento eliminerebbe, infatti, secondo l'A. la possibilità di convenire obbligazioni di dare in senso tecnico *id est* pagamenti traslativi. L'esclusione di un *pactum de in solutum dando* su cose determinate comporterebbe, tuttavia, secondo l'A. un contrasto con la ordinaria pratica degli affari. Tali perplessità, afferenti alla compatibilità dell'istituto con il principio consensualistico, verrebbero tuttavia fugate se lo si concepisce come accordo che attribuisce al debitore la possibilità di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione contestualmente al suo adempimento. Nell'istituto così ricostruito infatti la modifica dell'oggetto dell'obbligazione si realizzerebbe, infatti, unicamente al momento dell'adempimento di talché non si costituirebbe mai l'obbligazione di *dare*.

Vale la pena osservare a questo punto che le obiezioni mosse a tale teoria, a nostro avviso condivisibili, si collocano per un verso su un piano strutturale e funzionale e, per altro verso, su un piano effettuale e sistematico.

Sul piano strutturale si è osservato che la dazione in pagamento non muta il contenuto dell'obbligazione, atteso che la prestazione sostitutiva è oggetto di una facoltà che non incide sulle rispettive posizioni di debito e credito, in guisa che è sempre dovuta la prestazione originaria²³⁶.

Sul piano funzionale si è osservato che uno dei limiti principali di tale teoria è dato dalla incoerenza con la finalità pratica perseguita dalle parti, atteso che se il creditore stipula il contratto in quanto ha interesse a sottrarsi al rischio di un inadempimento della obbligazione originaria, non intende certamente assumere il rischio dell'inadempimento di una obbligazione di contenuto modificato. Donde la totale carenza di interesse delle parti ad una modificazione oggettiva del rapporto obbligatorio.

Quanto poi al piano effettuale, il ragionamento seguito dall'indirizzo in questione allorché propugna una qualificazione dell'istituto in chiave di negozio modificativo denota una certa circolarità, poiché il contratto si perfeziona ed assume paradossalmente l'attributo di *modificativo*, proprio con l'adempimento della obbligazione modificata²³⁷. Donde la vicenda modificativa si dispiegherebbe contestualmente all'estinzione del rapporto obbligatorio ed alla conseguente liberazione del debitore. Circostanza che, come vedremo meglio *infra*, pare avvalorare sul piano strutturale una ricostruzione dell'istituto in chiave di contrattazione reale.

A tale ordine di considerazioni aggiungasi sul piano logico, che l'obbligazione modificata sussisterebbe soltanto per un istante ideale, si tratterebbe, per usare le parole della dottrina, di una «*finzione dogmatica*» ovvero di un artificio costruttivo. Nell'ipotesi, invece, in cui ricorra la figura del c.d. *pactum de in solutum dando* il debitore acquisisce un potere modificativo unilaterale, esercitabile unicamente tramite l'esecuzione della diversa prestazione.

Giungendo infine all'esame del profilo sistematico giova evidenziare che non sono state ritenute persuasive le considerazioni formulate dall'indirizzo in questione secondo cui, in virtù del dispiegamento della vicenda modificativa l'obbligazione avrebbe ad oggetto una nuova prestazione, di talchè verrebbe

²³⁶ In tal senso, C.M. BIANCA, *L'obbligazione, cit.*, p. 437, secondo il quale in tale ottica si può confermare la differenza rispetto alla novazione che crea una nuova obbligazione rispetto a quella originaria, laddove la dazione facoltizza il debitore ad adempiere l'obbligazione originaria mediante una diversa prestazione, senza che ciò dia luogo ad una nuova obbligazione. Analogamente, L. BARASSI, *op.cit.*, p.146. L'A. osserva che la prestazione in luogo d'adempimento, intesa quale surrogato del rapporto obbligatorio, non costituisce una modificazione oggettiva del rapporto. Il debitore deve adempiere, infatti, la stessa obbligazione cui era tenuto *ab origine*, laddove qualora il creditore accetti a soddisfacimento del credito l'esecuzione di una prestazione diversa, che, come si evince dallo stesso tenore letterale dell'art. 1197 c.c., non costituisce l'adempimento, l'obbligazione viene in tal caso estinta come se fosse avvenuto il regolare adempimento. In altre parole le parti dell'accordo ritengono estinta l'obbligazione con l'esecuzione di una prestazione differente con cui il creditore dichiara di raggiungere egualmente il suo scopo.

²³⁷ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 28.

preservata la coerenza con la disciplina richiamata dell'art. 1197 co2 c.c. in tema di garanzia. Invero sono state infatti poste in luce le criticità che una tale ricostruzione dogmatica riflette sull'esperibilità da parte del creditore dei rimedi propri della garanzia nella vendita.

Se si aderisce, infatti, ad una qualificazione della prestazione dell'*aliud* quale modificazione della obbligazione originaria, nell'ipotesi in cui rapporto originario integri gli estremi di un contratto diverso dalla vendita, i rimedi applicabili per l'inattuazione od imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa non saranno quelli ex artt. 1483-1490. ss c.c., ma quelli propri del negozio costitutivo della obbligazione originaria. Donde nell'ipotesi in cui il rapporto originario sia una donazione, il debitore potrebbe esperire tali rimedi soltanto nei limiti di cui agli art. 797 e 798 c.c.²³⁸. A ciò si è replicato che potrebbe operarsi una «riduzione teleologica della norma de qua» in guisa che i rimedi della garanzia troverebbero applicazione nei limiti previsti dalla disciplina del titolo contrattuale dell'obbligazione sussistente *ab origine*. Tale assunto troverebbe fondamento nell'art. 1266 c.c., che, nel suo tenore letterale, è il sintomo di una *ratio legis* favorevole alla applicazione generalizzata a tutti i negozi a titolo gratuito del principio secondo cui in linea di massima l'alienante a titolo gratuito non deve alcuna garanzia. Le fattispecie rientranti nel perimetro applicativo della garanzia rappresenterebbero, infatti, delle eccezioni, di talchè nell'ipotesi in cui il contratto originario sia costituito da una donazione, le regole della garanzia potrebbero trovare applicazione unicamente nei casi previsti per tale tipo di contratto²³⁹.

²³⁸ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 30; si veda anche A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 263 ss. L'A., nel sostenere la teoria della modificazione oggettiva del rapporto, rileva che non si può ignorare che il donante è tenuto alla garanzia per evizione unicamente nelle ipotesi specificamente enucleate all'art.797 c.c. Parimenti, ai sensi dell'art. 798 c.c., risponde dei vizi della cosa soltanto nell'ipotesi in cui sia stato in dolo. Ne deriva che il riconoscimento di un' estensione della sfera applicativa dell'art. 1197 co 2 c.c., prescindendo dalla natura gratuita od onerosa del contratto originario, porterebbe ad una dilatazione del perimetro delle garanzie dovute dal donante al donatario nell'ipotesi di inesattezza dell'attribuzione traslativa. Il tutto per la semplice circostanza che, successivamente al perfezionamento del contratto, sia stato stipulato un contratto perfezionativo di *datio in solutum*.

²³⁹ In tal senso, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 264, il quale osserva che, negando alla *datio in solutum* il valore di negozio modificativo di quello originario ed attribuendole, di converso, quello di negozio oneroso di scambio tra la nuova prestazione e la remissione del debito originario, si perverrebbe ad alternative non soddisfacenti. Si dovrebbe sostenere, infatti, l'applicazione, in ogni caso, dell'art. 1197 co 2 c.c., di talchè i fautori della rinuncia onerosa dovrebbero ridimensionare la loro teoria; *contra* E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 30, il quale ritiene che la tesi della modificazione oggettiva del rapporto sia incompatibile con la disciplina di cui all'art. 1197 c.c. La tesi della c.d. riduzione teleologica non pare, infatti, sufficiente a sanare il contrasto sistematico, poichè presuppone la sussistenza di una lacuna normativa che, nel caso di specie, non è dato rinvenire. Si potrebbe al più parlare di una *lacuna ideologica*, consistente non nella mancanza di una soluzione normativa, ma nella mancanza di una soluzione soddisfacente, rimediabile, in quanto tale, non tramite l'estensione analogica, ma unicamente tramite un intervento del legislatore.

5.1 *Segue. Il c.d. pactum de in solutum dando ed il suo rapporto con la obbligazione con facoltà alternativa.*

Come si è anticipato nel precedente paragrafo, la tesi della modificazione oggettiva del rapporto riconduce l'istituto a due schemi fondamentali.

Il primo attiene all'ipotesi della c.d. *datio in solutum* tipica, laddove le parti procedano *recta via* a modificare l'oggetto dell'obbligazione tramite una contestuale esecuzione dell'adempimento.

Il secondo schema è, invece, quello del c.d. detto *pactum de in solutum dando*, nel cui ambito viene attribuito al debitore il potere di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione, che, come si è a più riprese evidenziato, sarebbe esercitabile unicamente tramite l'esecuzione stessa dell'*aliud*.

La dottrina che si è dedicata allo studio di tale istituto ne ha posto in luce, oltre all'affinità con l'istituto della novazione, sul quale ci si è soffermati *supra*, la contiguità con la c.d. obbligazione con facoltà alternativa.

Invero il debitore una volta concluso il *pactum de in solutum dando* ha tanto l'obbligo di eseguire la prestazione originaria, quanto dispone della facoltà di eseguire quella successivamente convenuta, secondo un congegno che ricalca proprio quello dell'obbligazione facoltativa.

Più precisamente l'analisi dei criteri discretivi tra i due istituti è stata condotta ponendo preliminarmente in luce la necessità di chiarire se in virtù di tale meccanismo il soggetto cui è attribuita la *facultas* possa esercitarla indipendentemente dalla esecuzione della prestazione dedotta *in facultate solutionis*.

Secondo un'opinione cui sembra aderire la prevalente in dottrina, la semplice dichiarazione di voler compiere la prestazione facoltativa non determinerebbe l'effetto tipico della c.d. concentrazione, o per meglio dire la sostituzione della prestazione originaria, atteso che le obbligazioni con facoltà alternativa, a differenza delle obbligazioni alternative, hanno un oggetto *sin ab origine* determinato.

Donde la facoltà si consumerebbe unicamente con la esecuzione della diversa prestazione, salvi gli effetti, successivamente al perfezionamento del *pactum*, di una eventuale dichiarazione di voler adempiere l'obbligazione originaria che potrebbe valere quale rinuncia implicita alla *facultas*.

Sul piano strutturale uno dei problemi sollevati dalla impostazione in commento è l'esigenza di rinvenire una giustificazione della estinzione del rapporto originario tramite l'esecuzione della prestazione facoltativa.

Esigenza che ha trovato diverse risposte a seconda della qualificazione attribuita alla esecuzione della diversa prestazione, intesa da taluni quale modo di estinzione da ricondursi direttamente all'adempimento, laddove altri negano tale equivalenza ritenendo che la diversa prestazione debba essere ricollegata indirettamente all'adempimento tramite la mediazione dell'accordo delle parti.

Quanto alla impostazione che rinviene una equipollenza tra la diversa prestazione e quella originaria, essa è sostenuta da quella parte della dottrina che è per lo più legata alla ricostruzione dogmatica dell'istituto in chiave di negozio solutorio.

Seguendo tale indirizzo, tanto nell' obbligazione con facoltà alternativa che nel *pactum de in solutum dando*, la giustificazione causale dell'estinzione del rapporto obbligatorio originario, risiede nella previsione di equivalenza tra la prestazione originaria e la diversa prestazione enucleata dalle parti allorquando hanno attribuito a quest'ultimo sul piano programmatico la *facultas solutionis* ²⁴⁰.

Vi sarebbe dunque una sovrapposizione del congegno della obbligazione con facoltà alternativa con il *pactum de in solutum dando*, atteso che in ambedue le fattispecie vi sarebbe la possibilità per il debitore di estinguere il rapporto obbligatorio tramite l'esecuzione di una prestazione diversa da quella che forma oggetto dell'obbligo ²⁴¹.

Altro orientamento che muove invece dall'opinione di fondo secondo cui la prestazione in luogo di adempimento è un contratto reale di scambio estintivo ed oneroso nega la sovrapposizione tra la dazione in pagamento e l'obbligazione con facoltà alternativa, atteso che tali istituti attengono a fasi diverse dell'esercizio dell'autonomia privata.

In particolare l'attribuzione della *facultas* si colloca nella fase genetica del programma negoziale, laddove la *datio in solutum* e, quindi, la variante del *pactum de in solutum dando*, nella fase esecutiva.

Infine deve essere segnalato l'indirizzo secondo cui, poiché i due istituti integrano un negozio avente ad oggetto la modificazione oggettiva della prestazione dedotta ad oggetto della obbligazione originaria, non può trovare accoglimento l'idea di equivalenza tra l'adempimento della prestazione iniziale e l'esecuzione dell'*aliud*. Parrebbe dunque preferibile ricostruire il *pactum de in solutum dando* quale negozio che attribuisce preventivamente al debitore il potere unilaterale di modificare l'oggetto dell'obbligazione.

Tale potere sarebbe utilizzabile contestualmente all'adempimento della prestazione tramite una dichiarazione unilaterale espressa per *facta concludentia* che, analogamente a quanto accade nell'esercizio del potere di scelta nelle obbligazioni facoltative, rivestirebbe valore negoziale ²⁴².

²⁴⁰ Sul punto A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 116, il quale osserva che rimarrebbe tuttavia da chiarire in tale prospettiva in che modo possa essere giustificata l'estinzione a seguito della esecuzione della prestazione facoltativa, essendo quest'ultima esterna all'obbligazione ed ontologicamente diversa rispetto alla prestazione principale. Osserva l'A. che sul punto la dottrina non si è espressa sempre in maniera chiara, lasciando intendere che l'estinzione dell'obbligazione avverrebbe per effetto dell'equivalenza tra la diversa prestazione eseguita e quella originariamente dedotta in obbligazione. In altre parole all'accordo con cui viene concessa al debitore una *facultas solutionis* verrebbe attribuita sul piano contenutistico una previsione di equivalenza tra la prestazione principale e quella facoltativa, di talchè qualunque delle due venga eseguita l'obbligazione sarebbe comunque da ritenersi estinta per adempimento.

²⁴¹ Sul punto, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p.117 ed ivi per ulteriori citazioni.

²⁴² In tal senso, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 120, il quale osserva che le conseguenze di una siffatta impostazione sul piano operativo si risolvono in un'applicazione alla fattispecie della disciplina di cui all'art 1197 c.c. La dichiarazione in questione non impedirebbe al creditore di esigere la esecuzione della prestazione principale, né tanto meno al debitore di adempiere tale prestazione. Ciò nondimeno il debitore che esegua la prestazione iniziale ledendo l'affidamento del creditore sull' esecuzione della prestazione dedotta in *facultate* incorrerebbe nella responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

In tale ottica il *pactum de in solutum dando* dando costituirebbe una specie del più ampio *genus* dell' obbligazione con facoltà alternativa, categoria che in un'accezione elastica, comprenderebbe tutte quelle fattispecie in cui è attribuito al debitore il potere di liberarsi dall'obbligazione tramite l'esecuzione di una prestazione diversa rispetto a quella dovuta ovvero venga specularmente attribuito al creditore la facoltà di esigere una diversa prestazione.

Permarrebbero tuttavia comunque differenze attinenti alla disciplina applicabile nelle due fattispecie. Nel *pactum de in solutum dando*, infatti, troverebbe applicazione la disciplina di cui all'art. 1197 c.c. e la sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione originaria determinerebbe la liberazione

Più avanti l'A. osserva che a ben vedere il contrasto tra quanti propugnano la irrevocabilità della dichiarazione con la quale il debitore intende eseguire una diversa prestazione che determina una modificazione del rapporto originario, e chi invece propugna la possibilità di eseguire comunque la prestazione originaria, sarebbe soltanto apparente. Anche chi attribuisce a tale dichiarazione l'effetto tipico della c.d. concentrazione non può infatti negare l'esistenza di un potere delle parti di accordarsi nel senso di riconoscere al debitore l'esercizio del potere di scelta, solo e soltanto contestualmente alla esecuzione della prestazione dedotta *in facultate*. Per altro verso chi sostiene che la facoltà si consumi unicamente tramite la esecuzione della prestazione in essa dedotta non può negare che le parti hanno il potere di modificare l'oggetto dell'obbligazione e possano accordarsi nel senso di attribuire al debitore di modificare unilateralmente tale oggetto. Il tutto a prescindere dalla esecuzione della prestazione. In definitiva, quindi, parrebbe secondo l'A. che la divergenza assuma un rilievo meramente terminologico, nel senso che riconosciuta la possibilità di attribuire al debitore la facoltà di modificare in ogni momento l'oggetto dell'obbligazione ovvero di modificarlo contestualmente alla esecuzione dell'*aliud*, rimarrebbe unicamente da stabilire quale delle due situazioni possano essere sussunte nel *genus* facoltà alternativa.

Orbene giova evidenziare a questo punto che a nostro avviso al di là delle premesse costruttive dalle quali muove la teoria in questione, che si traducono in una ricostruzione dell'istituto in chiave consensuale, si finisce in realtà per fornire una chiave di lettura che avvalora tra le righe la riconduzione dell'istituto all'interno dei congegni di contrattazione reale.

Sintomatico è al riguardo il riferimento posto in essere dalla tesi della modificazione oggettiva del rapporto, alla responsabilità precontrattuale che troverebbe applicazione allorché il debitore leda l'affidamento ingenerato in capo al creditore, eseguendo la prestazione originaria piuttosto che quella facoltativa.

E' di solare evidenza, infatti, che il *pactum de in solutum dando* così ricostruito riecheggia, alla stregua di quanto abbiamo già evidenziato prima a proposito della tesi della c.d. corrispettività condizionale, un c.d. «accordo debole» la cui rilevanza giuridica, di carattere squisitamente configurativo, è costituita dalla c.d. irrettabilità di giudizio che si lega al noto principio del *non venire contra factum proprium*.

Come abbiamo già anticipato, infatti, tali accordi non assumono il valore di *lex contractus*. Piuttosto assumono un valore meramente determinativo della volontà dei paciscenti i quali, si ribadisce, sono liberi di adeguarsi a quanto concordato e previsto, ovvero di astenersi dal porre in essere la prestazione dedotta nell'accordo. Ove le parti attuino gradualmente l'assetto di interessi concordato, ponendo in essere la sequenza procedimentale a tal fine prevista, sorgerà una posizione di responsabilità in capo a chi, dopo aver ingenerato uno specifico affidamento in ordine alla realizzazione dell'assetto di interessi programmato, faccia venir meno quel dato affidamento pregiudicandolo con un comportamento contrario a buona fede. Sul punto, G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 128-129.

del debitore quantunque questi avesse in precedenza dichiarato di voler adempiere la prestazione facoltativa. Nella obbligazione con facoltà alternativa invece il creditore che riceva una prestazione diversa potrebbe avvalersi unicamente degli ordinari rimedi che il legislatore concede al creditore insoddisfatto e non degli speciali rimedi di cui all'art. 1197 comma 2 c.c.

A nostro avviso le opinioni sin qui evidenziate non colgono nel segno.

L'impressione è infatti che gli indirizzi in questione incorrano in un equivoco di fondo, opportunamente individuato dai fautori della teoria della rinuncia onerosa.

Non bisogna infatti perdere di vista la distinzione tra il piano programmatico dell'accordo e quello degli effetti corrispondenti al suo contenuto. Un conto è, infatti, il *pactum de in solutum dando* che, come vedremo meglio nel proseguo della trattazione, enuclea sul piano funzionale un programma negoziale non precettivo, accessorio al contratto originario, dettando le regole di un procedimento solutorio che si perfezionerà con la eventuale esecuzione dell'*aliud*. Altro invece è la costituzione della *facultas solutionis*, che è un effetto procedimentale del *pactum*, e, quindi, alla stregua dell'effetto costitutivo dell'obbligazione originaria, rientra nel novero delle vicende giuridiche promananti dal regolamento negoziale²⁴³.

Se tale considerazione, come noi riteniamo, deve ritenersi assorbente su qualsiasi altra riflessione, è di solare evidenza che perde consistenza il dibattito sulla distinzione tra *pactum de in solutum dando* ed obbligazione con facoltà alternativa, nel senso che ambedue gli istituti coesistono allorché il creditore abbia attribuito preventivamente al debitore la facoltà di eseguire l'*aliud*.

La validità di tale assunto necessita tuttavia a nostro avviso di alcune precisazioni di fondo. L'obbligazione con facoltà alternativa attiene indubbiamente al piano degli effetti e non dell'atto, ciò nondimeno non è condivisibile l'opinione che colloca rigidamente i due istituti in due diversi momenti del ciclo dell'autonomia privata

Invero, come abbiamo già ampiamente evidenziato nel precedente capitolo della presente trattazione, l'obbligazione con facoltà alternativa rientra nel *genus* delle situazioni giuridiche mezzo, che lungi dall'essere confinate nella fase esecutiva coincidono con il contenuto programmatico del contratto e si posizionano tra il suo momento perfezionativo, del quale costituiscono la conseguenza e l'effetto giuridico finale di cui costituiscono l'antecedente strumentale. Rilevano quindi, si ribadisce ancora una volta, quale veicolo per il conseguimento dell'*utilitas* finale che coincide con il regolamento definitivo degli interessi delle parti.

Non bisogna dunque perdere di vista la circostanza che nel ciclo dell'autonomia privata, inteso quale ordine seriale di atti, le obbligazioni e, quindi, l'obbligazione con facoltà alternativa, non rilevano *ex se* unicamente quale effetto di un atto precedente della sequenza, ma in una prospettiva gradualista assumono a loro volta una efficacia normativa rispetto agli atti successivi.

²⁴³ Come vedremo meglio *infra* cap. III, la attribuzione al debitore della *facultas solutionis*, rientra nel novero degli effetti procedimentali promananti dal *pactum de in solutum dando*, il quale riveste la natura giuridica di negozio di configurazione e da impulso ad un procedimento solutorio che si perfeziona con la esecuzione dell'*aliud*.

Proprio da tali considerazioni trarremo spunto allorquando cercheremo nel capitolo successivo di proporre una ricostruzione alternativa della *datio in solutum* e del *pactum de in solutum dando*

6. La tesi del negozio solutorio

Infine è opportuno esaminare l'indirizzo costruttivo che fa ricorso alla categoria concettuale del c.d. negozio solutorio, sostenuto sin da tempi risalenti dalla dottrina dominante²⁴⁴ e dalla giurisprudenza.

L'idea di fondo che permea la teoria in commento è che l'estinzione del rapporto obbligatorio che si dispiega nella fattispecie *de qua* sia assimilabile all'adempimento. Quest'ultimo viene per lo più inteso quale negozio giuridico bilaterale²⁴⁵ nel senso che sul piano soggettivo esso si accompagna ad un atto di volontà del *solvens*, scomponibile nella volontà di eseguire la prestazione ed in quella di adempiere per suo tramite un certo debito.

Parimenti l'atto di ricevimento della prestazione posto in essere da parte dell'*accipiens* sarebbe anch'esso scomponibile in due distinte volontà, quella di ricevere la prestazione *ex se* e quella di ricevere la prestazione in adempimento del credito. Dalla combinazione dell'intento dell'*accipiens* di ricevere la prestazione in adempimento del credito con quello del *solvens* di eseguire la prestazione in adempimento del debito, si determinerebbe il negozio di adempimento concepito appunto quale fattispecie bilaterale²⁴⁶.

²⁴⁴ Su tutti, M. ALLARA, che è il principale sostenitore della tesi del negozio solutorio, in *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 137; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 438. L'A. rinviene nella dazione in pagamento una specifica funzione solutoria, essendo diretta ad estinguere satisfattivamente il credito. In tale ottica, secondo l'autore, può essere agevolmente superata l'apparente difficoltà logica costituita dalla eterogeneità dell'interesse soddisfatto rispetto a quello originariamente dedotto in obbligazione. L'esecuzione della diversa prestazione costituisce, infatti, esecuzione dell'originario rapporto obbligatorio e la prestazione è giuridicamente imputata all'obbligazione del debitore; BARASSI, *op.cit.*, p. 146, che ricostruisce l'istituto quale contratto estintivo in consonanza con la vicenda estintiva menzionata *apertis verbis* all'art. 1321 c.c. L'istituto, osserva l'A., non è un contratto oneroso in senso proprio, ma contiene piuttosto una reciproca subordinazione di opposti interessi, tanto più accentuata se tale subordinazione promana da un contratto a titolo oneroso.

²⁴⁵ La natura giuridica dell'adempimento ha costituito oggetto di vivace dibattito in dottrina. Minore interesse si è invece registrato in ambito giurisprudenziale ove non si registrano pronunce specifiche sul punto ma la tematica si presenta trattata prevalentemente negli *obiter dicta*. Sul punto C. CHESSA, *op.cit.*, p. 22.

²⁴⁶ Sotto la vigenza del codice abrogato la ricostruzione dell'adempimento quale fattispecie negoziale bilaterale è stata in particolare elaborata da M. ALLARA, *op.ult.cit.*, p. 55. Per una analitica analisi del pensiero del giurista si veda A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 84 ss. La teoria che qualifica l'adempimento quale negozio giuridico ha origini legate alla tradizione romanistica, laddove il vincolo obbligatorio non poteva sciogliersi in modo diverso da quello in cui si era costituita. Successivamente si registrò l'influsso della tradizione tedesca che aveva elaborato una teoria dell'adempimento quale causa dell'attribuzione patrimoniale. In tale ottica, qualificando la questione della natura giuridica dell'adempimento quale problema afferente alla attribuzione patrimoniale e non

Si tratta più precisamente, come abbiamo parzialmente anticipato *supra*, di due volontà che a nostro avviso segnano in un certo qual modo, si ribadisce, una inversione della ordinaria sequenza logico- cronologica tra programmazione ed esecuzione nel ciclo dell'autonomia privata.

Invero benché le due manifestazioni di autonomia privata appaiano *prima facie* contestuali, ci troviamo a ben vedere dinanzi in prima battuta ad una manifestazione di volontà negoziale afferente alla sfera esecutiva. Quest'ultima è infatti diretta a ricevere la diversa prestazione nella sfera soggettiva del creditore.

Seguirà, in seconda battuta, una manifestazione di volontà programmatica diretta ad imprimere alla diversa prestazione il valore di equivalente dell'adempimento, estinguendo così il rapporto obbligatorio originale²⁴⁷.

Secondo l'opinione in commento, quindi, la *datio in solutum* ricostruita in chiave di negozio solutorio, avrebbe ad oggetto l'estinzione satisfattiva del credito, tramite l'esecuzione *solvendi causa*, ad opera del debitore, di un'attribuzione patrimoniale, in chiave di attuazione di un rapporto obbligatorio preesistente.

In tale ottica il contratto ha ad oggetto non soltanto l'attribuzione patrimoniale dell'*aliud* ma anche un *quid pluris* di carattere soggettivo, costituito dalla destinazione solutoria impressa dalle parti, ed, in particolare, dal creditore, alla diversa prestazione. Le volontà dispositive delle parti²⁴⁸, in altre parole,

al profilo solutorio, rinveniva il fondamento causale dell'attribuzione proprio nell'adempimento che rivestiva i caratteri di un accordo avente ad oggetto l'estinzione del rapporto obbligatorio espressamente individuato. La tesi negoziale pareva trovare conferma nella disciplina anteriore all'emanazione del codice civile del '42. Per un verso, infatti, l'art. 1240 c.c. abr. considerava il pagamento come trasferimento della proprietà del denaro dal debitore al creditore qualificando il *solvens* quale proprietario della cosa. Per altro verso nella disciplina previgente difettava una norma corrispondente all'art. 2726 c.c. che estende al pagamento i limiti di ammissibilità della prova testimoniale nei contratti. Optare per la natura negoziale significava dunque salvaguardare il creditore dai rischi che il debitore potesse fruire di una agevole prova testimoniale dell'avvenuto pagamento. Sul punto, sotto la vigenza del codice abrogato, alla teoria negoziale bilaterale si affiancava una corrente di pensiero che ricostruiva l'adempimento quale negozio unilaterale. Ambedue le teorie avevano in comune una concezione dell'adempimento quale pagamento traslativo che presupponeva tuttavia un contributo volitivo del debitore identificato dal teoria del negozio unilaterale nel c.d. *animus solvendi*. Sul punto, C. CHessa, *op.cit.*, p. 24.

²⁴⁷ Vedremo nel prossimo capitolo come la successione delle due volontà, chiara espressione del valore programmatico dei comportamenti esecutivi nel nostro ordinamento, trovi la sua giustificazione causale nel c.d. negozio configurativo. Come abbiamo già a più riprese evidenziato, ci troviamo dinanzi ad un regime di piena contrattazione reale nel cui ambito l'accordo configurativo di base determina la scansione procedimentale dei futuri comportamenti dei paciscenti, i quali instaurano gradualmente un assetto di interessi originariamente privo di valore cogente. Quest'ultimo assume *in itinere* un grado di doverosità crescente, mano a mano che aumenta l'affidamento delle parti sulla instaurazione dell'assetto di interessi programmato. Donde la lesione dell'affidamento in questione reagisce con la responsabilità risarcitoria per violazione dell'obbligo di buona fede.

²⁴⁸ La destinazione solutoria impressa dal solo debitore non è sufficiente a determinare il fenomeno estintivo, essendo necessario che anche il creditore manifesti la sua disponibilità a ricevere l'adempimento della diversa prestazione.

fondendosi nel negozio solutorio, attribuiscono su un piano soggettivo alla prestazione dell'*aliud* l'attitudine a soddisfare l'interesse creditorio, e, quindi, il valore di fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio.

Orbene la peculiarità dello schema elaborato dall'indirizzo in questione risiede nella circostanza che l'estinzione dell'obbligazione sarebbe estranea alla volontà delle parti atteggiandosi ad effetto indiretto ed ulteriore dell'adempimento della diversa prestazione. Quest'ultima assumerebbe nella considerazione della parti il valore di surrogato dell'adempimento.

Costituisce dunque un passaggio fondamentale di tale teoria la identificazione del contenuto dell'obbligazione in guisa da comprendere se l'effetto estintivo sia un effetto diretto ovvero indiretto dell'esecuzione dell'*aliud*. Tale quesito, come è noto, si interseca con il più ampio tema della delimitazione degli effetti giuridici da ricollegarsi alla dichiarazione negoziale, così che si tratta in definitiva di comprendere se nella fattispecie *de qua* ci troviamo dinanzi ad un effetto estintivo promanante dalla volontà negoziale delle parti ovvero ad un effetto che si dispiega *ex lege*²⁴⁹.

Invero in altri ordinamenti quali ad esempio quello tedesco l'effetto estintivo veniva qualificato quale effetto legale in virtù della predisposizione di una espressa norma enucleata al §362 BGB che sancisce *apertis verbis* l'estinzione del rapporto obbligatorio per effetto dell'esecuzione della prestazione.

Nel nostro ordinamento invece, laddove non sussiste una norma di questo tenore, la dottrina ha intrapreso un acceso dibattito sulla questione. In particolare un autorevole e risalente opinione dottrinale, cui aderisce l'indirizzo in commento, ha ritenuto che, identificando il contenuto del rapporto obbligatorio nella prestazione da intendersi in chiave soggettiva, all'adempimento che è esterno al contenuto dell'obbligazione vada riconosciuta unicamente una funzione di attuazione del diritto del creditore cui normalmente consegue l'estinzione di quest'ultimo.

Donde allorquando l'adempimento produce l'estinzione del diritto del creditore, esso dovrebbe essere considerato quale strumento di attuazione del diritto del creditore e non come causa di estinzione²⁵⁰.

²⁴⁹ Sul punto, A. ZACCARIA, *op.cit.*, p. 85.

²⁵⁰ In tal senso, R. NICOLÒ, (voce) *Adempimento*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, p. 556, il quale osserva che l'adempimento dal punto di vista funzionale non può che qualificarsi come attuazione del contenuto dell'obbligo, di talchè si pone l'interrogativo della concreta identificazione ontologica di tale contenuto. Osserva l'A. che le dottrine intese a determinare il contenuto dell'obbligo del debitore possono essere ricondotte a due linee direttrici principali. Da una parte vi è chi pone l'accento sul diritto del creditore e sulla necessità di una precisa corrispondenza tra il contenuto del polo attivo e del polo passivo del rapporto. In tale ottica identifica il contenuto con il bene dovuto, inteso quale risultato della prestazione. Ne deriva che l'attività del debitore è uno soltanto degli strumenti idonei a realizzare il contenuto dell'obbligo. Vi sarebbe così, sul piano funzionale, una parificazione tra adempimento volontario ed esecuzione forzata nonché tra adempimento volontario ed adempimento del terzo. Altra corrente di pensiero cui aderisce l'A ritiene invece che debba essere isolato e considerato autonomamente il profilo dell'attuazione dell'obbligo di talchè il contenuto di quest'ultimo si identificherebbe con la prestazione. Donde andrebbe negato il carattere di adempimento alle cause di estinzione diverse dall'adempimento del debitore quantunque determinino il soddisfacimento dell'interesse del creditore. Per converso tale carattere andrebbe attribuito all'offerta reale che non

Muovendo dalla premessa che la volontà delle parti ha ad oggetto non la estinzione del rapporto obbligatorio ma l'attuazione del diritto del creditore, il passaggio successivo della opinione in commento è che neppure nella *datio in solutum* la esecuzione dell'*aliud* da parte del debitore costituisce indice di una volontà delle parti di estinguere il rapporto obbligatorio.

Sarebbe infatti una contraddizione in termini pensare di compiere a titolo di adempimento una prestazione diversa da quella dovuta. Piuttosto nella esecuzione dell'*aliud* sarebbe rinvenibile una volontà di eseguire un surrogato dell'adempimento.

Ne deriva che sul piano strutturale la *datio in solutum*, intesa quale negozio solutorio, sarebbe il risultato della combinazione di due distinti negozi non necessariamente contestuali ed, in ogni caso, separati e distinti sul piano logico.

Da un lato vi sarebbe un accordo che imprime all'*aliud* il valore di equivalente della prestazione dovuta e, dall'altro, un negozio che partecipa dei caratteri ontologici e strutturali dell'adempimento posto in essere in esecuzione del negozio solutorio.

Anche l'indirizzo in questione ha prestato il fianco a rilievi critici che si sono polarizzati in particolare intorno ai profili effettuali della teoria elaborata dal principale ed autorevole sostenitore della tesi del negozio solutorio.

Secondo la teoria in questione, infatti, nel nostro ordinamento vi sarebbero una pluralità di fattispecie contrattuali che producono una peculiare categoria di effetto giuridico consistente nella qualificazione di un fatto cui viene impresso un determinato valore giuridico. Tra di esse rientrerebbe la prestazione in luogo di adempimento laddove le parti imprimevano alla esecuzione dell'*aliud* il valore giuridico di surrogato dell'adempimento.

L'opinione favorevole alla enucleazione di questa peculiare categoria di effetto sostiene tale assunto prendendo le mosse da una pluralità di istituti che connotano il nostro ordinamento. Si ponga mente al contratto di mandato. Oltre a produrre un effetto costitutivo obbligatorio in capo al mandante ed al mandatario, produce l'ulteriore effetto consistente nell'imprimere al contratto concluso dal mandatario con rappresentanza in nome e per conto del mandante, l'attitudine a dispiegare oltre agli effetti *inter partes* ulteriori effetti che si producono direttamente nella sfera soggettiva del mandante.

Si ponga altresì mente alla convenzione avente ad oggetto la previsione di una determinata forma della futura stipulazione di un contratto (art. 1352 c.c.), cui la norma giuridica ricollega un effetto giuridico consistente nella eliminazione del valore di fattispecie al contratto stipulato in una forma diversa da quella pattuita.

Vi sarebbero, infine, secondo l'indirizzo in commento, ipotesi in cui la norma giuridica ricollega una modificazione del valore di fattispecie con riferimento a determinati fatti. Sarebbero tali, ad esempio, i contratti aventi ad

realizza tale interesse. Il nostro sistema, infatti, identifica quale contenuto del rapporto obbligatorio la prestazione che, intesa in chiave soggettiva, come si evince dal dettato dell'art. 1176 c.c., attribuisce rilievo alla diligenza nell'esecuzione della prestazione. Il debitore, quindi, è tenuto ad imprimere una tendenziale destinazione funzionale alla realizzazione del diritto del creditore ma non costituisce momento logicamente essenziale l'effettivo verificarsi di quel risultato.

oggetto la successione nella c.d. aspettativa di diritto, come la cessione di un credito sottoposto a condizione sospensiva in pendenza della condizione.

Orbene si è osservato criticamente che sul piano effettuale la nozione di fattispecie contrattuale su cui si erge la teoria del negozio solutorio, per stessa ammissione della autorevole dottrina che propugna tale indirizzo²⁵¹, non opera sul piano dogmatico della vicenda giuridica, ma in altro settore, quello della qualificazione del fatto. Più precisamente, il contratto *de quo* produrrebbe un peculiare *genus* di effetto giuridico che, travalicando le categorie tradizionali di vicenda giuridica costitutiva modificativa ed estintiva, elaborate dalla dottrina e recepite all'art. 1321 c.c.²⁵², si risolve nell'attribuzione del valore giuridico di fattispecie a determinati fatti che ne sono originariamente privi (nella *datio in solutum* la prestazione *dell'aliud*).

Secondo parte della dottrina, tale impostazione denoterebbe, quindi, fragilità, poiché per un verso, su un piano costruttivo, eleva a fondamento dell'istituto, un elemento appartenente alla sfera soggettiva dei motivi, per loro natura giuridicamente irrilevanti. Per altro verso²⁵³ se le parti (si ponga mente all'art. 1352 c.c.), hanno inteso sottrarre una concreta fattispecie ad una determinata disciplina legale della quale si integrano tutti gli elementi costitutivi, sarebbe più semplice ricostruire il fenomeno in chiave di mancata produzione di effetti giuridici, piuttosto che adoperare la categoria della efficacia negativa operante sul piano della qualificazione del fatto²⁵⁴.

Ciò, a tacer d'altro, poiché qualsiasi fatto attribuisce indirettamente il valore di fattispecie ad un fatto ulteriore nella misura in cui ad esso è ricollegata dal legislatore una qualche efficacia costitutiva. La qualificazione di un determinato comportamento quale adempimento, ad esempio, è il riflesso dell'efficacia costitutiva che il legislatore attribuisce alla fonte dell' obbligazione²⁵⁵.

²⁵¹ In tal senso, M. ALLARA, *op.cit.*, p. 29.

²⁵² Sulla tradizionale classificazione delle tipologie di efficacia giuridica si veda A. FALZEA, *op.cit.*, p. 490, 491, il quale distingue all'interno della macrocategoria della efficacia costitutiva tre sottocategorie di trasformazione giuridica che identifica nella costituzione, nell'estinzione ed in quella intermedia della modificazione. Tali sottocategorie si integrano unicamente quando hanno ad oggetto una situazione dotata di specifica rilevanza per il diritto che non si confonda con lo stato generico di libertà, ma che comporti delle posizioni di potere o di dovere, di vincolo o di preminenza. Seguendo tale impostazione, l'adempimento determina per un verso l'estinzione dell'obbligazione ovvero dello stato di preminenza e di vincolo e, per altro verso, la coeva costituzione dello stato di libertà del debitore. Astrattamente potrebbe parlarsi tanto di estinzione, guardando all'obbligazione che è venuta meno, quanto di costituzione, polarizzando l'attenzione sulla liberazione ottenuta dal debitore, ma seguendo il criterio indicato dall'autore, può parlarsi soltanto di estinzione rivolgendo l'attenzione alla situazione di rilevanza specifica.

²⁵³ Sul punto, E. BILOTTI, *op.cit.*, p.p. 33, 34.

²⁵⁴ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 35.

²⁵⁵ In tal senso, E. BILOTTI, *op.ult.cit.*, il quale è contrario all'identificazione una categoria dell'efficacia giuridica che si risolva nella qualificazione giuridica di un fatto, giusta la identificazione della norma giuridica con una regola di condotta rivolta ad un soggetto destinatario del precetto. Non è, quindi, configurabile un'efficacia giuridica che prescindano *in toto* da un termine soggettivo di imputazione. Donde la teoria del negozio

Tali rilievi non paiono a nostro avviso persuasivi, se non altro perché sono palesemente ancorati ad una rigida e tradizionale interpretazione del nostro ordinamento, secondo cui vi sarebbe una prerogativa del legislatore in merito alla determinazione delle tipologie di effetti che possono essere ricollegati all'atto di autonomia privata. Quest'ultima, secondo tale indirizzo rigorista, quantunque libera in ordine alla determinazione del contenuto atipico dell'atto, sarebbe pertanto, paradossalmente, nel contempo ingessata dentro le strette maglie della tipicità degli effetti che costringerebbero il proseguo del ciclo dell'autonomia privata.

Opinione che a ben vedere, come abbiamo già avuto modo di sottolineare criticamente nel precedente capitolo, allorquando abbiamo trattato il tema della c.d. liberalizzazione dell'effetto, sembra a nostro avviso permeata da un approccio metodologico imperativista che, si ribadisce, è latente tra gli studiosi giuspositivisti.

La teoria del negozio solutorio è stata altresì investita di rilievi critici afferenti, su un piano sistematico, alla sua incoerenza con la previsione della estensione alla fattispecie *de qua* della disciplina della garanzia per vizi e per evizione del contratto di compravendita richiamata dall'art. 1197 co 2 c.c.

In particolare, si è affermato che l'apparato rimediale della garanzia per evizione e per vizi della cosa presupporrebbe l'assunzione di un' obbligazione c.d. di *dare in senso tecnico*, che difetterebbe nel caso di specie.

Tale critica non pare persuasiva poiché si fonda sulla obliterazione della distinzione tra fase esecutiva e fase programmatica nei contratti ad efficacia reale.

Obliterazione sulla quale abbiamo già avuto modo di esprimere le nostre perplessità nel capitolo precedente allorquando abbiamo esaminato il rapporto tra programmazione ed esecuzione nei contratti ad efficacia reale. Tale opinione omette infatti di considerare che in ogni rapporto giuridico contrattuale ci troviamo dinanzi ad un *quid medium* strumentale, la c.d. situazione mezzo, nel cui ambito sul piano soggettivo le parti programmano un data qualificazione giuridica intesa quale sintesi di un coevo ed oggettivo spostamento patrimoniale.

Situazione mezzo che, si ribadisce, non necessariamente si identifica nell'obbligazione, sia essa intesa quale obbligazione di *dare in senso tecnico*, che quale obbligazione *tout court*.

La rilevanza di tale situazione giuridica sul piano della garanzia del risultato finale può a nostro avviso essere condensata dalla espressione *impegno traslativo* opportunamente adoperata da autorevole indirizzo²⁵⁶ proprio per esprimere l'esistenza di un *quid medium* strumentale funzionalmente ma non strutturalmente equivalente ad una obbligazione, nel senso che esprime *mutatis mutandis* il vincolo giuridico a perseguire un dato risultato finale, consistente nel trasferimento del diritto sul bene.

solutorio non avrebbe, essendo avulsa dalla dinamica delle situazioni giuridiche soggettive, una chiara valenza esplicativa del fenomeno.

²⁵⁶ In tal senso, C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 697 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p.p.224 ss., il quale evidenzia come la dichiarazione di voler vendere (e quindi aggiungiamo noi la assunzione della qualificazione giuridica di venditore) includa l'impegno del venditore alla realizzazione del risultato traslativo dedotto in contratto.

E' vero, infatti, che l'effetto traslativo si produce *statim* ma è anche vero, si ribadisce, che la distinzione tra le due fasi esecutiva e programmatica si mantiene integra anche in questo caso.

L'effetto attributivo che *prima face* parrebbe *ex se* integrare il risultato finale si proietta, infatti, in una successiva attività esecutiva materiale, diretta a garantirne la concreta realizzazione e con essa l'effettivo perseguimento dell'*utilitas* cui aspira il compratore (l'esattezza dell'attribuzione traslativa).

Orbene la sussistenza l'impegno traslativo in capo al debitore è pacificamente rinvenibile, nel caso di specie, tanto nell' ipotesi contemplata all'art. 1197 della c.d. *datio in solutum* tipica, tanto nell' ipotesi di manifestazione di un consenso preventivo (c.d. *pactum de in solutum dando*).

Tanto nell'una che nell'altra fattispecie ricorre, dunque un trasferimento posto in essere *solvendi causa*²⁵⁷, *id est* pagamento traslativo che ha tuttavia esposto la teoria in commento ai medesimi rilievi critici formulati in relazione alla tesi della modificazione oggettiva del rapporto.

Si è infatti osservato che il c.d. pagamento traslativo presuppone per sua natura una *causa solvendi*, in guisa che la disciplina applicabile alla fattispecie, ivi compresi, quindi, i rimedi afferenti alla garanzia per vizi, dovrebbe essere quella del rapporto originario che potrebbe però non coincidere con il contratto di compravendita.

Donde, come la dottrina ha già evidenziato in ordine alla tesi c.d. della modificazione oggettiva del rapporto, se le parti hanno originariamente stipulato un contratto di donazione, si dovrebbe coerentemente concludere che la disciplina applicabile è quella di cui agli artt. 797-798²⁵⁸ ss. c.c., con evidente antinomia rispetto all'art.1197 co 2 c.c.²⁵⁹.

Anche tali rilievi suscitano a nostro avviso qualche perplessità, essendo ancorati ad una rigida contrapposizione tra la fase esecutiva e programmatica del contratto, avulsa dal fenomeno di cooperazione che, invece, connota il duttile rapporto tra le due fasi nel ciclo di svolgimento dell'autonomia privata.

Su tale aspetto si tornerà tra breve nella elaborazione di una proposta alternativa in ordine alla ricostruzione dell'istituto.

²⁵⁷ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 37. Secondo alcuni autori l'espressione pagamento traslativo verrebbe adottata in questa sede in un significato verosimilmente atecnico, atteso che l'effetto traslativo del diritto ex art. 1376 c.c. sarebbe, nel caso di specie, cronologicamente mediato da un ulteriore atto o fatto.

²⁵⁸ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 39.

²⁵⁹ In tal senso, E. BILOTTI, *op.ult.cit.* Anche in questo caso, nel tentativo di sciogliere il nodo interpretativo, è stata proposta da taluni una c.d. *riduzione teleologica* della fattispecie, alla quale si è replicato con le medesime osservazioni critiche *supra* menzionate.

Capitolo III

***Datio in solutum* ed autonomia privata procedimentale: Proposta di una ricostruzione alternativa dell'istituto.**

1. Interferenze tra programmazione ed esecuzione nella *datio in solutum* sullo sfondo della teoria generale del diritto.

A questo punto, operata una sintetica carrellata degli indirizzi dottrinali formulati sui nodi problematici posti dall'istituto, ci sembra opportuno, coerentemente con le premesse dogmatiche e metodologiche elaborate in apertura del presente lavoro, promuovere un diverso approccio ai profili strutturali funzionali ed effettuali sin qui esaminati.

Più precisamente, come abbiamo già anticipato, la soluzione preferibile per sciogliere i nodi *supra* evidenziati, pare a nostro avviso quella di condurre un'indagine sui caratteri ed il fondamento delle interferenze tra la fase esecutiva, nel cui ambito si colloca la *datio in solutum*, e la fase programmatica afferente al rapporto obbligatorio di base.

Proprio tali interferenze, infatti, hanno costituito il terreno privilegiato sul quale si sono collocati, come si è già avuto modo di evidenziare, i principali rilievi critici formulati intorno agli indirizzi costruttivi elaborati sull'istituto.

E' dunque opportuno superare, al fine di affrontare i nodi problematici dell'istituto, il rigore formale che permea l'astratta distinzione concettuale tra fase programmatica ed esecutiva, che con soluzioni di diversa graduazione, si riscontra sovente in dottrina.

A tal fine giova richiamare preliminarmente le riflessioni formulate nel corso della presente trattazione in ordine alla duttilità che le nozioni di esecuzione e di fase esecutiva assumono tanto nel procedimento giuridico pubblico, che in quello privato.

Il tutto superando quel valore concettuale marcatamente retrospettivo, che le espressioni in questione hanno rivestito tradizionalmente, venendo per lo più considerate, come abbiamo visto, quali meri sinonimi di realizzazione ed attuazione di una regola precedente. Ciò allo scopo di trasfondere *mutatis mutandis* le considerazioni elaborate dalla dottrina dello Stato in ordine al rapporto intercorrente tra la fase normativa e la fase esecutiva sul terreno della disciplina del contratto.

Nel compimento di tale operazione il punto sul quale è necessario a nostro avviso focalizzare l'attenzione è costituito, come abbiamo già anticipato, dalla ricerca di un punto di equilibrio tra la prospettiva normativista e gradualista di matrice kelseniana ed il giusnaturalismo latente dei nostri moderni sistemi giuridici. Questi ultimi, si ribadisce, sono infatti permeati da una coesistenza tra staticità e dinamicità del sistema. Il tutto tramite una valorizzazione del rapporto intercorrente tra la fattispecie normativa e gli effetti giuridici da essa promananti che, ribadiamo, gli indirizzi giuspositivisti lasciano invece ai margini del loro sistema.

Bisogna quindi interrogarsi in altre parole, sulla concreta possibilità di ambientare il c.d. *Stufenbau*, quale insieme di norme giuridiche aventi come

destinatari non i consociati ma le fattispecie astratte, e, quindi, avulse dalla realtà empirica, nel contesto dei moderni ordinamenti giuridici che *ex adverso* ricavano la regola dalla realtà empirica, intesa come incarnazione di principi auto evidenti valorizzando così il substrato materiale della regola.²⁶⁰

Orbene come osservato da una attenta dottrina,²⁶¹ la risposta a tale quesito, in un'ottica di compiuta analisi fenomenologica della realtà giuridica, può rinvenirsi unicamente in una valorizzazione della c.d. ragione sottostante alle azioni dei privati.

E' vero, infatti, che la regola giuridica, in una concezione formalista e normativista, si presenta avulsa dal suo substrato materiale e, quindi, si atteggia per così dire ad una sorta di «scatola vuota». Ciò nondimeno anche gli indirizzi istituzionalisti, laddove pongono oltremodo l'accento sulla tendenza dell'individuo umano a fondare la propria convivenza in istituzioni ed organizzazioni, concependo il diritto dei privati come risultato di un mero fenomeno sociale (*ubi societas ibi ius*), si presentano parimenti insoddisfacenti²⁶².

²⁶⁰ In tal senso, G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 28 ss, L'A. collocandosi in una prospettiva istituzionalista condensa la esistenza di una carica programmatica nell'azione del privato, adoperando l'espressione *ex facto oritur ius*. Secondo l'A. appare opportuno polarizzare l'attenzione nell'attività pratica in cui gli individui esplicano le loro finalità di vita, costituita da un insieme di rapporti di mezzi ed azioni che la coscienza comune considera come diritto. Donde parrebbe opportuno per così dire staccarsi dalla norma per vedere quella che è la realtà dei rapporti giuridici nei quali vivono gli uomini. I soggetti sono infatti mossi nel loro agire da una esigenza interiore da soddisfare secondo innumerevoli modalità operative.

²⁶¹ Sul punto, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 12; si veda anche R. FRANCO, *op.cit.*, p. 70, il quale nel riportare il pensiero di S. Romano osserva che l'esito dell'esercizio dell'azione, nello svolgersi ordinato ed ordinante del procedimento giuridico e nell'acquisizione continua di legittimazione, si rappresenta nel diritto privato e negli istituti che lo compongono. Il coordinamento tra il diritto privato ed il diritto statale si manifesta in un confronto tra una pluralità di ordinamenti posti sul piano interno dell'ordinamento giuridico unitariamente considerato. Tali ordinamenti sono animati da una azione giuridica che si sviluppa nel principio di ragione e che, intesa quale esplicazione del potere attribuito ai privati nel procedimento giuridico, non necessariamente dovrà essere considerata libera ed arbitraria «manifestazione della libertà del volere e del libero esercizio del potere».

²⁶² La teoria istituzionalista che, come è noto, è stata elaborata in Italia da SANTI ROMANO, aveva altresì prestato il fianco ai rilevi critici secondo i quali finiva tautologicamente per affermare che l'istituzione è giuridica quando è giuridica conservando palesemente un nocciolo di normativismo. Sul punto E. MAESTRI, *Teoria delle istituzioni, forme dell'agire istituzionale ed ideologia tecnocratica* in Ann. Università di Ferrara- Sc. Giur. Nuova serie, XVI, 2002, p 310, ed ivi per ulteriori citazioni. Osserva l'. A. che già N. BOBBIO in *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 5, aveva osservato come la teoria istituzionalista aveva il torto di essersi messa in polemica con la teoria normativista laddove essa ne costituisce la continuazione e la integrazione. Ciò nondimeno alla teoria istituzionalista, proseguiva Bobbio, andava riconosciuto il merito di avere osservato che si può parlare di diritto soltanto dove ci sia un complesso di norme formanti un ordinamento. Donde il diritto non è una singola norma atomisticamente considerata, ma un insieme di norme legate tra loro formanti un ordinamento.

Trascurano, infatti, la rilevante circostanza che anche le istituzioni sono un prodotto del pensiero che si cristallizza e trova, quindi, il suo precipitato nell'azione. Donde anche chi polarizza l'attenzione sulla istituzione quale prodotto dell'gire umano non può negare la persistenza di un nocciolo di normativismo²⁶³

Non si può dunque rinunciare a rinvenire una ragione *id est* una riflessione che come una sorta di «cabina di regia» governi «a monte» l'iniziativa del privato, proiettandosi in un comportamento negoziale diretto *lato sensu*²⁶⁴ ad incidere nella altrui sfera giuridica.

Proprio per tale motivo, abbiamo più volte evidenziato che ogni azione compiuta dal privato «a valle» del procedimento negoziale, non soltanto rinvia necessariamente ad un programma negoziale «a monte», ma si atteggia essa stessa a programma negoziale suscettibile a sua volta di sviluppo e realizzazione.

Il punto di equilibrio tra l'impostazione normativista e quella istituzionalista, è rinvenibile, dunque, ribadiamo, nella considerazione che i soggetti e gli oggetti che dimorano nella realtà empirica, rivestono sì una certa qualificazione giuridica che, sul piano degli effetti, la norma ricollega al verificarsi di una corrispondente alla fattispecie astratta.

Ciò nondimeno, a seconda dei contorni più o meno stretti assunti dalla fattispecie normativa, quegli stessi soggetti ed oggetti sono a loro volta idonei ad enucleare sul piano normativo una nuova regola producendo così, a prescindere da una nuova manifestazione di volontà normativa, ulteriori effetti giuridici. Riproducono quindi, al loro volta la dicotomia normativa fattispecie-effetto.

Donde lo schema triadico norma- fattispecie- effetto, lungi dal costituire una vicenda definitiva e compiuta, si atteggia, in ultima analisi, come abbiamo visto, esso stesso a norma giuridica, che esprime una situazione esigenziale e problematica suscettibile di una ulteriore fase di realizzazione e sviluppo.

Trasfondendo queste considerazioni sul terreno del contratto, è assiomatico che l'indagine sul rapporto intercorrente tra regola ed esecuzione, si intreccia con il più ampio tema del rapporto tra ordinamento giuridico statale ed autonomia privata. L'analisi della *datio in solutum*, alla stregua di qualsiasi operazione negoziale, in quanto è anch'essa espressione della ragione che governa i comportamenti negoziali dei privati, non può prescindere, infatti, dalla presa d'atto dell'esistenza di un rapporto di sussidiarietà e cooperazione dal solido fondamento costituzionale²⁶⁵, intercorrente tra l'ordinamento statale e l'autonomia privata, tanto nella fase programmatica che esecutiva del contratto.

Come è noto la questione è stata approfondita da autorevole dottrina²⁶⁶ che, come abbiamo già visto, ricostruisce la nozione di autonomia privata in chiave di

²⁶³ In tal senso, G. PALERMO, *op.ult. cit.*, p. 13, il quale evidenzia che ogni individuo è testimone del valore assoluto che la ragione racchiude in sé. In tale ottica il suo comportamento, benché diretto al soddisfacimento di peculiari esigenze, tende a seguire gli stessi criteri ed a rispecchiare gli stessi giudizi operativi che permeano gli altrui comportamenti.

²⁶⁴ L'incidenza in questione si esplica, infatti, in un effetto impegnativo in senso atecnico, inteso quale irretrattabilità di giudizio.

²⁶⁵ Si ponga mente, in particolare, agli artt. 2, 41, 117, 118 Cost.

²⁶⁶ In tal senso S. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Scritti minori*, Milano, 1980, p. 492 ss.

potestà di darsi un ordinamento nei limiti del sindacato di legittimità enucleato dal legislatore ex art. 1322 c.c. Tale indirizzo ha posto efficacemente in luce come il compimento di un atto di autonomia privata determina sempre un mutamento della realtà giuridica che si atteggia ad autentico punto di saldatura tra l'assetto di interessi enucleato dalle parti e l'ordinamento statale. Ciò avviene, come vedremo, anche nell'autonomia privata procedimentale, laddove la potestà di darsi un ordinamento si esplica nella enunciazione di regole che disciplinano l'esercizio stesso del potere di autonomia, dettando regole per il suo svolgimento senza modificare estinguere o costituire rapporti giuridici patrimoniali.

L'assetto di interessi contenuto nella regola negoziale rimane, infatti, comunque cristallizzato sul piano oggettivo dell'ordinamento giuridico statale, assolvendo una rilevanza *erga omnes* nei confronti di tutti i consociati.

In definitiva, quindi, l'autonomia privata, che si esplica anche nella libertà di configurare procedimenti negoziali diretti alla realizzazione di operazioni economiche, non può dirsi ingessata «a monte» entro i confini rigidi della norma imperativa statale, quanto alla determinazione sul piano programmatico ed esecutivo dei procedimenti di formazione di assetti di interessi corrispondenti al voluto dei paciscenti.

L'ordinamento statale si limita, infatti, ad esplicitare il suo intervento tramite il noto sindacato di meritevolezza degli interessi, allorquando i privati hanno già agito dandosi, attraverso le più svariate architetture procedimentali, un autonomo ordinamento giuridico. Il tutto senza avanzare, quindi, pretese di una tipizzazione degli interessi, non soltanto sul piano programmatico della fattispecie, ma anche degli effetti giuridici da essa promananti²⁶⁷.

E' dunque necessario travalicare la prospettiva rigida secondo la quale il privato, tanto nella modulazione delle procedure per addivenire alla formazione dell'atto negoziale nella sua fase genetica che nella successiva fase esecutiva, sarebbe blindato in un'ottica imperativistica, al rispetto degli schemi tipici enucleati dal legislatore.

Prospettiva che, come abbiamo già visto, conduce ad una ricostruzione frammentaria delle operazioni negoziali allorquando queste ultime denotino un certo grado di articolazione nel proprio svolgimento.

²⁶⁷ In tal senso, G. PALERMO, *op.ult. cit.*, p. 17; R. FRANCO, *op.cit.* p. 389, il quale osserva che l'efficacia giuridica si manifesta anche con modalità distinte rispetto alla tradizionale costituzione modificazione ed estinzione di rapporti giuridici tra le parti, corrispondenti al contenuto del loro regolamento di interessi. L'effetto configurativo, infatti, non determina un' immediata modificazione nella sfera soggettiva dei paciscenti, ma soltanto una incidenza sulle modalità di manifestazione della autonomia privata che si assuma avere giuridica rilevanza. L'accordo configurativo contiene, infatti, «norme sulla normazione» ovvero «metanorme». Tale espressione indica la produzione di norme aventi ad oggetto l'esercizio di autonomia privata contrattuale, la cui fonte risiede nella stessa autonomia rispetto agli interessi finali al cui soddisfacimento tendono i contraenti. L'autonomia privata, dunque, non può esaurirsi nella immediata incidenza su situazioni giuridiche soggettive così come enucleate *prima facie* dall'art. 1321 c.c., ma deve estendersi ad altri fenomeni in senso lato regolamentari, quali la creazione di strutture organizzative entificate, ovvero forme di organizzazione e di sviluppo degli interessi dei privati, tracciando le linee di condotta dei privati nel campo dei rapporti patrimoniali.

Tanto premesso, il punto cruciale cui cercheremo risposta tra breve, è dato dall'indagine sulla capacità dei privati, e, per quanto a noi interessa in questa sede, ovviamente, nella *datio in solutum*, di travalicare la rigida contrapposizione tra fattispecie programmatica ed i suoi effetti, tramite un negozio determinativo e conformativo dei loro assetti di interessi²⁶⁸ che detti regole per addivenire al risultato finale cui essi aspirano.

Il tutto tramite una sorta di «graduazione l'impegno negoziale» nelle more di un procedimento che conduce alla produzione dell'effetto attributivo finale.

2. Segue. Prime conseguenze sul piano strutturale: natura contrattuale dell'istituto.

E' dunque agevole comprendere a questo punto come sia obiettivamente foriero di notevole imbarazzo il tentativo di ricondurre lo svolgimento dell'autonomia privata ad una rigida concatenazione di fasi. E' infatti difficoltoso, sul piano ontologico, ricostruire la struttura di un atto, muovendo *sic et simpliciter* dalla fase subprocedimentale in cui esso si colloca.

Ciò in ragione del fatto che, come abbiamo visto, sussistono determinate categorie di atti che, quantunque inseriti in una determinata fase di svolgimento del ciclo dell'autonomia privata, sono connotati da una propria caratterizzazione ontologica e funzionale.

Tale è proprio la *datio in solutum* che, quantunque inserita prima *facie* nella fase esecutiva dell'autonomia privata, si ritaglia un autonomo spazio ontologico e funzionale.

Tali considerazioni non possono tuttavia sfociare in una rinuncia a ricostruire l'*iter* di svolgimento dell'autonomia privata in chiave di fasi.

La soluzione preferibile, ribadiamo ancora una volta in questa sede, pare piuttosto quella di proiettare le nozioni di programmazione ed esecuzione nel prisma della autonomia privata procedimentale, superando la rigida contrapposizione determinata da una analisi del fenomeno negoziale condotta dall'angolazione visuale statica della fattispecie a formazione progressiva, intesa quale proiezione del diritto soggettivo²⁶⁹.

²⁶⁸ Nel caso di specie ci riferiamo alla determinazione di un regolamento solutorio che si perfeziona tramite la esecuzione dell'*aliud*.

²⁶⁹ Non ignoriamo che il passaggio del ragionamento condotto in questa sede denota particolare delicatezza, in quanto presuppone che si tenga in debita considerazione la distinzione tra procedimento negoziale e fattispecie a formazione progressiva, atteso che, come è noto, la fattispecie gravita intorno all'atto ed esprime un giudizio di valore sulla attività già svolta, laddove il procedimento ha come suo punto di riferimento l'azione. Riteniamo tuttavia, in consonanza con recenti studi condotti sul procedimento giuridico, che tale passaggio non sia particolarmente traumatico, in quanto, nel rispetto della distinzione tra le due categorie, si limita a cogliere due aspetti diversi del contratto. Un conto è, infatti, la fattispecie a formazione progressiva, intesa quale evoluzione della situazione giuridica considerata in vista della produzione dell'effetto, altro è invece il procedimento che ha riguardo all'azione. Come osservato in dottrina, infatti, l'atto-fattispecie finisce per rappresentare l'elemento di confluenza dell'effetto ad esso ricollegato dalla norma giuridica e dell'azione del privato, condotta ad un determinato grado di realizzazione. La fattispecie a formazione progressiva si svolge, infatti,

L'autonomia privata procedimentale, concepita dinamicamente in una dimensione unitaria di svolgimento dell'azione negoziale del privato, e, quindi, non circoscritta alla fase genetica del contratto²⁷⁰ si snoda, infatti, quasi in una sorta di cono rovesciato, in un ordine seriale e coordinato di atti. Questi ultimi, che vengono considerati, si ribadisce, non nella loro dimensione statica e strutturale, ma dinamica e funzionale, muovono da una fase normativa «a monte», permeata da un elevato grado di astrazione e discrezionalità, per poi evolversi gradualmente «a valle», in chiave di doverosità, attraverso un progressivo restringimento delle maglie di esercizio del potere, e, quindi, del margine di determinazione in capo al soggetto agente.

Orbene, se tutto questo è vero, non vi è dubbio che la *datio in solutum* si colloca in un ciclo seriale di svolgimento procedimentale di un'operazione economica, che parte «a monte» con la enunciazione del regolamento obbligatorio contenuto nel programma di base e si conclude «a valle», come vedremo tra breve, con il perfezionamento di un procedimento estintivo solutorio.

Tale considerazione non assolve un rilievo meramente descrittivo, ma si riflette sul piano ontologico in un necessario sdoppiamento della qualificazione giuridica dell'istituto.

Esso si atteggia *prima facie* ad atto esecutivo del programma negoziale enucleato a monte dalle parti, strumentale al soddisfacimento dell'interesse creditorio e permeato, quindi, da doverosità. Dall'altro si atteggia nel contempo ad atto esso stesso normativo, che all'evidenza è diretto ed enucleare un programma solutorio, diretto a regolamentare la fase esecutiva dell' obbligazione originaria²⁷¹.

staticamente in una pluralità di fasi assimilabili in un certo qual modo a dei «blocchi rigidi». In tale contesto gli elementi costitutivi della fattispecie-atto perdono la loro individualità, fondendosi nella fattispecie che ha quale suo precipitato la produzione di determinati effetti. In tale ottica possiamo individuare degli stadi intermedi dai quali si originano determinati effetti che, per il sopravvenire *medio tempore* di determinati effetti strumentali e comportamenti delle parti, giunge a conclusione definitiva.

La fattispecie a formazione progressiva, dunque, per dirsi conclusa, attenderà la verifica positiva degli effetti preliminari prodotti negli stadi intermedi che promanano da una porzione della stessa fattispecie. Alla verifica della produzione di tali effetti seguirà poi la verifica del dispiegamento finale degli effetti definitivi che si produrranno a chiusura del suo perfezionamento.

Nel procedimento, invece, assistiamo alla combinazione secondo un ordine seriale di una pluralità di fattori, dai quali promanano soltanto in modo indiretto e generale degli effetti, rimanendo tali fattori estranei al nucleo degli elementi strutturali necessari per la produzione di questi ultimi. In tale ottica assolvono una funzione meramente determinante. L'effetto atteso, invece, nascerà unicamente dall'atto finale, quantunque per il dispiegamento dell'effetto sono comunque necessari tutti gli atti che hanno preceduto l'atto finale.

²⁷⁰ Per una concezione della autonomia privata procedimentale limitata alla fase genetica del contratto si veda G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

²⁷¹ Il fenomeno non è nuovo nel nostro ordinamento che, come abbiamo già evidenziato, annovera al riguardo le note ipotesi del preliminare di contratto e dei regolamenti amministrativi, i quali, già sul piano tipologico ed astratto rivelano questa ambivalenza ontologica. Sul punto si veda anche PALERMO, *op.ult.cit.* p. 27, il quale evidenzia come al di là della caratterizzazione strutturale e tipologica di un contratto, esso possa assumere in un concreto assetto di interessi procedimentale una diversa funzione che emerge sul piano

La ricostruzione della *datio in solutum* in chiave di procedimento solutorio, conduce al perfezionamento di una fattispecie contrattuale al cui interno il consenso del debitore e del creditore si atteggiavano non ad elemento perfezionativo bensì a requisiti appunto procedurali del contratto.

Il contratto solutorio *de quo* costituisce dunque a nostro avviso espressione di una sfera regolamentare subordinata rispetto al programma obbligatorio originario, che parte della dottrina annovera nella categoria del negozio estintivo c.d. di secondo grado²⁷².

della causa in concreto. L'A. pone in un primo momento ad esempio l'ipotesi del comodato, osservando che non è scontato che un'attribuzione patrimoniale che, sul piano formale, assuma il *nomen iuris* di comodato, sia destinata ad assolvere nel più ampio contesto di una operazione negoziale la funzione tipica del prestito gratuito. Nel più ampio contesto della operazione negoziale e della causa concreta essa potrebbe, infatti, essere direttamente riferita all'accordo delle parti senza la necessità di un concorrente comportamento attuativo costituito dalla *traditio rei*. L'A. annovera, quindi, anche l'esempio dell'uso improprio dello schema della donazione, per concorrere alla realizzazione di più ampi assetti di interessi rispetto ai quali, operando un'analisi complessiva, debba essere esclusa la presenza di un intento liberale.

²⁷² Il negozio estintivo di secondo grado, per sua natura non incide su un precetto negoziale, *id est* programma negoziale primario, ma determina le vicende di un rapporto giuridico preesistente nella fase esecutiva. La teoria del negozio giuridico di secondo grado è stata elaborata da E. BETTI, *Teoria generale*, cit. p. 249, il quale osserva che se ed in quanto il vincolo giuridico creato dal negozio bilaterale è limitato all'accordo fra le parti, non potendo produrre effetti nei confronti di soggetti estranei al contratto, è logico che le stesse parti siano legittimate a fissare il contenuto del loro regolamento di interessi ed a determinarne la portata, ovvero a sostituirlo con un altro assetto di interessi (come avviene agli artt. 1273 co 2; 1274, co 3), ad impugnarlo a revocarlo ovvero modificarlo puramente e semplicemente. Sintomatico a tale riguardo è l'art. 1372 c. c., in forza del quale il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso nei casi ammessi dalla legge. Donde il negozio concluso, ovvero il rapporto giuridico da esso creato, può a sua volta costituire oggetto di svariati negozi i quali rientrano nella più ampia categoria dei negozi di secondo grado. Quest'ultima comprende tutti i negozi diretti a regolare in qualsiasi senso (fissare, confermare, risolvere, assorbire etc.) negozi giuridici in precedenza conclusi tra le parti stesse. Il tutto con la loro integrazione modificazione o sovrapposizione di altri negozi modificativi della situazione giuridica preesistente (si veda l'art. 2723 c.c.). Nell'ambito di tali negozi l'A. pone l'accento per un verso su quelli che determinano modificazione, revoca, conferma, rinnovazione interpretazione autentica, del negozio per opera delle parti. L'A. distingue poi debitamente tra le vicende afferenti al negozio concluso e quelle afferenti al rapporto giuridico che da esso sorge, quali la risoluzione, il recesso, la novazione, la ricognizione e l'accertamento del rapporto. Le vicende che involgono l'atto non possono, infatti, non ripercuotersi sul rapporto che in esso trova la sua fonte genetica. Non è invece vero il contrario. I negozi che determinano le vicende del rapporto non toccano il negozio di origine, anche se possono farlo apparire *ex post facto* in una luce diversa. Si veda anche, G. DORIA *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, p.42. La fattispecie viene ricostruita dall'A. quale *sub specie* di negozio di secondo grado, diretto ad incidere sul rapporto giuridico preesistente e non sull'atto normativo. La categoria in esame, sullo sfondo della configurazione delle operazioni negoziali in chiave di autonomia privata procedimentale, assume senza ombra di dubbio un più robusto fondamento normativo.

Donde sul piano strutturale non coglie nel segno l'opinione minoritaria ed autorevolmente sostenuta²⁷³, che ricostruisce l'istituto quale negozio unilaterale.

La dottrina in questione pone, infatti, l'accento sulla circostanza che l'atto di accettazione del creditore non si salderebbe con il consenso del debitore all'esecuzione dell'atto traslativo, ma qualificerebbe il trasferimento ex art. 1197 comma 2 c.c. quale adempimento, con ciò assolvendo piuttosto la funzione di ricongiungerlo alla sua causa che si identifica, appunto, nell'obbligazione originaria da adempiere. Il tutto omettendo di considerare che pur collocandosi la *datio in solutum* nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio originario, essa riproduce, in virtù della sua duplice qualificazione, a sua volta il binomio norma – esecuzione.

Invero giova evidenziare che nell'istituto *de quo* ci troviamo dinanzi ad una inversione della ordinaria sequenza cronologica e logica del ciclo dell'autonomia privata, nel senso che l'esecuzione dell'*aliud* precede di un istante ideale il perfezionamento della sua causa giustificativa.

Proprio tale inversione logica e cronologica è stata a nostro avviso foriera di equivoci nell'approccio ai profili strutturali dell'istituto da parte dei sostenitori della tesi del negozio unilaterale.

Bisogna infatti distinguere, si ribadisce, la duplice rilevanza della volontà del creditore che, per un verso si atteggia a consenso negoziale esecutivo a ricevere l'adempimento nella propria sfera soggettiva. Per altro verso, si atteggia a consenso programmatico che imprime all'*aliud* il valore di equipollente dell'adempimento, determinando l'estinzione dell'obbligazione originaria.

Ne deriva che, anche a voler sorvolare sul noto argomento letterale a favore della struttura bilaterale della fattispecie, fondato sull'inequivoco tenore dell'art. 1197 co 1, l'anello di congiunzione dell'adempimento alla causa *solvendi* non è rinvenibile nel consenso del creditore all'adempimento, confinato in una angusta dimensione avulsa dal contesto procedimentale dell'operazione negoziale.

Piuttosto è opportuno focalizzare l'attenzione sul consenso del creditore, inteso come consenso programmatico alla esecuzione dell'*aliud* il quale, combinandosi con la manifestazione di volontà del debitore, si fonde in un accordo configurativo di base. Quest'ultimo, come si vedrà tra breve, precede sul piano logico di un istante ideale l'esecuzione della diversa prestazione, laddove sul piano cronologico è sostanzialmente contestuale ad essa.

3. *Segue.* Ulteriori conseguenze sul piano strutturale: negozio configurativo nelle maglie del procedimento solutorio.

Ribadita la ricostruzione dell'istituto in questione quale fattispecie contrattuale, si tratta ora di comprendere la natura ed i caratteri dell'accordo intervenuto tra creditore e debitore nelle more del procedimento esecutivo.

Orbene, come vedremo tra breve, ci troviamo dinanzi ad un negozio che si atteggia a requisito procedimentale del contratto ex art.1325 c.c., produttivo di un effetto configurativo che programma un successivo comportamento esecutivo, *id est* l'esecuzione dell'*aliud*.

²⁷³ È quanto sostiene C.A. CANNATA, *op. cit.*, pp. 81 ss.

L'esecuzione dell'*aliud*, determina a sua volta il perfezionamento del negozio solutorio *id est* della *datio in solutum*, che regola la fase esecutiva del programma obbligatorio originario. Il tutto secondo un congegno di contrattazione reale *lato sensu* concepito²⁷⁴, nel cui ambito l'esecuzione di una prestazione diversa rispetto a quella originariamente dedotta in obbligazione trova la sua causa giustificativa in quello stesso regolamento solutorio (la *datio in solutum* per l'appunto) di cui determina il perfezionamento sul piano strutturale.

In tale sequenza procedimentale si innesta l'accordo delle parti che, a differenza di quanto sostenuto dai fautori della natura consensuale della *datio in solutum*, riveste sul piano assiologico una rilevanza non precettiva²⁷⁵ ma meramente configurativa, assolvendo la funzione di graduare l'impegno programmatico assunto dalle parti con il rapporto obbligatorio di base. Donde tale negozio costituisce un punto di saldatura tra il pensiero e l'azione e, quindi, nella fattispecie *de qua* tra il contratto solutorio *id est* la *datio in solutum*, che si perfeziona con l'esecuzione dell'*aliud*, e la sua causa giustificativa «a monte», costituita dal programma obbligatorio originario.

Il negozio configurativo si presenta in tale ottica come un Giano bifronte, rivestendo da un lato la qualificazione di atto esecutivo del programma obbligatorio originario, e dall'altro lato ritagliandosi un'autonoma funzione di regolamentazione, sia pure per così dire «debole»²⁷⁶, della fase esecutiva stessa, dando impulso ad un procedimento solutorio e, quindi, riproducendo a sua volta la dicotomia fattispecie-effetti.

Come osservato in dottrina²⁷⁷, esso, quale manifestazione del potere di privata autonomia, costituisce infatti espressione del potere determinativo dei paciscenti, i quali, a seconda delle proprie esigenze, possono delineare, adoperando il congegno *dell'agere per conditionem*, i parametri di *rilevanza formale ovvero di valutazione sostanziale*²⁷⁸ dei comportamenti tramite i quali un dato regolamento di interessi è destinato a realizzarsi²⁷⁹. Tale negozio non riveste

²⁷⁴ Il congegno di contrattazione reale è qui concepito in senso diverso dalla nozione tradizionale di contratto reale. Assume infatti quale punto di riferimento l'esecuzione spontanea secondo la logica del negozio configurativo.

²⁷⁵ Se di precettività si vuole parlare lo si può fare, tutt'al più in un senso atecnico. Nel senso che la regola procedimentale, pur non producendo effetti sostanziali, salvo il mutuo dissenso, vincola le parti nell'ipotesi in cui decidano di compiere il comportamento spontaneo.

²⁷⁶ L'espressione «*accordo debole*» che useremo d'ora in poi, si riferisce alla funzione dell'accordo ed ha quale suo punto di riferimento il valore impegnativo. Va dunque tenuta debitamente distinta dall'omologa espressione adoperata dalla dottrina con riferimento struttura dell'accordo perfezionato secondo lo schema ex art. 1333 c.c. definito anche accordo a *struttura leggera*. Su tale ultima nozione si veda V. ROPPO, *op.cit.*, p. 27 ss. 120 ss., A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, p.100.

²⁷⁷ In tal senso, G. PALERMO, *Contratto preliminare, cit.*, p.102.

²⁷⁸ L'espressione in questione è adoperata da G. PALERMO, *Contratto preliminare, cit.*, p. 115.

²⁷⁹ Il potere determinativo dei paciscenti ha ad oggetto la *causa contractus* che si perfeziona unicamente allorquando i comportamenti configurati siano concretamente posti in essere. Seguendo tale impostazione il creditore ed il debitore hanno determinato nella fattispecie *de qua* un programma solutorio *id est* la *datio in solutum*, che

dunque il valore precettivo di *lex contractus* di cui all'art. 1372 c.c., pur denotando un nucleo minimo di impegnatività²⁸⁰ che si potrebbe definire per così dire «debole».

La realizzazione dell'assetto di interessi viene infatti demandata alla successione graduale di comportamenti spontanei (nel caso di specie la esecuzione dell'*aliud*), che rivestono la funzione di realizzare l'intento perseguito dai contraenti. Tali comportamenti non si colorano, ovviamente, di doverosità in senso tecnico, ciò nondimeno, allorché le parti optino spontaneamente per la loro esecuzione, non possono attribuire loro un significato diverso da quello impresso dalla regola procedimentale.

I comportamenti in questione non rientrano, come si sarebbe tentati di ritenere, propriamente nel novero dei c.d. *facta concludentia*, essendo governati a monte da una convenzione, l'accordo configurativo appunto, che si atteggia ad autentica «cabina di regia» dell'operazione.

Parimenti travalicano la categoria del c.d. negozio di attuazione, che, come si evince dagli studi condotti dalla dottrina tradizionale, costituisce un atto di autonomia diretto a realizzare immediatamente la volontà del soggetto agente, senza porlo in relazione ad altri soggetti destinatari del comportamento²⁸¹

regolamenta la fase esecutiva del rapporto obbligatorio originario. Tale regolamento si perfeziona, ovviamente, con la spontanea esecuzione della diversa prestazione.

²⁸⁰ Il negozio configurativo, sul quale si impernia tutta l'operazione economica, non riveste, dunque, natura contrattuale atteso che, come abbiamo visto, le determinazioni dei paciscenti non hanno valore precettivo.

La formula «impegno debole» da noi adoperata in questa sede intende riassumere la naturale dispositività del negozio configurativo efficacemente descritta da G. PALERMO *op.ult.cit.*, pp. 114,115. Osserva l'A. che il carattere dispositivo del negozio configurativo deve essere inteso non come potere di enucleare un nuovo regolamento di interessi attraverso una regola precettiva, ma quale potere caratterizzante e creativo sia dei meccanismi di formazione che della struttura sostanziale dell'atto. Attuata dalle parti una determinazione in senso negoziale dei parametri tecnico giuridici alla cui stregua il procedimento contrattuale è destinato a svolgersi, resta esclusa, infatti, la riconducibilità del procedimento a parametri diversi, atteso che i paciscenti hanno già espresso una propria valutazione dei criteri di composizione dei propri interessi. Tale valutazione, sia pure in senso peculiare, assume dunque, secondo l'A., il valore di *lex contractus*, che esprime non un obbligo di comportamento ma una irretrattabilità di giudizio. Quest'ultima, per l'avvenuta consumazione del potere di autonomia nel momento stesso in cui viene esercitato, implica di necessità lo *stare decisis*.

²⁸¹ In tal senso, G. PALERMO, *op.ult.cit.*, p. 102 ed ivi per ulteriori citazioni. Sulla categoria del negozio di attuazione si vedano in particolare F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1962, p. 137; E. BETTI, *op.ult.cit.*, p. 127 ss. il quale analizza *ex professo* la distinzione tra le due forme attraverso le quali il negozio giuridico si rende riconoscibile agli altri. Tale forma può essere quella della dichiarazione ovvero del comportamento puro e semplice che non riveste il valore di dichiarazione. La dichiarazione è, infatti, per sua natura, un atto consapevolmente destinato ad essere rivolto ad altri ai quali viene reso noto il suo contenuto oggettivo. In tale ottica vincola il soggetto agente al suo contenuto oggettivo sul quale i terzi fanno affidamento. A differenza della dichiarazione, il comportamento puro e semplice non importa una collaborazione psichica altrui e non fa appello alla coscienza ed alla volontà delle persone nella cui sfera dovranno dispiegarsi gli effetti del negozio. Esso è piuttosto caratterizzato dalla circostanza che determina una modificazione oggettivamente riconoscibile e

socialmente rilevante dello stato di fatto preesistente. In tale ottica determina l'attuazione di un regolamento di interessi senza renderlo noto ad altri, pur concretandosi in un mutamento del mondo esteriore riconoscibile nell'ambiente sociale. In definitiva, quindi, la distinzione tra comportamento e dichiarazione trova fondamento nella diversa natura dell'atto e dell'evento che ad esso fa capo e si fonda sul medesimo criterio che nella teoria generale degli atti giuridici ha portato a distinguere tra dichiarazioni ed operazioni. Dalla circostanza che il comportamento non impegna poiché non è diretto a dare notizia di sé e difetta dei destinatari, si è dedotta una differenza di interpretazione tra esso e la dichiarazione. La dichiarazione, infatti, impegna l'autore secondo il suo significato oggettivo e gli addossa il rischio di un inesatto modo di esprimersi. Il semplice comportamento, invece, non impegnerebbe l'agente secondo il suo oggettivo significato sociale, se non in quanto questo sia conforme alla sua effettiva intenzione. Sarebbe dunque consentito evitare le conseguenze che si ricollegano a quel significato, dimostrando semplicemente la sua difformità rispetto alla intenzione del caso concreto, senza dover ricorrere alla impugnativa per errore. Tale differenza, osserva l'A., sussiste quanto alla concludenza ed è fondata sulla diversa natura giuridica delle due categorie di atti, nel senso che il valore impegnativo è diverso a seconda che il negozio abbia dei destinatari e generi in essi un affidamento ovvero, per converso, non sia rivolto a alcun destinatario. Orbene, muovendo da tali distinzioni dogmatiche, è del tutto evidente che i comportamenti esecutivi del negozio configurativo sfuggono alla nozione di fatti concludenti privi di destinatario.

Osserva S. ROMANO in *Autonomia privata*, cit., pp. 90-94, che, come è noto, ogni azione presuppone una norma per un criterio logico che fa seguire l'attuazione ad una determinazione. Ciò nondimeno a rigore non dovrebbe essere possibile una identificazione della prima con la seconda. Tale circostanza invece si verifica proprio nella configurazione negoziale, in relazione alla quale si enuncia generalmente che i negozi consistono in dichiarazioni e comportamenti. Prosegue l'A. osservando che un ordinamento non potrà dirsi effettivamente instaurato senza una norma e, segnatamente, senza l'effettiva attuazione di questa norma. Si ponga l'attenzione, ad esempio, al negozio traslativo di un diritto reale che determina sì l'acquisto del diritto per semplice formazione della norma (consenso) ex art. 1376 c.c. Non si potrà tuttavia parlare di acquisizione legalmente effettiva, senza che l'esercizio del diritto legalmente acquistato si concreti nel potere di fatto. Occorre infatti a tal fine la consegna materiale del bene.

Analogo ragionamento può essere condotto per la parte più rilevante dei negozi obbligatori che determinano l'acquisto della disponibilità materiale di un bene, laddove l'effettivo esercizio richiede anche in tal caso un substrato materiale. Possesso e detenzione rivelano, infatti, non a caso, il loro vero grande significato negli atti che conducono alla loro realizzazione e che si svolgono sul terreno esecutivo.

Orbene, se tutto questo è vero, osserva l'A., il punto centrale è dato dalla considerazione che si fa riferimento ad una norma per cogliere il significato intrinseco di un comportamento (si ponga mente ad esempio alla ipotesi della c.d. accettazione tacita dell'eredità ex art. 476 c.c.). Donde si pone l'esigenza di una identificazione di tale norma. Nel nostro sistema dominato dal fattore causale, infatti, anche un adempimento non esprime una causa, ma dipende da una causa, esigendo un comportamento ed una conformità con un fattore causale che è elemento essenziale del negozio. Il significato intrinseco di un comportamento è dunque espresso dal fattore causale di una norma anche negoziale, previo riconoscimento della norma stessa ad opera dell'ordinamento statutale. Giova tuttavia evidenziare che la carenza di manifestazioni dei soggetti rendono talvolta incerto nel caso concreto quale atteggiamento egli abbia concretamente pensato voluto o comunque avvertito. Prevalgono dunque a quel punto considerazioni di ordine generale, che non sono soltanto quelle dell'ordinamento statutale, atteso che nella configurazione degli istituti giuridici il compito creativo non è degli ordinamenti statuali, ma di quelli

Piuttosto i comportamenti in questione venendo posti in essere spontaneamente dalle parti (nel caso di specie creditore e debitore) in esecuzione dell'assetto di interessi enucleato nell'accordo per così dire «debole», potranno essere più correttamente qualificati quali attribuzioni patrimoniali che troveranno la propria giustificazione proprio nella *causa contractus*, una volta perfezionata, escludendo l'applicazione della disciplina dell'indebito. Nelle more del procedimento essi assolvono un rilievo procedimentale determinante del risultato finale, in virtù del valore giuridico impresso dall'accordo configurativo²⁸².

Non ci troviamo dunque, si ribadisce, dinanzi ad una promessa contrattuale produttiva *statim* di un effetto sostanziale ed impegnativo tradizionalmente intesi, ma ad un accordo produttivo di un effetto configurativo, *sub specie* del più ampio *genus* dell'effetto procedimentale, in forza del quale le parti programmano i futuri comportamenti dell'operazione negoziale, la cui esecuzione è demandata alla libera scelta dei contraenti²⁸³.

privati, e, più spesso, delle consuetudini. L'esecuzione importa, infatti, l'attuazione di uno scambio, di modo che in alcune occasioni non vi sono dubbi sulla proposizione principale che indica i termini di questo scambio (la norma che esprime il fattore causale a monte). Altre volte, invece, non è chiara la norma programmatica alla quale rinvia implicitamente l'atto esecutivo, nè quest'ultima può identificarsi *sic et simpliciter* con uno schema causale tipico enucleato dal legislatore, cui si faccia formalmente riferimento.

Il punto cruciale è dato quindi in definitiva proprio dalla ricostruzione concreta del rinvio alla causa che si trova a monte. A tal fine bisognerà ricostruire le concrete configurazioni dei rapporti nelle peculiari fattispecie a seconda dell'ordinamento in cui si svolgono, atteso che uno stesso schema può svolgersi diversamente anche in ordinamenti dello stesso tipo. La ricostruzione dell'*iter* negoziale può avvalersi, infatti, spesso, nella pratica di assai pochi elementi normativi espressi. La maggior parte sono elementi di carattere esecutivo frammisti a qualcuno di tipo normativo e dominati da un rinvio non ad una soltanto ma a più fonti normative private particolari, private generali, consuetudinarie, legislative ovvero amministrative. In tale chiave non ha senso, secondo l'A., parlare di manifestazione tacita o di norma tacita. Una norma può essere tacitamente presupposta, può essere scritta o non scritta, ma non tacita.

Come vedremo tra breve, infatti, in questa sede l'impegno secondo il congegno dell'*agere per conditionem* viene graduato in guisa che, mano a mano che l'operazione viene in essere, l'esecuzione delle azioni programmate crea in capo alla controparte un affidamento sul perfezionamento del dato assetto di interessi. Ne deriva il corollario che la mancata esecuzione dell'attribuzione patrimoniale definitiva troverà reazione, oltre che nei rimedi della *condictio indebiti*, nei rimedi propri della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., giusta la lesione dell'affidamento del destinatario di tali comportamenti esecutivi.

²⁸² Adoperando una chiave di lettura procedimentale, i comportamenti in questione assumono un valore determinativo del risultato finale, scandendo l'avanzare della sequenza. Se invece ci si pone nella prospettiva della fattispecie a formazione progressiva, i singoli atti che compongono la fattispecie perdono la loro autonomia e si fondono tra loro una volta che quest'ultima si perfeziona e diviene efficace.

²⁸³ L'istituto che meglio si presta a sintetizzare la libertà di scelta dei paciscenti nel negozio configurativo è senza ombra di dubbio l'onere che, come osservato in dottrina (V. CAREDDA, *L'Onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, pp. 49 ss.) *infarcisce* gli atti di autonomia privata. Invero, come abbiamo già evidenziato *supra* pag. 63, il rilievo teleologico unitario dell'ordine seriale di atti nella fase genetica di formazione del programma negoziale è affidato, infatti, prevalentemente, alla figura

L'effetto configurativo non contraddice tuttavia la naturale dispositività dell'atto negoziale quale attitudine ad incidere sulle sfere contrapposte dei paciscenti. Tale effetto si traduce, infatti, nella determinazione dei parametri di rilevanza formale ovvero (come avviene nella *datio in solutum*) di rilevanza sostanziale che l'operazione è destinata a realizzare attraverso l'esecuzione dei comportamenti programmati.

La conferma del carattere dispositivo dell'accordo in questione si rinviene altresì nella ulteriore circostanza che, una volta determinati dalle parti i caratteri tecnico giuridici dell'operazione che presiedono lo svolgimento del procedimento negoziale, resta esclusa la riconducibilità del procedimento stesso a parametri diversi.

Si potrebbe così dire che, sia pure in un modo diverso, di *lex contractus* si può comunque parlare, nel senso che il regolamento di interessi non esprime nella fattispecie *de qua* un impegno obbligatorio ma una c.d. irretrattabilità di giudizio, che si lega al noto principio del *non venire contra factum proprium*²⁸⁴.

Possiamo dunque rinvenire *lato sensu* una sorta di graduazione dell'impegno che si atteggia, sia pure in senso atecnico, a «doverosità *in itinere*».

dell'onere, laddove nella fase esecutiva è l'obbligo a rivestire una posizione dominante. Orbene è assiomatico che nel caso di specie ci troviamo nella fase genetica della *datio in solutum* nella sua dimensione programmatica, nella quale è, quindi, l'onere ad assumere il ruolo di protagonista. Donde l'esecuzione dell'*aliud*, assume il carattere non di atto ma di comportamento, strumentale al perseguimento del risultato finale demandato alla libera scelta del contraente, fatta salva, come vedremo, la tutela precontrattuale dell'affidamento della controparte.

²⁸⁴ Sul punto, G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., p.116, ss. si veda anche R. FRANCO, *op.cit.*, p. 392 ss. il quale osserva che se è vero che il contratto produce in linea di principio un effetto qualificato dalla impegnatività e dalla irretrattabilità, caratterizzato dalla comune riconducibilità all'effetto negoziale in senso stretto (c.d. minima unità effettuale), esso non dovrà necessariamente esaurirsi nelle funzioni della attribuzione e dello scambio, ovvero nella costituzione di reciproche obbligazioni, ben potendo produrre una più generale funzione precettivo-regolatrice che trova una solida base dimostrativa agli artt. 1252, 1341,1342,1352,1420,1472 c.c.

Tale funzione costituisce espressione dell'autonomia privata nella direzione della creazione di regole organizzative procedimentali, lungo le quali la stessa autonomia potrà svolgersi per assumere per i contraenti rilevanza giuridica. L'esercizio di tale autonomia si traduce, infatti, nella irretrattabile (in mancanza di reciproco consenso diretto allo scioglimento dell'accordo) individuazione dei confini e delle modalità vincolanti di manifestazione dell'autonomia privata nelle trame procedimentali della dispositività. Quest'ultima viene intesa quale attitudine ad incidere nelle contrapposte sfere dei paciscenti ovvero quale idoneità a foggare i peculiari parametri di rilevanza formale o di valutazione sostanziale alla cui stregua l'operazione è destinata a realizzarsi.

Ne deriva, secondo l'A., che le parti che hanno concluso l'accordo procedimentale non potranno più recedere anche laddove non si verificasse la sua immediata efficacia, restando assoggettate, in virtù della sua efficacia impegnativa, al precetto che si sono oggettivamente scelte, senza doversi rinvenire un'eccezione al principio di cui all'art 1372 c.c., il quale, com'è noto, recepisce nell'ordinamento la forza di legge. In definitiva, secondo l'A., nell'accordo configurativo si può in altre parole rinvenire una minima unità effettuale di impegnatività che rappresenta il «prezzo» dell'efficacia giuridica dell'autonomia privata.

Tale graduazione rispecchia il congegno del c.d. *agere per conditionem* che, come avremo modo di osservare meglio *infra*, nell' ipotesi della omessa spontanea esecuzione dei comportamenti programmati, si traduce, allorché vi sia l'omesso perfezionamento della fattispecie procedimentale, in una applicazione della disciplina di cui all'art. 2033 c.c. per quanto attiene ai profili restitutori delle prestazioni eventualmente già eseguite.

Orbene non può tacersi che sul piano delle vicende circolatorie dei diritti, il meccanismo così descritto segna una profonda differenza rispetto alla tradizione²⁸⁵ laddove era stata costantemente evidenziata una compenetrazione tra *modus acquirendi* contenente un impegno programmatico, ed il *titulus acquirendi*. Compenetrazione bene espressa dalla dicotomia promessa obbligatoria - negozio traslativo.

Nel negozio configurativo, infatti, ontologicamente privo del valore precettivo di *lex contractus*, l'effetto impegnativo ed il conseguente carattere di doverosità dell'assetto di interessi programmato, vengono graduati *in itinere*, mano a mano che il regolamento negoziale viene concretamente eseguito *rebus ipsis et factis*.

Donde si può ragionevolmente ritenere che l'effetto configurativo che promana nelle more procedimentali della *datio in solutum*, costituisca, alla stregua dell'effetto obbligatorio, la massima espressione della cooperazione sul piano strumentale tra programmazione ed esecuzione nel ciclo dell'autonomia privata.

La sequenza *causa data causa secuta*, impressa dal negozio configurativo, è infatti, il chiaro indice dell'assunto da noi evidenziato nella presente trattazione, secondo cui un atto esecutivo che appare *prima facie* sullo sfondo statico della fattispecie a formazione progressiva, compiuto e definitivo, possa in realtà a sua volta riprodurre dinamicamente lo schema norma - effetto e, quindi, proiettarsi in una successiva fase di realizzazione e sviluppo.

Otteniamo così una conferma di quella contestualizzazione delle teorie gradualiste nell'ambito del giusnaturalismo moderno da noi auspicata nella presente trattazione e con essa quel ricercato punto di equilibrio tra l'essere ed il dover essere, tra il pensiero e l'azione.

A questo punto vale la pena osservare che l'accordo configurativo nella *datio in solutum* tipica assume un rilievo logico, presentandosi invece per così dire «oscurato», per non dire quasi obliterato, sul piano cronologico.

Proprio per tale ragione la dottrina ha probabilmente oscillato tra una radicale svalutazione della essenzialità dell'accordo ed una ipervalutazione che ha condotto alla ricostruzione dell'istituto in chiave consensuale.

L'accordo configurativo precede, infatti, soltanto per un istante ideale l'esecuzione dell'*aliud*, laddove la sua esistenza si appalesa per converso evidente nel c.d. *pactum de in solutum dando* nel cui ambito assume un rilievo marcatamente cronologico. Invero il *pactum de in solutum dando*, altro non è che il negozio configurativo cronologicamente arretrato nella sequenza procedimentale. Donde non ha ragione di porsi un problema di sussunzione del *pactum de in solutum dando* nel *genus datio in solutum*, atteso che, a ben vedere, la fattispecie in questione assume un valore meramente descrittivo. Il *pactum* in questione, in altre parole, altro non è che quella «cabina di regia» da noi più volte

²⁸⁵ Tale differenza è rimarcata da G. PALERMO, *op.ult. cit.*, p.107.

evocata, (nel caso in esame accessoria al programma obbligatorio di base), che da impulso al procedimento solutorio che conduce al perfezionamento della stessa *datio in solutum*. Il tutto nell'ambito di una sequenza procedimentale di contrattazione reale, che l'autonomia privata ha inteso diluire su un piano semplicemente cronologico.

Le parti manifestano, infatti, in tale ipotesi preventivamente il loro consenso alla esecuzione dell'*aliud*, di talchè sul piano effettuale si produce *statim* la vicenda costitutiva di una *facultas solutionis id est* l'attribuzione del potere di eseguire una prestazione facoltativa, che ingenera, mano a mano che i comportamenti esecutivi vengono posti in essere dal debitore, un coevo affidamento in capo al creditore sul perfezionamento della fattispecie contrattuale.

Sulla base di tali premesse, quindi, possiamo concludere come abbiamo già avuto modo di sostenere in altra sede²⁸⁶, che lo schema costruttivo che a nostro avviso si attaglia tanto alla *datio in solutum* tipica che al *pactum de in solutum dando* è quello del contratto reale.

L'esecuzione dell'*aliud* determina, infatti, in ambedue le fattispecie il perfezionamento «a valle» di quello stesso regolamento solutorio che di esso costituisce la giustificazione causale «a monte».

L'unica differenza è data dalla circostanza che nel *pactum de in solutum dando* la sequenza procedimentale si presenta per così dire cronologicamente «allungata» quasi come una sorta di elastico.

La realtà in questione non ha, ovviamente quale punto di riferimento la *traditio rei*, che può anche difettare, ma il procedimento giuridico di contrattazione che imprende proprio con il negozio configurativo perfezionato tra creditore e debitore. Si tratta, dunque, come abbiamo già anticipato, di una realtà concepita *lato sensu*, che assume piuttosto quale punto di riferimento la esecuzione spontanea di un comportamento secondo la logica del negozio configurativo.

Sul piano strutturale, infatti, il negozio configurativo da impulso ad un ordine seriale di atti che compongono un procedimento di contrattazione reale posto in essere spontaneamente dalle parti in esecuzione dell'operazione economica enucleata nell'accordo c.d. debole, così che il *pactum de in solutum dando* è semplicemente arretrato sul piano cronologico²⁸⁷.

²⁸⁶ Sul punto si veda la nostra precedente, *La Datio in solutum nella perequazione urbanistica*, in Quaderni di conciliazione, a cura di C. PILIA, Cagliari, 2012, p. 93.

²⁸⁷ Seguendo l'impostazione di PALERMO, *op.ult.cit.*, pp. 105-106, le fasi di svolgimento del procedimento di contrattazione reale possono essere così ricostruite. In un primo momento, il creditore ed il debitore programmano la operazione economica *id est* enunciano la *expressio causae* del negozio solutorio identificando gli strumenti idonei al suo perfezionamento.

In un secondo momento imprimono, quindi, all'esecuzione dell'*aliud* il valore giuridico di attribuzione patrimoniale di carattere causale diretta a realizzare il loro voluto programmatico, e, quindi rispondente alla c.d. *expressio causae*. Con ciò escludendo la applicazione della disciplina della *condictio indebiti*.

A chiusura di tale schema i paciscenti prevedono infine che, posto in essere il comportamento idoneo alla realizzazione della operazione economica, ossia l'esecuzione della diversa prestazione, l'*accipiens* dell'attribuzione patrimoniale possa esigere la costituzione di un titolo che renda l'acquisto opponibile *erga omnes*, tramite un atto di investitura formale nel diritto.

In tale schema l'effetto attributivo assolve ad un tempo, in un prospettiva gradualista «contestualizzata», la duplice qualificazione di effetto finale atomisticamente considerato, e di effetto procedimentale nel più ampio ambito dell'operazione negoziale. Proprio l'ultimo tassello del procedimento, la esecuzione della diversa prestazione determina l'effetto estintivo finale del rapporto obbligatorio.

Non deve peraltro stupire l'interprete la circostanza che in tale congegno di contrattazione reale la causa *solvendi* configurata dalle parti con la stipulazione del negozio configurativo che apre il procedimento solutorio, trovi il suo perfezionamento con la stessa esecuzione dell'*aliud*. Tale circostanza costituisce espressione al massimo livello della osmosi e cooperazione tra la fase programmatica e la fase esecutiva del contratto che costituisce il *leitmotiv* della presente trattazione. Un'operazione che si comprende unicamente rivolgendo l'attenzione al fenomeno negoziale non come il risultato di una «fusione a freddo» tra una pluralità di atti che compongono un fattispecie a formazione progressiva, ma cogliendo piuttosto lo svolgimento dinamico dell'*agere* contrattuale.

Quantunque, infatti, l'esecuzione, nella nozione retrospettiva e descrittiva esaminata in apertura del presente lavoro, segua sempre logicamente la creazione di una regola, è altrettanto vero che, come osservato in dottrina, il negozio giuridico si esplica sia in dichiarazioni che in comportamenti. Proprio per quel principio di ragione sotteso all'agire negoziale, sia esso diretto alla produzione di regole sostanziali che procedimentali, l'ordinamento privato, non può, infatti, ritenersi effettivamente realizzato se alla enunciazione della regola non segua la fattiva instaurazione sul piano fattuale ed empirico dei comportamenti materiali.

4. Profili funzionali ed effettuali: negozio solutorio estintivo.

Analizzando più da vicino il piano funzionale dell'istituto, come si è anticipato, il contratto *de quo* può essere agevolmente ricondotto nella categoria del negozio solutorio .

I contraenti con la esecuzione dell'*aliud* hanno infatti perfezionato la causa *solvendi* che era stata inizialmente declinata in maniera «debole» con il perfezionamento del negozio configurativo di base.

Si tratta come abbiamo visto, di un regolamento di interessi c.d. subordinato avente ad oggetto la fase esecutiva del rapporto obbligatorio programmato a monte dell'operazione economica. Il contratto solutorio imprime così, sul piano assiologico, alla esecuzione dell'*aliud* il valore di equipollente dell'adempimento della prestazione originariamente dedotta in obbligazione.

Donde è ragionevole ritenere che proprio al dispiegamento dell'effetto configurativo quale *sub specie* della categoria di effetto procedimentale e, quindi, direttamente alla volontà delle parti, vada ricollegata l'attitudine della diversa prestazione a soddisfare definitivamente l'interesse del creditore.

Donde nell'ipotesi in cui la esecuzione dell'*aliud* consista nel trasferimento di un diritto, a chiusura del ciclo seriale del procedimento solutorio, creditore e debitore convengono la costituzione di un titolo formale che renda opponibile *erga omnes* l'acquisto del diritto in capo al creditore.

Non è dunque necessario a nostro avviso adoperare, su un piano dogmatico, la categoria, pur enucleata da autorevole dottrina, dell'effetto giuridico operante sul piano della qualificazione del fatto.

A ben vedere, infatti, il ricorso a tale categoria muove dall'esigenza di giustificare l'ingresso nella struttura del rapporto obbligatorio della valutazione soggettiva del creditore in merito all'idoneità dell'*aliud* a realizzare il soddisfacimento del suo interesse, estinguendo, così, l'obbligazione originaria. Esigenza di difficile comprensione, atteso che l'art. 1174 c.c., pietra angolare del diritto delle obbligazioni, sancisce *apertis verbis* che la prestazione deve corrispondere all'interesse anche non patrimoniale del creditore, che, per sua natura, attiene ad una dimensione tipicamente soggettiva.

Poiché l'interesse alla prestazione permea, sul piano soggettivo, la struttura del rapporto obbligatorio²⁸⁸, il creditore potrà dunque rivalutare *in executivis* tale interesse in chiave solutoria, imprimendo alla esecuzione di una diversa prestazione il valore di equipollente dell'adempimento, idonea a soddisfare il suo interesse. Il tutto nell'ambito di una fattispecie procedimentale complessa che si perfeziona con l'esecuzione diretta dell'*aliud* ad opera del debitore.

Peraltro, se è vero, come sin qui sostenuto, che la *datio in solutum*, nella sua duplice caratterizzazione ad un tempo programmatica ed esecutiva, sullo sfondo del procedimento giuridico privato, è un punto di duttile cooperazione, tra fase esecutiva e fase programmatica del rapporto obbligatorio originario, non deve stupire l'interprete l'esistenza di una possibile interferenza tra la causa del programma obbligatorio originario e la causa del contratto traslativo posto in essere in esecuzione dell'«impegno debole», assunto successivamente al perfezionamento del negozio configurativo.

L'atto esecutivo di trasferimento del diritto in luogo della prestazione originaria, nel complesso della operazione negoziale configurata dalle parti, realizza infatti un effetto procedimentale e non sostantivo finale²⁸⁹, in guisa che possono essere agevolmente depotenziati quei rilievi critici formulati avverso il negozio solutorio, per lo più basati sulla contrapposizione della disciplina del contratto traslativo eseguito a valle in adempimento della diversa prestazione, con la *causa solvendi* esterna afferente al rapporto obbligatorio originario.

Invero, come evidenziato dalla dottrina che si è dedicata recentemente allo studio del negozio configurativo, è vero che l'effettivo compimento di

²⁸⁸ Sulla rilevanza dell'interesse del creditore nella struttura del rapporto obbligatorio si veda C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 43.

²⁸⁹ Come vedremo tra breve, l'effetto finale è dato dall'estinzione dell'obbligazione. Donde troviamo conferma in questa sede di come l'effetto traslativo non sia vicenda compiuta e definitiva. Piuttosto anche di tale effetto si potrà predicare l'attuazione ovvero l'inattuazione. Trova quindi applicazione, anche in merito all'effetto traslativo, quel principio di derivatività dell'esecuzione dall'effetto che nella *datio in solutum* è particolarmente evidente. L'attuazione dell'attribuzione traslativa si esplica, infatti, in questo caso, in prima battuta nel dispiegamento di un effetto estintivo finale. In seconda battuta, si esplica sul piano della esattezza di tale effetto estintivo, e, quindi, della legittimazione del creditore a proporre i rimedi della garanzia del contratto di compravendita e, quindi, sul piano dell'efficacia, autentico termometro dell'esecuzione del contratto solutorio.

comportamenti esecutivi delle attività programmate dalle parti *id est* l'esecuzione dell'*aliud*, determinano il momento in cui si dispiega l'effetto attributivo finale.

Ciò nondimeno deve escludersi che la *causa solvendi* dell'avvenuto dispiegamento dell'attribuzione patrimoniale, possa essere identificata isolatamente con il programma obbligatorio originario ovvero con il negozio solutorio oppure ancora con un altro atto negoziale della sequenza procedimentale atomisticamente considerato, quale, ad esempio, il contratto traslativo posto in essere a chiusura del ciclo seriale.

E' vero, infatti, che in linea di principio l'indice dell'avvenuto trasferimento può rinvenirsi unicamente in un negozio che abbia in se stesso la causa dell'avvenuto trasferimento²⁹⁰.

Tuttavia anche laddove l'atto negoziale incorpori in se stesso la causa, a seconda dell'architettura procedimentale per la quale hanno optato le parti, la giustificazione causale del trasferimento si individua in un atto strutturalmente e funzionalmente diverso²⁹¹.

Dunque non coglie nel segno quella dottrina che, con riferimento alla ipotesi in cui la esecuzione dell'*aliud* consista nel trasferimento di un diritto, determinando l'esigenza di perfezionare un contratto traslativo, imposta l'analisi dell'istituto in chiave di rigida contrapposizione tra causa esterna dell'attribuzione traslativa e causa interna.

Tale concezione è infatti incardinata su una visione rigida del contratto in chiave di fattispecie a formazione progressiva, laddove all'interno del ciclo dell'autonomia privata procedimentale che si apre con il programma negoziale che costituisce la fonte dell'obbligazione originaria, la causa non sarebbe, dunque, a ben vedere, nè interna nè esterna.

Piuttosto la *causa solvendi* identificata con il programma normativo del contratto base, assolve un valore determinante del risultato finale cui aspirano i paciscenti, alla stregua degli altri tasselli della sequenza procedimentale con i quali coopera osmoticamente.

Donde è un requisito procedimentale dell'unitario ciclo di svolgimento dell'autonomia privata che con una sorta di *regressus* andrebbe concretamente ricostruito. Partendo dal suo esito a valle occorrerebbe cioè stabilire se, ed in quale misura, il concreto assetto di interessi non emerga dalla c.d. *expressio causae* indicata nell'atto di trasferimento e si possa viceversa ricavare dai comportamenti esecutivi posti in essere dalle parti.

Si potrebbe dunque dire che la *causa solvendi*, nel contesto procedimentale dell'*agere* negoziale, è per così dire «sparsa» nel ciclo di svolgimento degli interessi che compongono l'operazione economica determinata dai paciscenti. Essa si ricava dalla duttile cooperazione funzionale tra la causa del contratto

²⁹⁰ Sul punto M. GIORGIANNI, *op.cit.*, p. 564, il quale evidenzia che in tutta una serie di casi lo spostamento patrimoniale trova giustificazione nello stesso negozio che lo pone in essere. Ciò avviene esemplarmente nei contratti obbligatori, laddove gli effetti costitutivi obbligatori trovano la loro stessa giustificazione nel negozio stesso, giusta la regola del principio consensualistico. Quest'ultimo ricollega al consenso il trasferimento e la costituzione della proprietà ovvero di altro diritto. Nel'ordinamento germanico invece soltanto i *Grundgeschäfte* ovvero i contratti obbligatori esauriscono in se stessa l'attuazione degli effetti voluti dalle parti.

²⁹¹ In tal senso, G. PALERMO, *op.ult. cit.*, p. 108.

traslativo posto in essere «a valle» a chiusura del procedimento, il regolamento solutorio enucleato dalla *datio in solutum* ed il programma obbligatorio originario che si colloca «a monte» del ciclo dell'autonomia privata, intesi come fattori determinanti del risultato finale. D'altronde, una prospettiva strutturale elastica come quella procedimentale, non può che accompagnarsi ad una prospettiva funzionale altrettanto elastica.

5. Segue. Conseguenze sul piano effettuale e coerenza della soluzione proposta con la disciplina di cui all'art. 1197 comma 2 c.c.

A questo punto vale la pena polarizzare l'attenzione sulle conseguenze afferenti al piano effettuale.

Invero il logico corollario delle considerazioni precedenti in ordine alla attitudine della diversa prestazione a soddisfare l'interesse del creditore, è costituito da una qualificazione della *datio in solutum* quale negozio estintivo di secondo grado, che produce *recta via* l'effetto finale di estinzione del rapporto obbligatorio riconducibile direttamente alla volontà dei paciscenti²⁹².

E' quindi ragionevole interrogarsi se la soluzione qui proposta secondo cui, allorché l'esecuzione dell'*aliud* consiste nel trasferimento di un diritto, l'effetto traslativo, in virtù dell'accordo configurativo, riveste rilievo procedimentale e non finale, sia coerente con la legittimazione del debitore a subire la garanzia della vendita, richiamata dall'art. 1197 comma 2 c.c.

L'esperimento di tali rimedi presuppone infatti, normalmente, la sussistenza di un impegno traslativo dell'alienante che si dispiega *statim* per effetto della stipulazione del contratto di compravendita, e che trova attuazione in un effetto traslativo finale e non procedimentale.

Invero, seguendo l'impostazione qui sostenuta, dovrebbe predicarsi l'esattezza o l'inesattezza non dell'effetto traslativo configurato ma dell'effetto estintivo finale, che riassume il complessivo assetto di interessi determinato dall'operazione economica.

Gli ostacoli posti da tale interrogativo paiono tuttavia agevolmente superabili, proprio in virtù di quella duttile osmosi tra fase programmatica ed esecutiva, che si riproduce anche successivamente al perfezionamento del contratto solutorio.

Come è noto, infatti, quantunque l'effetto estintivo si dispieghi nella fase esecutiva del contratto, esso incide su situazioni dotate di specifica rilevanza per il diritto, introducendo una diversa regolamentazione giuridica dell'assetto di interessi delle parti che si colloca «a monte» del ciclo dell'autonomia privata.

Se tutto questo è vero, anche l'effetto estintivo, in applicazione del principio di derivatività dell'esecuzione dall'effetto, analizzato nel corso del presente lavoro, è suscettibile di una successiva fase di realizzazione e sviluppo.

Non si può dunque rinunciare a rinvenire anche nell'effetto estintivo una situazione essenziale e problematica, costituendo esso stesso la sintesi «a valle»

²⁹² Non può quindi condividersi l'opinione che riconduce soltanto mediatamente al consenso delle parti l'estinzione del rapporto obbligatorio.

del complessivo assetto di interessi cristallizzato «a monte» della sequenza procedimentale.

Quest'ultimo, come abbiamo visto, è il risultato della cooperazione tra la causa del negozio solutorio ed il programma obbligatorio del contratto di base.

Donde la legittimazione del creditore a fruire dell'apparato rimediale di cui all'art. 1197 comma 2 c.c. che, come abbiamo già visto, reagisce su piano della efficacia del regolamento solutorio, diviene altresì il «termometro» della esatta esecuzione dell'effetto estintivo²⁹³.

Le considerazioni qui formulate, come abbiamo già in parte anticipato, consentono dunque di depotenziare quei rilievi critici avanzati avverso il negozio solutorio, secondo i quali allorquando in base al contratto fonte della obbligazione di base riveli una *causa donandi*, vi sarebbe uno iato sistematico tra la disciplina della garanzia dettata in tema di donazione ex artt. 797-798 c.c. e quella della compravendita.

Non ci sembra, infatti, persuasivo parlare di *causa solvendi* esterna alla attribuzione traslativa nel contesto procedimentale di svolgimento della operazione economica. In tale ambito, infatti, il ciclo dell'autonomia privata si snoda unitariamente attraverso la duttile cooperazione tra il programma obbligatorio di base e la causa del negozio solutorio. Donde se il programma solutorio rivela una *causa donandi* la soluzione preferibile è quella di applicare la disciplina propria del contratto di donazione anche al di fuori del regime giuridico della garanzia della vendita richiamato all'art. 1197 c.c.

Proprio su tale richiamo testuale del resto ci sembra opportuno spendere, a scanso di equivoci, qualche ulteriore osservazione. A ben vedere infatti, il dato normativo enucleato all'art. 1197 comma 2 c.c., nel rinviare alla disciplina della garanzia per evizione e per vizi propria del contratto di compravendita, non intende prendere partito sulla natura della *datio in solutum*. Piuttosto il legislatore intende richiamare in questa sede, per quanto possibile, tra le norme che governano l'effetto traslativo, la disciplina dotata della massima generalità.

Il carattere generalizzato della sfera applicativa delle norme sulla garanzia nella compravendita, che, in un'ottica di salvaguardia dell'equilibrio sinallagmatico del contratto, si atteggiano a rimedio contro la violazione dell'impegno traslativo dell'alienante trova, del resto, ulteriore conforto anche nella recente introduzione della disciplina di derivazione comunitaria dettata in tema di tutela del consumatore²⁹⁴.

²⁹³ L'effetto estintivo sul piano della contestualizzazione della prospettiva gradualista, da noi adoperata a più riprese, riproduce in altre parole a sua volta la dicotomia fattispecie effetti, ed è esso stesso norma suscettibile di concreta attuazione. Tale attuazione si misura ai sensi dell'art. 1197 comma 2 c.c. sul piano della efficacia.

²⁹⁴ Si ponga mente all'art. 128, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, c.d. cod. cons. che disciplina «*taluni aspetti dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo. A tali fini ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti li altri contratti finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre*».

6. *Segue. Conseguenze della soluzione proposta: responsabilità pre contrattuale nell'ipotesi di omesso perfezionamento del regolamento solutorio.*

Chiarito che a nostro avviso la *datio in solutum* è un contratto solutorio di secondo grado che interviene a regolamentare la fase esecutiva di svolgimento dinamico del rapporto obbligatorio originario, si tratta di comprendere quali siano le conseguenze dell'omesso perfezionamento del regolamento solutorio subordinato, contenuto nella prestazione in luogo di adempimento.

E' quindi opportuno condurre un'indagine che si snoda su un duplice versante.

Ciò allo scopo di approfondire in prima battuta la natura ed i caratteri delle regole procedimentali enucleate dall'accordo configurativo, ed, in seconda battuta, analizzare la natura giuridica degli eventuali profili di responsabilità conseguenti alla violazione delle regole procedimentali.

Orbene quanto al primo aspetto afferente alla natura ed al contenuto delle regole procedimentali, abbiamo visto come il motore della prestazione in luogo di adempimento è costituito da un accordo configurativo di base, che costituisce la fonte delle regole che governano il procedimento solutorio di contrattazione reale.

Tale accordo è *ex se* idoneo a produrre sul piano sostanziale effetti costitutivi obbligatori, o comunque a colorare di doverosità i comportamenti negoziali attuativi la cui esecuzione è rimessa, si ribadisce, all'*agere* spontaneo delle parti²⁹⁵.

E' vero infatti, che nel nostro ordinamento, vige ex artt.1321 e 1372 c.c., il principio in forza del quale l'accordo regolamenta in via impegnativa i rapporti giuridici sostanziali dei contraenti producendo un regolamento di interessi precettivo. Elemento caratterizzante dell'accordo configurativo è, infatti, come

²⁹⁵ In tal senso si esprime G.PALERMO, *Contratto preliminare, cit.*, pp. 125 ss., il quale analizza il procedimento di contrattazione reale rapportandolo al contratto preliminare. L'A. evidenzia come vi siano una pluralità di pronunce giurisprudenziali secondo le quali *ex adverso*, ove il contratto preliminare preveda entro un determinato termine la consegna della *res* ovvero il versamento del prezzo a determinate scadenze, la disciplina assumerebbe il valore precettivo di dover essere, quantunque le parti abbiano attribuito alle prestazioni il carattere di esecuzione anticipata. In tale ottica, in caso di mancata ottemperanza, dovrebbe sempre indistintamente riconoscersi in capo a chi subisce l'inadempimento il rimedio di pretendere in via coattiva la prestazione. Tali pronunce, osserva l'A., offrono un'immagine distorta del contratto preliminare, essendo concepito come un complessivo autoregolamento di interessi alla stregua del quale i complessivi diritti e di obblighi della parti si graduerebbero nel tempo, restando il trasferimento della proprietà differito al momento della stipula. Ci si riferisce in particolare a Cass., 5 aprile 1989, n. 1642, in *Giust.civ.*, 1989,1 p. 1555; Cass., 22 novembre 1988, n. 7013, in *Resp. Giust.Civ.*, 1988, *Voce Obbligazioni e contratti* n. 117; Cass., 14 novembre 1988, n.6143; Cass., 3. novembre 1988, n. 5692; Cass., 6 novembre 1987, n. 8220; Trib. Cagliari 11 maggio 1985, in *Riv. Giur. Sarda* 1986 p. 830; Cass. 11 agosto 1982, n. 4562. Tali pronunzie osserva l'A. in tema di consegna della cosa si spingono al punto di concedere in talune occasioni al promissario acquirente non soltanto l'*actio quanti minoris* ma anche l'azione di esatto adempimento salva la risoluzione del contratto quando risulti che la cosa che forma oggetto del preliminare sia difforme dalla pattuizione ovvero gravata da un onere o da un altro diritto reale o personale che ne limiti il libero godimento.

abbiamo visto, la sua «debolezza»²⁹⁶ atteso che l'instaurazione dell'assetto di interessi avviene spontaneamente, attraverso comportamenti negoziali destinati a precedere il perfezionamento della causa del contratto tramite il dispiegamento dell'effetto attributivo. Donde ciascun individuo resta libero in linea di principio di adeguarsi a quanto previsto e concordato ovvero, per converso, di disattendere la originaria intesa, astenendosi dal porre in essere la propria prestazione²⁹⁷.

Analizzando più in generale il contenuto delle regole poste dagli accordi procedurali, parte della dottrina suole distinguere tra regole per il conseguimento del risultato giuridico finale e regole che pongono obblighi e diritti per lo svolgimento del procedimento²⁹⁸.

Le prime, come accade nella *datio in solutum*, sono dirette a determinare l'inizio e la fine del procedimento, la rilevanza di singole dichiarazioni o comportamenti posti in essere dalle parti, la scansione temporale del compimento di tali comportamenti ed, infine, il loro ordine di pregiudizialità, in guisa da determinare la chiusura del procedimento e con esso il dispiegamento dell'effetto attributivo (ad es. costituzione di un diritto di credito ovvero trasferimento di un diritto)²⁹⁹.

Le regole che pongono obblighi e diritti per lo svolgimento del procedimento, ritenute ammissibili dalla dottrina, sono invece prettamente strumentali alla introduzione di obblighi in capo ad una ovvero ad entrambe le parti, in guisa da porre in essere determinate condotte direttamente funzionali al soddisfacimento dell'interesse dell'altra. Si tratta dunque di regole inserite in un accordo programmatico di natura contrattuale³⁰⁰.

Tale distinzione si riflette sul versante delle conseguenze derivanti dalla violazione delle regole procedurali, nel senso che la violazione delle regole che pongono obblighi contrattuali è pacificamente un fatto generatore di responsabilità contrattuale, senza che la peculiare natura degli interessi tutelati possa inficiare la natura contrattuale degli accordi che ne costituiscono la fonte.

La violazione di regole dirette al conseguimento del risultato giuridico finale normalmente contenute nell'accordo configurativo, e, quindi, per quanto a noi specificamente interessa, nella *datio in solutum*, conducono invece ad un diverso e duplice ordine di conseguenze.

In alcune occasioni, infatti, tale violazione si traduce unicamente nella irrilevanza giuridica delle condotte poste in essere medio tempore³⁰¹, in ragione

²⁹⁶ In tal senso, G. PALERMO, *op.ult.cit.*, p. 128.

²⁹⁷ In tal senso, G. PALERMO, *op.ult.cit.*

²⁹⁸ Sul punto, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 482.

²⁹⁹ In tal senso, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 482.

³⁰⁰ In tal senso, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 483.

³⁰¹ In tal senso, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 483, il quale osserva che si tratterà di indagare la natura della responsabilità della violazione del precetto negoziale dal quale derivino esclusivamente effetti procedurali, con riferimento non soltanto al procedimento diretto a fissare obblighi specifici alle parti in ordine ad alcuni atti strumentali, ma anche al procedimento funzionale a porre regole incidenti sul conseguimento dell'effetto giuridico finale. In tale indagine la scelta è tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, senza tralasciare eventuali residue opzioni che prediligano il *tertium genus*.

dell'omesso perfezionamento della fattispecie. In altre occasioni si esplicano altresì in una responsabilità risarcitoria.

Siamo dunque approdati al passaggio successivo del tema di indagine ovvero alla ricostruzione della natura di una responsabilità risarcitoria avente quale fatto generatore la violazione di regole procedimentali, alquanto dibattuta in dottrina. Gli indirizzi formati intorno alla violazione delle regole procedimentali, affermano infatti comunemente, muovendo dalla debolezza dell'impegno costituito dall'accordo configurativo, che l'omesso perfezionamento della sequenza procedimentale è un fatto generatore di responsabilità ex art. 1337 c.c. salvo poi dividersi in ordine alla analisi della natura e dei caratteri di tale responsabilità³⁰².

Secondo un primo orientamento, la responsabilità che sorge in capo al contraente il quale, dopo aver contribuito a determinare uno specifico affidamento dell'altro in ordine alla realizzazione del configurato assetto di interessi, pregiudichi quello stesso affidamento con un comportamento contrario a buona

³⁰² La questione si intreccia con la *vexata quaestio* afferente alla natura contrattuale ovvero extra contrattuale della responsabilità ex art. 1337 c.c. sulla quale, per esigenze di economicità espositiva, non ci si può soffermare diffusamente in questa sede. Come è noto, sotto il codice abrogato la dottrina e la giurisprudenza dominanti, sostenevano che la responsabilità per culpa *in contrahendo* ha natura extracontrattuale. Tale atteggiamento era motivato dalla circostanza che, difettando una norma espressa che disciplinasse il comportamento delle parti nelle trattative, la sola norma azionabile per tutelarsi in presenza di comportamenti sleali nella fase in discorso era l'art. 1151 cod. 1865, la cui ampia formulazione consentiva di ricomprendervi anche le ipotesi di illecito precontrattuale. Successivamente alla entrata in vigore del codice del 1942, l'opinione favorevole alla natura contrattuale è stata sostenuta da una parte consistente della dottrina. La tesi della natura extracontrattuale parrebbe infatti suffragata dalla adozione del metodo di comparazione con altri ordinamenti. Negli ordinamenti che, come quello francese, sono ispirati ai principi di atipicità dell'illecito, essendo la disciplina enucleata con l'adozione di una clausola generale, si è infatti concluso per il carattere extracontrattuale della responsabilità. Per converso negli ordinamenti in cui, come in quello tedesco, vige il principio di tipicità dell'illecito, si è concluso per la natura contrattuale della *culpa in contrahendo*. Poiché il nostro ordinamento contempla la disposizione generale ex art. 2043 c.c. sarebbe inutile, dunque, configurare la *culpa in contrahendo* quale colpa contrattuale. Altra opinione propugna invece la natura contrattuale di tale responsabilità, e sostiene che con l'introduzione dell'art. 1337 c.c. il legislatore non soltanto ha eliminato le incertezze sul comportamento delle parti nelle trattative che precedono la formazione del contratto, ma ha anche preso posizione sulla natura della responsabilità in questione. L'art. 1337 c.c. costituisce infatti un'estensione della buona fede contrattuale nella fase delle trattative di talché appare coerente con il nostro sistema assegnare identica natura alla responsabilità per violazione del dovere di buona fede, sia che esso si ricolleggi al rapporto contrattuale sia che abbia fonte nel rapporto prenegoziale. A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione che mentre i doveri espressi dalla buona fede ex art. 1337 c.c. tendono alla promozione ed al soddisfacimento dell'altrui aspettativa, e, quindi, perseguono altresì uno scopo positivo, la *ratio* sottesa all'art. 2043 c.c. è, invece, squisitamente di protezione e non di realizzazione dell'altrui interesse. Dunque assume uno scopo prettamente negativo. Sul punto F. BENATTI, (voce) *La responsabilità precontrattuale I*, in *Enc. giur.* XXVII Roma, 1991, pag. 8 ed ivi per ulteriori citazioni.

fede, rivestirebbe natura precontrattuale e sarebbe circoscritta al c.d. interesse negativo³⁰³.

Il perno di tale teoria è costituito dalla considerazione che l'assetto di interessi, corrispondente al contenuto del negozio solutorio, si trova ancora in fase genetica, di modo che la sua configurazione sia pure pattizia, non assumerebbe alcun valore giuridico cogente quanto alle disposizioni in esso contenute ed il risarcimento del danno sarebbe lontano dall'essere commisurato all'utilità che le parti avrebbero ricavato dalla stipulazione del contratto con il perfezionamento della sequenza procedimentale³⁰⁴.

La tesi in questione, parrebbe altresì suffragata dall'analisi delle norme di diritto positivo enucleate sia sul versante privatistico che costituzionale.

Sul versante privatistico si è evidenziato, infatti, che nessun soggetto, in difetto una fattispecie contrattuale che giustifichi le reciproche attribuzioni patrimoniali, può far sorgere, giusta la regola ex art. 1372 c.c., unilateralmente vincoli giuridici in capo ad un altro soggetto con il proprio comportamento negoziale, quantunque quest'ultimo sia colorato di un preciso significato impresso da una precedente intesa determinativa.

Tale considerazione parrebbe poi trovare ulteriore conforto nelle norme enucleate dal legislatore nel disciplinare le ipotesi in cui sia stato parzialmente instaurato l'assetto di interessi oggetto del costituendo programma negoziale, in forza di comportamenti posti in essere prima della interruzione del procedimento di formazione del contratto.

In particolare, si è portata ad esempio la disciplina di cui all'art. 1328 c.c. laddove se l'oblato ha iniziato in buona fede totalmente o parzialmente l'esecuzione del contratto non ancora concluso, l'eventuale revoca della proposta è di per sé efficace salvo un diritto all'indennizzo.

Anche in questo caso, infatti, ci troviamo dinanzi ad un perfezionamento della *causa contractus* tramite un ordine seriale di comportamenti procedimentali, in un'ottica di graduazione dell'impegno assunto dai contraenti.

La norma in questione costituisce infatti espressione del principio, radicato nel nostro sistema civilistico, secondo cui posto il principio di vincolatività di cui all'art. 1372 c.c. in mancanza di una regola cogente la costituzione di corrispondenti situazioni giuridiche in capo alle parti è subordinata alla compiuta realizzazione sul piano fattuale dell'assetto di interessi di fatto convenuto dalle parti.

Si è infine osservato, sul versante costituzionale, che il principio di autonomia dell'individuo, che pure ha un solido fondamento ex artt. 2,3,41, Cost., non consente, in mancanza di una *lex contractus*, che l'interesse di un soggetto

³⁰³ Tale interesse viene inteso quale interesse alla libera esplicazione della autonomia negoziale attraverso una corretta trattativa. Sul punto, C.M. BIANCA, *Il contratto, cit.*, p. 161.

³⁰⁴ In tal senso, G. PALERMO, *op.cit.*, p. 129, il quale osserva che il riflesso dello specifico affidamento delle parti che la contrattazione reale determina, è piuttosto l'interesse al contratto in sé, la cui tutela sopravanza il profilo circoscritto dell'interesse negativo, traducendosi essenzialmente, qualora intervenga una lesione per fatto imputabile all'altro paciscente, nel diritto al valore del contratto, inteso come bene suscettibile di autonoma utilizzazione, in particolare, attraverso quegli atti dispositivi successivi quali, ad esempio, la cessione del contratto ex art. 1401 ss. c.c.

resti subordinato a quello di un soggetto diverso tramite la legittimazione passiva alla altrui pretesa.

Ne deriva dunque il corollario della impossibilità di estendere la disciplina ex art. 1460 c.c. al negozio configurativo, atteso che nel caso in esame difetta quell'elemento di doverosità che dovrebbe connotare i comportamenti negoziali attuativi posti in essere nelle more della sequenza procedimentale³⁰⁵. Né tale impianto parrebbe smentito dalla possibilità di una intervenuta esecuzione parziale delle attribuzioni patrimoniali e, quindi, di una parziale instaurazione dell'assetto di interessi nelle more procedimentali. Tale rilievo, infatti, non consentirebbe comunque il superamento del rilievo di fondo afferente al mancato perfezionamento del contratto, nella fattispecie *de qua* il contratto solutorio, che versa ancora in una fase genetica, laddove l'accordo configurativo è inidoneo a colorare di doverosità i comportamenti negoziali attuativi.

Altro indirizzo invece propugna una ricostruzione della responsabilità ex art. 1337 c.c. nell'ipotesi di violazione di regole procedimentali, in chiave contrattuale, valorizzando una differente prospettiva metodologica che non schematizza lo svolgimento del ciclo dell'autonomia privata in una rigida concatenazione di fasi, *id est* genetica ed esecutiva, rivolgendo piuttosto l'attenzione alla distinzione tra *agere* ed *actum* tra comportamento e prestazione³⁰⁶. Ciò allo scopo di valorizzare il piano dinamico ed esecutivo dell'azione e non esclusivamente quello programmatico e di spostare, quindi, l'oggetto dell'indagine sulla natura della responsabilità procedimentale caratterizzata dalla mancanza di un'attività riconducibile *tout court* alla prestazione, terreno di esplorazione tradizionalmente sicuro per il giurista, giusto il carattere per l'appunto procedimentale degli interessi regolamentati dall'accordo di configurazione.

Invero proprio il carattere procedimentale e strumentale di tali effetti giuridici pare infatti, seguendo tale indirizzo, sufficiente a ridimensionare le tradizionali dispute sulla possibilità annoverare la c.d. responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. nel *genus* della responsabilità contrattuale.

L'elemento baricentrico del ragionamento propugnato dalla tesi in questione è costituito, infatti, ancora una volta, dalla inattitudine del negozio configurativo a essere fonte generatrice di effetti sostanziali producendo un impegno giuridico.

Donde non è in questa sede rilevante prendere partito in termini dogmatici ed astratti sulla ricostruzione in chiave precontrattuale o contrattuale della

³⁰⁵ In tal senso, G. PALERMO, *op.cit.*, p. 134, il quale con specifico riferimento alla problematica della possibilità di ravvisare un impegno di natura obbligatoria nel preliminare ad effetti anticipati, fonda una risposta di segno negativo proprio sul tenore letterale dell'art. 2932 c.c. che esclude la possibilità di ottenere un'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, allorquando l'obbligo di concludere il contratto sia escluso dal titolo. Tali considerazioni non paiono tuttavia decisive. Giova infatti evidenziare che anche il risarcimento del danno per *dolo incidens* concerne quella parte di accordo (le condizioni diverse) che non si è perfezionato. Dunque tutela pur sempre un'aspettativa di contratto e non un contratto realmente concluso.

³⁰⁶ In tal senso, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 484 ss. il quale osserva che lo svolgimento della dinamica negoziale travalica i sicuri confini della patologia negoziale e della invalidità, illuminandosi costantemente della normativa di correttezza come normativa di azione, e di condotta giuridica in generale.

violazione delle regole procedurali, atteso che sul piano pratico operativo, la disputa in questione non determinerebbe alcun mutamento degli esiti costruttivi. Tanto l'adesione all'una che all'altra prospettiva porterebbe comunque, infatti, ad una applicazione della disciplina ex art. 1337 c.c. in guisa che, piuttosto di polarizzare rigidamente l'attenzione sulla fase procedimentale in cui si verifica la violazione, andrebbe scandagliata la natura dell'interesse protetto dalla norma procedimentale.

Dal ripristino del valore giuridico dell'*agere* procedimentale, nel senso che ogni comportamento è diretto alla instaurazione di un ordinamento e rinvia ad una norma programmatica che lo disciplina, discende, infatti, il corollario che la ricostruzione della natura della responsabilità in questione va declinata avendo riguardo alla natura degli interessi protetti dalla regola procedimentale ed alla natura del comportamento eseguito in sua violazione.

Donde piuttosto che introdurre in chiave di responsabilità una rigida cesura tra fase genetica e programmatica, evidentemente assisa su un concetto rigido di fattispecie, è preferibile introdurre una duttile impostazione che travalichi una restrizione funzionale dell'interesse alla rigida fase procedimentale cui esso si riferisce. Si evita così di radicalizzare il dibattito incentrandolo intorno ad una nozione di interesse negativo, che, sovrapponendo la natura dell'interesse e l'area del danno risarcibile, comprime ovvero, all'opposto, amplia di volta in volta eccessivamente il perimetro del danno risarcibile, tra opposte spinte interpretative estensive e restrittive .

La violazione di una regola procedimentale riguardante la fase genetica, come avviene ad esempio nel patto sulla forma, idoneo alla soluzione di delicate questioni in ordine alla prova del contratto, si riflette infatti nelle lesioni di interessi afferenti alla successiva fase esecutiva, incidendo sulla determinazione del pregiudizio economico e, quindi, delle voci di danno risarcibile. Il tutto senza caricare di toni eccessivi la disputa in ordine alla ricostruzione in termini dogmatici ed astratti della natura della responsabilità in questione³⁰⁷.

Ci troveremmo dunque dinanzi ad una responsabilità contrattuale che si atteggierebbe, più precisamente, seguendo tale impostazione, ad una tipica responsabilità da procedimento, inerente allo svolgimento di un'azione giuridica o di un altro fatto anche non programmato ex art. 1173 c.c. Il tutto nelle diverse fasi, preliminare, normativa ed esecutiva, che compongono il ciclo dell'autonomia privata. La responsabilità contrattuale, quindi, si risolve in ultima analisi in un ampio contenitore che ingloba al suo interno anche le responsabilità c.d. precontrattuali ex artt. 1337, 1338 c.c.³⁰⁸

La responsabilità in questione assume quale punto di riferimento l'assetto di interessi che si svolge nel procedimento contrattuale globalmente considerato, secondo un congegno che richiama *mutatis mutandis* l'obbligazione senza prestazione.

³⁰⁷ Si ponga ancora mente ad un'intesa contrattuale raggiunta dalle parti in ordine al perfezionamento il giorno dopo di un compromesso di vendita se *medio tempore* l'acquirente aliena il bene ad un terzo per un corrispettivo superiore al prezzo pattuito con il venditore e quest'ultimo, il giorno dopo, si rifiuta di addivenire alla stipulazione del compromesso. In tal caso si integrano gli estremi per il risarcimento di un danno nella misura del corrispettivo concordato con il terzo subacquirente.

³⁰⁸ In tal senso, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 502.

Nell'accordo configurativo infatti ci troviamo dinanzi ad una inversione della ordinaria sequenza logica che governa lo schema di responsabilità che richiama *mutatis mutandis* proprio lo schema dell' obbligazione senza prestazione.

Normalmente infatti la prestazione è un *posterius* rispetto alla sua fonte.

In tale sede, invece, l'esecuzione della prestazione *rectius* il comportamento attuativo, costituisce un *prius* rispetto alla nascita della obbligazione risarcitoria e, quindi, della responsabilità³⁰⁹.

Tale opinione merita a nostro avviso di trovare accoglimento, atteso che valorizza il primato che la sfera esecutiva assume rispetto a quella programmatica nella ricostruzione dell'operazione economica e con essa la regola che i privati si sono dati nell'esercizio del loro potere di privata autonomia.

Come abbiamo evidenziato a più riprese, infatti, in un quadro di duttile cooperazione tra fase programmatica ed esecutiva, possiamo più agevolmente ricostruire il complessivo assetto di interessi divisato dalle parti nel contesto del loro agire procedimentale, piuttosto che in una frammentazione della operazione negoziale. Non si può infatti affrontare il tema della responsabilità per violazione delle regole procedimentali, rivolgendo l'attenzione ad un solo momento di svolgimento dell'agire negoziale, concepito in un contesto avulso dall'operazione economica enucleata dai paciscenti.

Tali considerazioni trovano conferma nella prestazione in luogo di adempimento tanto nella sua versione per così dire «tipica» che nel c.d. «*pactum de in solutum dando*». Sia nell'una che nell'altra ipotesi, infatti, abbiamo visto che il procedimento solutorio imprende con il perfezionamento di un accordo configurativo che da impulso al comportamento esecutivo della prestazione dell'*aliud*, al quale imprime il valore giuridico di equipollente dell'adempimento.

Invero posto l'assunto di base secondo cui la *datio in solutum*, una volta perfezionato il procedimento di contrattazione reale, enuclea sul piano causale un regolamento solutorio rispetto al regolamento principale che ha costituito la fonte della obbligazione originaria, ci sembra fuorviante parlare di responsabilità precontrattuale per due ordini di ragioni.

Il primo ordine di ragioni si rinviene nella circostanza che la condotta contraria a buona fede, pur collocandosi topograficamente nella fase genetica di perfezionamento del negozio solutorio, per le ragioni *supra* esaminate, può ledere, tanto nella *datio in solutum* tipica che nel c.d. *pactum de in solutum dando*, una sfera di interessi che travalica l'ambito angusto della fase genetica. La condotta in questione, infatti, presenta una attitudine lesiva che travalica il *genus* del c.d. interesse negativo tradizionalmente enucleato dalla dottrina³¹⁰. Si ponga mente, ad

³⁰⁹ In tal senso, R. FRANCO, *op.cit.*, p. 501.

³¹⁰ La nozione di interesse negativo è stata elaborata da Jhering che lo ha identificato sia nelle spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia nella perdita di ulteriori occasioni per la mancata conclusione con altri potenziali stipulanti di un contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello concluso. Donde ricomprende i danni che si sarebbero evitati ed i vantaggi conseguiti con la conclusione del contratto. Per Jhering chi ha causato la invalidità del contratto colpevolmente non è tenuto a corrispondere la prestazione promessa, atteso che da un contratto nullo non sorge alcun dovere di adempimento. Piuttosto sarà tenuto a porre l'altra parte nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se non avesse

esempio, per citare un'ipotesi menzionata dalla dottrina³¹¹, all'eventualità in cui creditore e debitore si accordino prevedendo l'estinzione dell'obbligazione tramite il trasferimento di un diritto reale. In tal caso ben potrebbe verificarsi che il debitore abbia ingenerato un tale affidamento sul perfezionamento imminente del contratto traslativo, laddove poi abbia receduto ingiustificatamente dalle trattative. Orbene, qualora il creditore abbia compiuto *medio tempore* un atto di disposizione su quello stesso diritto, per un corrispettivo superiore al valore della prestazione dedotta nell'obbligazione originaria, si potrebbe ipotizzare che il

stipulato il contratto. Il danno risarcibile, quindi, non è commisurato all'interesse positivo all'esecuzione del contratto ma all'interesse negativo alla non esecuzione, ossia all'interesse negativo. Secondo l'A. quindi il criterio discretivo tra le due categorie è dato dalla circostanza che l'interesse negativo presuppone l'invalidità dell'accordo, mentre quello positivo la sua validità.

Non sarebbe invece possibile distinguere le due categorie di interessi sostenendo che nel caso di interesse negativo l'unico pregiudizio risarcibile è il danno emergente. Il danno emergente è invero costituito dalle spese sostenute in vista della stipulazione del contratto, laddove l'interesse negativo comprende anche il lucro cessante che è commisurato alla perdita di offerte favorevoli che quel soggetto avrebbe potuto accettare *medio tempore*. Sul punto, F. BENATTI, *op.cit.*, p.8, il quale si esprime criticamente osservando che si ha *culpa in contrahendo* non soltanto quando ha luogo la stipulazione di un contratto invalido, ma anche quando si è perfezionato un negozio valido ovvero non si è perfezionato alcun accordo in virtù della intervenuta interruzione delle trattative. L'A. osserva che la formula interesse negativo è una formula suggestiva che è stata recepita dal nostro diritto positivo agli artt. 1338, 1398 c.c. nonché ai § 122, 307, 309 del BGB tedesco. La dottrina tedesca, nel tentativo di enucleare nuove basi per la distinzione tra le due tipologie di interesse, ha infatti definito l'interesse negativo *Vertrauensschaden*, ovvero come danno causato dalla violazione dell'affidamento riposto da una persona nella serietà lealtà, onestà di trattare con un'altra. La tesi, osserva l'A., non appare tuttavia persuasiva, considerato che colui che attende che un soggetto compia un determinato comportamento diretto alla realizzazione di un proprio interesse, confida che quel soggetto tenga un comportamento dovuto e, pertanto, la violazione di ogni obbligo, sia esso precontrattuale che contrattuale, costituisce violazione della fiducia nell'adempimento dell'obbligo stesso. Quanto al problema della delimitazione dell'area del danno risarcibile, l'A. osserva che si tratta di una questione che deve essere risolta sulla base delle indicazioni offerte dal diritto positivo. L'opinione secondo cui il risarcimento dell'interesse negativo non può essere mai superiore a quello positivo trova riscontro contrario nell'ordinamento tedesco e nella nostra prevalente dottrina, secondo argomentazioni che non sono appieno condivisibili. Una volta preso atto, infatti, che il nostro ordinamento agli artt. 1223, 1225, 1226, 1227, c.c. recepisce la risarcibilità tanto del danno emergente che del lucro cessante, rimane priva di senso la discussione se il *quantum* del risarcimento afferente all'interesse negativo possa o meno essere superiore all'interesse positivo, atteso che saranno le norme in questione a consentire la determinazione del pregiudizio risarcibile che può anche essere uguale all'interesse positivo.

L'A. menziona l'esempio di chi abbia concluso le trattative per l'acquisto di un immobile rinviando al giorno dopo per la redazione del compromesso. Se l'acquirente ha subito venduto quel cespite ricavando un guadagno di 10 e, successivamente, il venditore non vuole più stipulare il compromesso, l'acquirente avrà diritto anche al risarcimento di 10, oltre le spese.

³¹¹ Ci si riferisce a F. BENATTI, v. nota precedente.

quantum del risarcimento del danno patito dal creditore, sia commisurato non ad un mero interesse negativo ma al valore economico di tale maggior corrispettivo.

Il secondo ordine di ragioni che depongono a favore di una responsabilità contrattuale del debitore che rifiuti ingiustificatamente, pur non essendovi alcuna doverosità, di attuare il comportamento di esecuzione dell'*aliud*, riposa a nostro avviso sulla duplice qualificazione della *datio in solutum*. Invero anche a voler aderire all'impostazione risalente che desume la natura della responsabilità dalla fase negoziale in cui essa si colloca, nella fattispecie *de qua* le conclusioni non muterebbero affatto. La violazione della buona fede è, infatti, precontrattuale, se rapportata atomisticamente al regolamento solutorio della *datio in solutum*, che è stato configurato dalle parti e non si è ancora perfezionato. E' però buona fede esecutiva, e, quindi, contrattuale, se si assume quale termine di riferimento il programma obbligatorio originario rispetto al quale la *datio in solutum* è atto esecutivo. Donde tali considerazioni ci fanno comprendere come non si possa irrigidire il dibattito intorno ad una disputa dogmatica sulla qualificazione della c.d. responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.

A prescindere dalla adesione o dal rifiuto della tesi contrattuale, sul piano pratico operativo ciò che conta è declinare il paradigma degli interessi che vengono lesi dalla violazione della regola procedimentale, tenuto conto delle concrete circostanze ed, in particolare, degli affidamenti che si sono creati *in itinere* nelle more di svolgimento del procedimento solutorio. Trova così ulteriore conferma l'assunto sostenuto nel corso della presente trattazione che la *datio in solutum*, nella sua duplice dimensione ad un tempo programmatica ed esecutiva, costituisce un autentico punto di saldatura tra le due fasi del ciclo unitario dell'autonomia privata procedimentale, che mal si presta a costituire oggetto di frammentazione.

Capitolo IV

La recente applicazione della *datio in solutum* in ambito urbanistico.

1. Rinnovata vitalità dell'istituto e perequazione urbanistica.

Sul versante applicativo, giova evidenziare preliminarmente che in tempi recenti si è registrata una crescente vitalità dell'istituto oggetto del presente lavoro.

Orbene tale circostanza si evince non soltanto dall'analisi di alcune fattispecie tradizionalmente ricorrenti nei repertori giurisprudenziali, quali, ad esempio, la *datio in solutum* di assegni bancari e circolari³¹², la revocatoria fallimentare della prestazione in luogo di adempimento intesa quale mezzo anomalo di pagamento, gli accordi sulla crisi coniugale c.d. traslativi di adempimento in un'unica soluzione della obbligazione di mantenimento, ed, infine, la c.d. *datio in solutum* testamentaria sui quali, per ragioni di brevità, non ci si soffermerà in questa sede.

Intendiamo invece rivolgere l'attenzione diffusamente, richiamando le riflessioni formulate in altra sede³¹³, su una fattispecie che, come abbiamo anticipato in apertura della presente trattazione, è stata introdotta dalla legislazione urbanistica regionale nel solco delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria formatasi in tema di espropriazione.

Si tratta più precisamente del c.d. accordo di cessione *in solutum* di beni ovvero diritti edificatori al proprietario di un fondo espropriando in luogo dell'indennizzo pecuniario.

Tale istituto si innesta in una evoluzione normativa del procedimento amministrativo, contrassegnata da un crescente vigore della capacità di diritto privato e dell'attività consensuale della P.A. In tale *iter* evolutivo, al tradizionale istituto del provvedimento unilaterale quale esplicazione esclusiva del potere autoritativo della P.A., si è affiancato un modulo privatistico consensuale ed elastico, che determina una più solida regolamentazione degli interessi in gioco.

Donde l'esercizio del c.d. potere ablatorio ha assunto progressivamente un carattere recessivo, laddove parallelamente si è registrato un crescente rilievo del c.d. potere conformativo. L'esercizio di tale potere, in quanto permeato dai valori

³¹² Si vedano Cass, 3 aprile 1998, n. 3427 secondo la quale la fattispecie integra una *datio pro solvendo*, in *Studium Iuris*, 1998, p. 998; Cass., 3 luglio 1980, n.4205, in *Giur. it.* 1981, I, 1, p. 95; *Mass. Giur. lav.*, 1980, p. 574; *Arch. Civ.*, 1980, p. 1053; *Orient. Giur. lav.*, 1981, p. 85; Cass., 21 giugno 1958, n. 2190; Cass., 24 giugno 1949, n. 1588; Cass. n.3644 del 1954, Cass. n. 437 del 1953. La dottrina ha generalmente sostenuto che la fattispecie integri una cessione di credito in luogo di adempimento che rientra nel perimetro applicativo dell'art. 1198 c.c. Si ponga altresì mente in particolare alla *datio in solutum* di titoli di credito impropri, quali il vaglia postale, che ha costituito oggetto di una consistente serie di pronunce giurisprudenziali in tema di contratto di locazione. Sul punto, Cass., 25 settembre 1998, n. 9595, in *Giur. it.* 1999, p. 1378; Cass., 3 febbraio 1995, n. 1326 in, *Giust. civ. Mass.* 1995, p. 290.

³¹³ Sul punto, D. RIVIECCIO, *La datio in solutum nella perequazione urbanistica*, cit.

della perequazione e dalla finalità di elasticità nella pianificazione, non incide, infatti, con atti autoritativi unilaterali sul contenuto essenziale del diritto dominicale. Piuttosto si traduce nel perfezionamento di atti di natura consensuale, in forza dei quali il proprietario acconsente spontaneamente alla limitazione della facoltà di trasformare l'immobile in conformità alle proprie esigenze.

In particolare la P. A. nell'ambito di tale meccanismo procede all'emanazione di c.d. norme di comparto, che contemplano meccanismi premiali e compensativi tramite i quali il pianificatore assegna a tutte le aree comprese nel medesimo comparto la stessa potenzialità edificatoria, *id est* indice territoriale di edificabilità. Il tutto ridistribuendo il carico urbanistico nel territorio.

Donde il definitivo tramonto della urbanistica tradizionale *post- vincolistica*, incardinata sul c.d. *zoning* e la nascita secondo taluni di un nuovo statuto della proprietà fondiaria che si affrancherebbe progressivamente dalle esigenze solidaristiche e di funzionalizzazione del diritto dominicale di cui all'art. 42 cost. Si assisterebbe quindi ad un ritorno ad una concezione liberale non dissimile dal modello del codice civile del 1865.

Chiarito che la figura della cessione di beni e diritti edificatori *in solutum*, si colloca dunque in una logica di revisione dell'istituto espropriativo, nel solco di una evoluzione in chiave perequativa della pianificazione urbanistica, giova evidenziare che tale linea evolutiva è stata tracciata dalla giurisprudenza della C.E.D.U., nonché dalla Corte costituzionale. Ciò è avvenuto segnatamente con la emanazione di una nota sentenza³¹⁴, in precedenza recepita dal legislatore ordinario con la l. 15 dicembre 2004, n. 308, che disciplina i vincoli di protezione del paesaggio.

In forza di tali accordi, il privato cede alla P.A. il fondo sul quale dovrà essere eseguita l'opera di pubblica utilità verso la corresponsione, in luogo dell'indennizzo di cui agli articoli 20 e 21 del D.P.R. 327/2001, di aree, beni o diritti edificatori, in precedenza acquisiti dall'amministrazione mediante i piani perequativi, di valore pari a quello del fondo su quale dovrà essere eseguita l'opera di pubblica utilità. Donde allorquando la cessione ha ad oggetto diritti edificatori, questi ultimi assumono il rango di beni in senso economico, fonti di utilità, e, quindi, autonomamente trasferibili³¹⁵.

³¹⁴ Ci si riferisce alla sentenza C. cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2597 con nota di Stella Richter; *Giur. cost.*, 1999, p. 1750; *Riv. giur. ed.*, 1999, I, p. 635, con nota di D'Angelo; *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 873 con nota di Bonatti; *Giur. it.*, 1999, p. 2155 con nota di De Marzo; *Urb. app.*, 1999, p. 712 con nota di Liguori.

³¹⁵ La nozione di bene che si assume in questa sede è, ovviamente, una nozione "a maglie larghe" che comprende al suo interno anche i diritti.

La natura del c.d. *ius aedificandi* e del connesso fenomeno di cessione di cubatura hanno costituito oggetto di un acceso dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza. Nella fase anteriore alla emanazione della legge urbanistica del 1942 e della l. 28 gennaio 1977, n.10 (c.d. Bucalossi) non si era infatti mai posto in dubbio che tale diritto costituisse una manifestazione, o comunque, una qualità del diritto di proprietà. Successivamente il legislatore del 1977 ha sostituito il termine «licenza» con quello di «concessione», che richiama una dimensione dello *ius aedificandi* integralmente rientrante nella potestà e nella discrezionalità della P.A. Il D.P.R. 327/2001 ha integralmente riformulato il testo della L. Bucalossi sostituendo il termine «concessione» con l'espressione «permesso di costruzione». Quanto alla cessione di cubatura secondo un primo indirizzo, che ha trovato scarsa adesione, recepito da una risalente pronunzia di Cass. n. 1655 del 1953, ci

Per comprendere meglio il congegno su cui è incardinato il funzionamento dell'istituto *de quo*, è opportuno a questo punto esaminare, a titolo esemplificativo, tra le esperienze normative regionali che hanno recepito l'istituto³¹⁶, la disciplina declinata dall'art. 11, l. 11 marzo 2005 n. 12 della regione Lombardia.

Il terzo comma della disposizione in commento prevede, infatti, che «*a compensazione della cessione gratuita al comune*» di aree destinate alla realizzazione di interventi pubblici o di interesse generale, possono essere attribuiti al proprietario «*aree in permuta o diritti edificatori trasferibili su aree edificabili previste dal PGT anche non soggette a piano attuativo*». Il quarto comma chiarisce che i diritti edificatori ricevuti in compensazione, alla stregua di quelli attribuiti dal piano perequativo, sono pienamente commerciabili. Donde il proprietario che li ha ricevuti in compensazione può cederli a terzi ovvero può teoricamente ritrasferirli anche agli stessi promotori del piano attuativo dai quali provengono, di talchè l'operazione verrebbe a risolversi, se le due cessioni sono contestuali, in una sostanziale attribuzione ad opera dei promotori di un somma di danaro a titolo di indennizzo al proprietario espropriato³¹⁷.

La dottrina ha opportunamente evidenziato le lacune e le incongruenze che connotano la disciplina *de qua*. Si ponga mente, in particolare, all'ossimoro «*cessione gratuita dietro compensazione*», adoperato dal legislatore per definire l'istituto. E' di palmare evidenza, infatti, la discrasia intercorrente, sul piano

troveremo dinanzi alla costituzione di un diritto di superficie. Altra opinione, sostenuta da Cass. n. 2235 del 1972, ritiene che si tratti di una sorta di rinuncia abdicativa. Devono poi essere segnalate le teorie che la costruiscono come rinuncia traslativa ad edificare, negozio sottoposto a condizione, quelle che si richiamano alla presupposizione ed infine quelle che configurano una cessione di contratto. Sul punto, F. PATTI, F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 3, 2001, p. 1676 ss. La *vexata questio* ha trovato, forse, parziale soluzione con la emanazione del D.L., 13 maggio 2011, n.70 che, per garantire certezza alla circolazione dei diritti edificatori, ha novellato l'art. 2643 c.c. aggiungendo un comma 2 *bis* che prevede la «*trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*». Si è infatti osservato in dottrina che il legislatore ha adoperato l'espressione «*diritti edificatori*» in luogo di «*cubatura o volumetria*», quasi a voler sottolineare un ambito di applicazione tipicamente privatistico dell'istituto, che travalica l'area del diritto urbanistico. Sul punto, M. CEOLIN, in *Studium Iuris*, 2011, 12, p. 1265. Per una analitica trattazione del tema in questione si veda S. MEUCCI, *La Circolazione dei diritti edificatori*, in *Persona e Mercato*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2012.

³¹⁶ Si ponga mente agli artt. 33 – 34, l. r. Basilicata 11 agosto 1999, n. 23; art. 14, l.r. Puglia, 27 luglio 2001 n. 20; art. 7, l.r. Emilia Romagna, 24 marzo 2000 n. 20; art. 54, l.r. Calabria, 16 aprile 2001, n. 19; art. 35, l.r. Veneto, 23 aprile 2004, n. 11; art. 32 e ss., l.r. Campania, 22 dicembre 2004, n. 16; art. 60, l.r. Toscana, 3 gennaio 2005, n. 1; art. 29, l.r. Umbria, 22 febbraio 2005, n.11; art. 11, l.r. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12; art. 31, l.r. Friuli Venezia Giulia, 23 febbraio 2007, n. 5; ed, infine, le l. prov. aut. di Bolzano del 2 luglio 2007 che ha apposto in novella l'art. 55 *bis* alla l. 13/97, nonché la legge prov. aut. di Trento, 4 marzo 2008.

³¹⁷ In tal senso, E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale per il governo del territorio*, in *Il governo del territorio in Lombardia dopo il testo unico regionale*, a cura di A. Mandarano, diretto da F. Caringella, G. De Marzo, Milano, 2007, p.232

concettuale, tra la nozione di gratuità e la previsione di un'attribuzione patrimoniale che il proprietario riceve quale corrispettivo della cessione³¹⁸. Discrasia ancor più evidente se si confronta la locuzione *de qua* con la formulazione adoperata dalla legge sull'espropriazione emanata dalla regione Puglia che, più correttamente, parla di «*attribuzione compensativa in luogo dell'indennità spettante per l'espropriazione*».

Peraltro il legislatore regionale, probabilmente influenzato dal dettato dell'art. 1 bis l.241/90, ha reso non obbligatoria, ma facoltativa, la cessione *de qua* in guisa che ci si è interrogati sull'ampiezza del potere discrezionale della P.A., ed, in particolare, sulla eventuale responsabilità del funzionario che opti per una soluzione compensativa, più onerosa per l'amministrazione rispetto alla procedura espropriativa. Infine, il dato normativo è lacunoso laddove tace sulla forma giuridica che dovrà rivestire l'offerta, su quale fase del procedimento dovrà intervenire, nonché su quali siano i rimedi fruibili dal proprietario nell'ipotesi in cui la proposta sia incongrua ovvero l'attribuzione traslativa sia inesatta³¹⁹.

L'analisi dell'istituto, che ricade pacificamente nella disciplina degli accordi atipici ex art. 11 l. 241/90, non sfugge, ovviamente, alla *vexata quaestio* afferente alla qualificazione quale contratto di diritto privato (nel caso di specie *datio in solutum*) ovvero provvedimento, tema che avremo cura di esaminare tra breve

Invero la fattispecie, che si colloca in una posizione antagonista rispetto al tradizionale esercizio del potere ablatorio, si pone in rapporto di contiguità con lo schema legale tipico della cessione sostitutiva di esproprio.

Regolamenta infatti a nostro avviso, la fase esecutiva dell'adempimento dell'obbligazione di indennizzo mediante un meccanismo, che come vedremo, è felicemente coincidente con lo schema della *datio in solutum*.

E' quindi opportuno, al fine di chiarire se la disciplina della *datio in solutum* sia applicabile all'istituto *de quo*, articolare l'indagine su un duplice versante analizzando per un verso preliminarmente la natura ed i caratteri della cessione sostitutiva di esproprio e, per altro verso, il suo rapporto con gli accordi atipici ex art. 11 l. 241/1990

2. La cessione sostitutiva di esproprio tra provvedimento amministrativo e contratto antecedentemente all'art. 11 L. 241/90.

Si è evidenziato che l'evoluzione della pianificazione urbanistica è contraddistinta dalla progressiva espansione dei poteri conformativi della P.A., esercitati prevalentemente tramite lo strumento negoziale, nonché da un ricorso recessivo ai poteri espropriativi.

In questa chiave evolutiva si colloca l'introduzione dell'art. 12 comma 1, l. 865/1971, successivamente trasfuso nell'art. 45 del D.P.R., 8 giugno 2001, n. 327³²⁰ che ha enucleato la c.d. cessione volontaria in corso di esproprio, quale

³¹⁸ In tal senso, E. BOSCOLO, *op.cit.*, p. 230.

³¹⁹ In tal senso, E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, p. 231. Ad alcuni i questi interrogativi si cercherà di dare una risposta *infra* nel proseguo della trattazione.

³²⁰ L'art. 45, D.P.R. 327/2001, come modificato al d.lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, enuclea il «diritto» del proprietario a stipulare un «atto di cessione» anche «pro quota» in un arco temporale compreso tra la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e

modulo di chiusura consensuale del procedimento ablatorio³²¹. Si tratta, come è noto, di un istituto intermedio tra il tradizionale esercizio del potere ablatorio, sottoposto integralmente alla disciplina pubblicistica, e l'alternativo ricorso al contratto di compravendita, che, per sua natura, fatta salva l'applicazione delle norme dettate per il procedimento ad evidenza pubblica, soggiace, ovviamente, alla disciplina civilistica³²².

La qualificazione dogmatica dell'istituto ha ingenerato sin dai suoi albori un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, divise tra i fautori della natura c.d. pubblicistica ed i sostenitori di quella privatistica della fattispecie³²³, non essendovi, segnatamente nel periodo anteriore all'introduzione dell'art. 11 l. n. 241/1990, chiari indici normativi di riferimento.

I fautori della tesi pubblicistica, sostenuta sin da tempi remoti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione³²⁴, polarizzavano l'attenzione sulla

l'esecuzione del decreto di espropriazione. L'art. 20 del T.U. contempla la possibilità che il proprietario espropriando, nei trenta giorni successivi alla notificazione dell'atto che determina in via provvisoria la misura dell'indennità, comunichi con dichiarazione irrevocabile la condivisione della determinazione della indennità di espropriazione. Successivamente al perfezionamento degli accordi sull'indennità ed al deposito della documentazione attestante la piena e libera proprietà del bene, avviene la stipula di un «atto di cessione del bene». Il legislatore adopera in questa sede l'espressione *diritto* per qualificare la posizione giuridica del proprietario, confermando l'opinione, sino a quel momento espressa dalla dottrina dominante, che aveva ascritto il diritto *de quo* nel novero dei diritti potestativi. Si è tuttavia osservato che tale opinione andrebbe rivista, atteso che dal tenore letterale dell'art. 45 non pare evincersi il dispiegamento immediato dell'effetto traslativo per effetto della dichiarazione del privato. Più propriamente si tratterebbe di un diritto di credito alla prestazione del consenso, al quale corrisponde specularmente, analogamente a quanto avviene in tema di stipulazione del contratto preliminare, un correlativo obbligo alla stipulazione in capo al beneficiario dell'espropriazione. Potrebbe quindi suggerirsi, come si vedrà meglio *infra*, l'applicazione del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. Quanto alla espressione *atto* adoperata in luogo di quella precedente *accordo*, la dottrina esclude tendenzialmente che il legislatore abbia inteso ricondurre l'istituto ad un esercizio di poteri pubblicistici. Piuttosto taluni autori ritengono che il legislatore abbia inteso distinguere la fattispecie *de qua* dagli accordi ex art. 11, l. 241/90, laddove altri ritengono che si sia voluta polarizzare l'attenzione sull'elemento terminale della sequenza procedimentale in cui si sostanzia l'istituto. Sul punto, C. GALLUCCI, (voce) *Espropriazione per pubblico interesse La cessione volontaria*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 2005, p.8-9.

³²¹ Come osservato in dottrina, antecedentemente alla introduzione dell'art. 11 l.241/90, la possibilità di chiudere il procedimento mediante accordi è stata per lungo tempo ignorata dalle pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle ipotesi tipiche della cessione sostitutiva di esproprio e delle convenzioni di lottizzazione. Con l'entrata in vigore della disciplina degli accordi, è venuto meno il principio di tipicità dell'accordo sostitutivo. Sul punto, P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009, p.74.

³²² In tal senso, G. FILANTI, *La cessione sostitutiva d'esproprio*, Milano 1990, p. 7.

³²³ In tal senso, G. FILANTI, *op.cit.*, p. 8, il quale rileva che non si tratta in realtà di una vera e propria disputa, atteso che le ricostruzioni proposte sono talmente distanti tra loro da precludere un autentico confronto dialettico.

³²⁴ La giurisprudenza, non senza contraddittorietà, per un verso nega la natura privatistica dell'istituto e, per altro verso, applica ad esso la disciplina civilistica del contratto. In tal

dichiarazione di pubblica utilità promanante dalla autorità amministrativa³²⁵. In tale ottica, qualificavano l'istituto *de quo*, con diverse sfumature, quale contratto di diritto pubblico o con oggetto pubblico, diretto a regolamentare gli effetti patrimoniali del provvedimento ablatorio. Il tutto nell'alveo di un rapporto giuridico di cui solo la P.A. può disporre con l'esercizio della propria potestà. In altre parole, si tratterebbe di un contratto integrativo del procedimento ablatorio con funzione ed effetti omologhi a quelli del decreto di espropriazione. La P.A. valterebbe, quindi, di volta in volta, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, se sia opportuno adoperare per il perseguimento del medesimo risultato finale il provvedimento amministrativo, ovvero, in alternativa, sostituirlo, corroborarlo od integrarlo con lo strumento contrattuale, che, per sua natura, denota maggiore elasticità. Tale soluzione, tuttavia, non sfugge alla rigida alternativa tra contratto di diritto pubblico e vendita, come si evince dalla circostanza che la giurisprudenza, coerentemente con le proprie premesse, sostiene la necessità che l'interprete, con apprezzamento delle circostanze del caso, qualifichi di volta in volta la fattispecie applicando le comuni regole civilistiche dettate in tema di interpretazione del contratto³²⁶. Peraltro la nozione

senso, Cass., 22 maggio 2009, n. 11955, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 5, c. 811; Cass., 22 maggio 2007, n. 11843, in *Giust. civ. Mass.* 2007, c. 5; secondo la quale a seguito della emanazione della sentenza della C. cost. n. 223 del 1983, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2538.; *Foro it.*, 1983, I, p. 2057; *Giur. cost.*, 1983, I, p. 133, che ha dichiarato illegittimi i criteri di determinazione del prezzo in caso di cessione volontaria, si ravvisano gli estremi nullità parziale ex art. 1419 co 2 c.c. della clausola determinativa del *quantum* di indennizzo; Cass. S. U., 19 dicembre 2007, n. 26732, in *Giust. civ. Mass.* 2007, c. 12, *Foro Amm. C.st.*, 2008, 2, I, p. 356; secondo la quale l'inadempimento dell'espropriante è un fatto generatore di responsabilità contrattuale che comporta l'obbligazione di risarcimento del danno secondo le regole proprie della risoluzione del contratto di vendita per inadempimento del compratore, con la conseguente inapplicabilità dei parametri previsti dal comma 7 bis dell'art. 5 bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359; Cass., 27 settembre 2006, n. 21019, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, I, p. 560, che propugna l'applicazione all'istituto della forma scritta *ad substantiam*; Cass., 3 luglio 2001, n. 8970, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, c.1318, Cass., 29 gennaio 1997, n. 922, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1854; Cass., 12 gennaio 1988, n.144, in *Riv. giur. ed.* 1988, I, p. 340; Cass., 5 febbraio 1977, n. 500, in *Foro it.* 1977; Cass. 30 giugno 1960, n. 1723, in *Giur. it.* 1961, I, 1, c. 27; Trib. Napoli, 14 maggio 1984, n. 4252, in *Arch. C.E.D. Corte Cass.* Sul punto, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 8.

³²⁵ L'art. 8, co1 lett. b, D.P.R. 380/2001 sancisce che il decreto di esproprio non può essere emanato se non preceduto da una dichiarazione di pubblica utilità. Il legislatore ha generalizzato al successivo articolo 12 la c.d. dichiarazione di pubblica utilità implicita, stabilendo che si intende disposta quando sia stato adottato uno degli atti indicati all'interno di un' ampia elencazione contenuta nella disposizione. A titolo esemplificativo, si ponga mente all'ipotesi in cui l'autorità espropriante approvi il progetto definitivo dell'opera pubblica o di pubblica utilità, ovvero all'ipotesi in cui siano stati approvati un piano particolareggiato, un piano di lottizzazione od un piano di recupero. Sul punto, C. GALLUCCI, *op.cit.*, p.5.

³²⁶ In tale ottica l'interprete deve indagare, adoperando i criteri di interpretazione soggettiva ed oggettiva del contratto, la comune volontà delle parti evincibile dal significato complessivo dell'operazione, in guisa da comprendere se abbiano inteso stipulare un contratto di compravendita ovvero perfezionare un contratto di cessione volontaria. Sulla necessità di un'indagine concreta, Cass., 22 maggio 2009, n. 11955 *cit.*;

di contratto sostitutivo od integrativo assume un valore meramente descrittivo del rapporto intercorrente con il provvedimento, laddove, come è noto, i contratti possono essere classificati unicamente secondo la tradizionale dicotomia tipici - atipici³²⁷.

Parte della dottrina, nel tentativo di conciliare la necessità di cura dell'interesse generale con la pariordinazione delle parti nel contratto di diritto privato, ha parzialmente riformulato la teoria del contratto di diritto pubblico³²⁸. Sul piano funzionale la principale argomentazione su cui si regge l'indirizzo *de quo*³²⁹ è costituita dal dogma della inattitudine del contratto di diritto privato, giusta la pariteticità delle parti, a garantire il perseguimento dell'interesse generale. Quest'ultimo, infatti, verrebbe frustrato dal potenziale esperimento di rimedi caducatori propri della disciplina civilistica quali le azioni di rescissione e di risoluzione³³⁰. Ne deriva una ricostruzione sovrastrutturale dell'istituto quale «*modulo convenzionale pubblicistico*», nel senso che l'accordo produrrebbe effetti in forza di un atto di adesione della P.A., alla quale dovrebbe essere definitivamente imputata la produzione di tali effetti³³¹. Tale assunto parrebbe

sulla necessità di un'applicazione degli ordinari criteri ermeneutici dell'interpretazione, Cass., 12 agosto 1995, n. 8866, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1521.

³²⁷ In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 50, il quale osserva che la P.A. potrebbe altresì optare, con soluzioni di diversa graduazione, per un'integrazione del provvedimento con un contratto c.d. accessivo, ovvero potrebbe stipulare un contratto ausiliario ad un provvedimento emanato successivamente. L'A. critica il rilievo dogmatico delle qualificazioni «*accessivo, sostitutivo ed ausiliario*», atteso che non designano la natura del contratto, ma si limitano a descrivere il nesso che lega quest'ultimo al provvedimento finale. E' preferibile, quindi, classificare i contratti secondo le categorie tradizionali dei contratti tipici ed atipici, in guisa che, nel caso di specie, la cessione integrerebbe una vendita.

³²⁸ Sulla teoria del contratto ad oggetto pubblico si veda P. VIRGA, (voce) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico. Contratto (dir. amm)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1965; Si è osservato che tale teoria andava incontro alla contestazione che se l'oggetto è un'attività pubblicistica, indisponibile per i privati, dovrebbe applicarsi integralmente la disciplina pubblicistica. Donde sarebbe precluso alla P.A. utilizzare il contratto di diritto comune per generare rapporti bilaterali o reciproci con i privati. In tale ottica il contratto *de quo* andrebbe incontro alla sanzione della nullità per impossibilità ovvero illiceità dell'oggetto di tali accordi. La riformulazione della teoria tradizionale del contratto con oggetto pubblico ha prestato il fianco a numerosi rilievi critici. In particolare è stato evidenziato che lo schema strutturale delineato non si attaglia all'istituto in esame, atteso che il legislatore non ha previsto alcuna adesione da parte della P.A. alla convenzione. Parimenti non è configurabile alcuna revoca di una fattispecie ad effetti istantanei quale è la cessione. La revoca, infatti, non potrebbe assolutamente incidere sull'effetto traslativo, una volta dispiegatosi. In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p.53.

³²⁹ In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 38.

³³⁰ Alcune pronunce giurisprudenziali, definite empiriche dalla dottrina, sono giunte a relativizzare l'inquadramento dogmatico proprio in funzione della disciplina in concreto applicabile. Ci si riferisce in particolare a Cass., 29 gennaio 1997, n. 922 *cit.*; Cass., 3 luglio 2001, n. 8970, *cit.*, che fanno convivere l'assunto dell'assoggettabilità della cessione alla azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. con l'applicabilità dell'istituto della retrocessione. Sul punto, C. GALLUCI, *op.cit.*, p. 9.

³³¹ Si è peraltro osservato che il perseguimento del pubblico interesse in tali contratti, si esplica nel riconoscimento alla P.A. di poteri speciali di vigilanza e controllo, quali

trovare conforto nella comparazione della cessione sostitutiva con i contratti stipulati dalla P.A., nell'esercizio della sua capacità negoziale di diritto privato, ad esito del procedimento ad evidenza pubblica³³².

Si è tuttavia osservato criticamente che la ricostruzione dell'istituto quale contratto di diritto pubblico, inteso quale modalità alternativa di esercizio della potestà della P.A., determinerebbe una macroscopica incongruenza sistematica, in quanto all'estinzione del diritto del proprietario effettivo e dei diritti di terzi sul medesimo cespite, non corrisponderebbero quelle particolari tutele enucleate dal legislatore per il procedimento ablatorio, quali, ad esempio, la possibilità di far valere le proprie ragioni in sede di opposizione alla stima. Parimenti si determinerebbero illogicità ed incongruenze nell'ipotesi in cui il soggetto legittimato ad esercitare il diritto soggettivo al perfezionamento dell'accordo di cessione pur risultando proprietario nei registri catastali, non sia proprietario effettivo³³³.

Una parte della giurisprudenza amministrativa³³⁴ e la dottrina che, per converso, consideravano irrilevante la circostanza che l'accordo intervenisse successivamente alla dichiarazione di pubblica utilità, qualificavano l'istituto quale contratto di compravendita, relegando il procedimento espropriativo al rango di mero motivo, ovvero, secondo altra ricostruzione dogmatica, a mera circostanza oggetto di presupposizione.

Trovarebbero pertanto integrale applicazione i rimedi privatistici quali la risoluzione e la rescissione e non si estinguerebbero gli eventuali diritti dei terzi³³⁵. Per converso, non troverebbero applicazione le norme sulla espropriazione ed, in particolare, nell'ipotesi di omessa esecuzione dell'opera, l'istituto della retrocessione³³⁶.

E' di palmare evidenza, come osservato in dottrina, che un'impostazione siffatta si presenta aprioristica, poiché si regge sull'apparente postulato della natura contrattuale dell'istituto, che, non soltanto è tutt'altro che dimostrato, ma costituisce paradossalmente proprio l'oggetto della *vexata quaestio*³³⁷.

l'approvazione delle varie fasi del procedimento, nonché poteri speciali quali quello di recesso dal contratto di appalto, il potere di revoca della concessione cui accede il contratto, la dichiarazione di decadenza dell'atru contraente. Posto che nella disciplina della cessione sostitutiva di esproprio non sono contemplati tali poteri, la giurisprudenza giunge ad una soluzione di compromesso che attribuisce all'istituto la grigia qualificazione di contratto di diritto pubblico, in guisa da renderlo il più possibile lontano dalla nozione di contratto enucleata all'art. 1321 c.c. Sul punto, G. FILANTI, *op.cit.*, p. 53.

³³² Sul punto, G. FILANTI, *op.cit.*, p.41.

³³³ Su tutti, G. FILANTI, *op.cit.*, p. 46.

³³⁴ Per la giurisprudenza amministrativa si veda Cons. st., 22 luglio 2010, n. 1, in *Foro Amm. C.st.*, 2010, 7-8, p. 1434; in senso contrario alla qualificazione privatistica, Cons. st., 19 febbraio 2007, n. 874, in *Foro amm. C.st.*, 2007, 2, p.486; *Riv. giur. edilizia*, 2007, 3, I, p. 1086 che qualifica l'istituto quale contratto con oggetto pubblico.

³³⁵ Proprio l'estinzione dei diritti dei terzi, quale effetto pregiudizievole determinato dal perfezionamento dell'accordo *de quo*, costituisce uno dei principali rilievi critici formulati avverso tale teoria.

³³⁶ L'art. 45, D.P.R. 380/2001 ha ammesso *apertis verbis* la possibilità per l'espropriato di ricorrere alla retrocessione allorquando ne ricorrano i presupposti. Sul punto, GALLUCCI, *op.cit.*, p. 9.

³³⁷ In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p.55.

Peraltro, come si vedrà meglio *infra*, l'aspetto più fragile della teoria contrattualprivatistica è dato dalla circostanza che non si è spinta, in coerenza con le proprie premesse dogmatiche, fino a negare la sussistenza di un rapporto oggettivo tra la cessione ed il procedimento ablatorio. Piuttosto predilige formule edulcorate quali «*inserimento ed ambientazione del contratto nel procedimento*» ovvero di «*contratto ausiliario al provvedimento*». ³³⁸

3. Segue. L'art. 11 l. 241 /90 e la cessione sostitutiva di esproprio: nuovi spunti ricostruttivi?

Come è noto, l'art. 11 l. 241/90, modificato dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha introdotto la figura dei c.d. accordi atipici c.d. sostitutivi ed integrativi del provvedimento finale. Più precisamente, in accoglimento di osservazioni e proposte presentate dai privati, l'amministrazione procedente può concludere, nel perseguimento del pubblico interesse e senza pregiudicare i diritti dei terzi, accordi atipici che determinano il contenuto discrezionale del provvedimento finale (c.d. accordo integrativo) ovvero in sostituzione di questo (c.d. accordo sostitutivo). Ci si interroga in questa sede se tale disciplina contenga o meno nuovi indici normativi di riferimento che consentano di risolvere almeno in parte la *vexata quaestio* sulla natura degli accordi sostitutivi del decreto di espropriazione. A tale scopo, quindi, è necessario indagare preliminarmente se la disciplina degli accordi atipici c.d. sostitutivi, ex art. 11 l. 241/1990³³⁹ sia, integralmente ovvero parzialmente applicabile alla cessione sostitutiva di esproprio.

Ed invero in un primo momento, è prevalsa l'opinione secondo cui gli accordi atipici c.d. sostitutivi sarebbero una sottocategoria degli accordi facoltativi, in guisa che troverebbero applicazione unicamente allorquando l'amministrazione è titolare di un'opzione alternativa tra l'esercizio del potere provvedimentale ed il perfezionamento di un accordo. L'applicazione di tale schema convenzionale andrebbe, infatti, esclusa allorquando il legislatore abbia contemplato lo strumento consensuale, non a caso definito «*accordo necessario*»³⁴⁰ quale modulo vincolato di esercizio del potere provvedimentale.

³³⁸ In tal senso, G. FILANTI, *op.ult.cit.*

³³⁹ Come è noto, la legge n. 15/2005, in un'ottica c.d. di *amministrazione di risultato*, ha ricondotto ad una dimensione atipica l'agire consensuale della P.A. eliminando l'inciso «*nei casi previsti dalla legge*», contenuto originariamente all'art. 11 comma 1 l. 241/90, in guisa che gli accordi sostitutivi hanno assunto, salvi i divieti espressi formulati dal legislatore, una portata generale che travalica i confini angusti tracciati dai tradizionali istituti della cessione sostitutiva di esproprio e delle convenzioni di lottizzazione.

³⁴⁰ Tale distinzione è stata recepita da Cass., 15 aprile 1992, n. 4572 in *Giust. civ. Mass.*, 1992, c. 4, *Giust. civ.* 1992, I, p. 2037., *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, p. 163 con nota di Pintucci; *Rass. avv. Stato*, 1992, p. 451, secondo la quale gli accordi con i quali il privato, al fine di ottenere il rilascio della concessione edilizia sui suoli di sua proprietà, si obbliga a determinati comportamenti nei confronti della P.A. o compie determinate rinunzie, rientrano nello schema del c.d. *modulo convenzionale nel procedimento strumentale all'emissione del provvedimento amministrativo*. In tale ottica non assumerebbero autonoma rilevanza rispetto al provvedimento, che resterebbe l'unica fonte

Ad ogni buon conto l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità sulla estensione della disciplina degli accordi alla cessione sostitutiva di esproprio si presenta oscillante.

Ed invero, dopo una prima fase in cui era prevalso l'orientamento favorevole a tale estensione con il conforto, peraltro, del parere reso in sede consultiva dal Consiglio di Stato³⁴¹, nonché da una consistente dottrina³⁴², il Supremo Collegio ha mutato indirizzo con un *revirement* delle Sezioni Unite nel 1994³⁴³. Successivamente si registrò per un breve periodo una linea di tendenza favorevole ad estendere il perimetro applicativo dell'istituto a tutte le principali manifestazioni delle convenzioni di diritto pubblico recepite dalla legislazione vigente o, comunque, esistenti nella prassi amministrativa³⁴⁴.

Recentemente, tuttavia, la giurisprudenza ha assunto nuovamente un indirizzo restrittivo, che, con una sentenza emanata dalle Sezioni Unite nel 2010³⁴⁵, nega l'applicazione della disciplina degli accordi atipici alla cessione atteso che, sul piano funzionale, quest'ultima costituisce un modulo alternativo e non sostitutivo di chiusura del procedimento ablatorio³⁴⁶. Tale impostazione suscita perplessità poichè, spingendosi oltre un rigido formalismo terminologico, tanto nella cessione che negli accordi atipici, è di palmare evidenza che ci troviamo sostanzialmente dinanzi alla sostituzione del provvedimento finale (costituito, nel caso della cessione, dal decreto di espropriazione) con un accordo perfezionato tra privato e P.A.³⁴⁷.

di regolamento degli interessi in gioco. Gli accordi facoltativi, quindi, non sarebbero dei veri e propri contratti. Sul punto, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 156.

³⁴¹ Ci si riferisce al parere sulla l. 241/90 espresso in sede consultiva dal Consiglio di Stato nella Ad. Gen n. 7 del 1987; si veda anche Cons. st., 25 novembre 1991, n. 969, in *Foro Amm. Cons. st.*, 1991, I, p. 1678. Sul punto, G. GRECO, *op. cit.*, p. 156.

³⁴² Sul punto, G. GRECO, *op. ult. cit.*

³⁴³ Cass. S. U., 4 novembre 1994, n. 9130, in *Giust. civ., Mass.*, 1994, p. 1324.

³⁴⁴ In tal senso, su tutte, Cass. S. U., 29 agosto 1998, n. 8593, in *Giust. civ., Mass.* 1998, c. 1805; *Urb. app.*, 1998, p. 1195.

³⁴⁵ Cass., S. U., 6 dicembre 2010, n. 24687, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 12, p. 1572.

³⁴⁶ Il Supremo Collegio osserva che «*la cessione volontaria degli immobili assoggettati ad espropriazione e la determinazione amichevole della relativa indennità non possono derogare in alcun modo dai prestabiliti parametri legali, e che la funzione stessa di tale cessione e quella di rappresentare un modo tipico di chiusura del procedimento di esproprio, secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della cessione volontaria rispetto al decreto ablatorio, e non già di mera "sostituzione" di questo che ne consenta l'inquadramento tra gli accordi sostitutivi di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 11, comma 1 i quali sono liberi nell'an e nel quomodo, a differenza degli accordi espropriativi che sono, invece, liberi soltanto nell'an*».

³⁴⁷ La pronuncia pare condizionata dalle successive considerazioni di ordine processuale. Muovendo dal noto principio *lex specialis derogat legi generali*, il Supremo Collegio afferma, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario e, più precisamente, la competenza funzionale della Corte d'appello in tutte le controversie sorte in sede di determinazione dell'indennizzo. Trattandosi di procedimento speciale, infatti, il criterio di riparto della giurisdizione originariamente previsto all'art 19, l. 22 ottobre 1971, n. 865, non sarebbe stato scalfito dalla successiva introduzione dell'art. 11 l. 241/90, che contempla la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'orientamento giurisprudenziale in

Peraltro, come opportunamente osservato dalla dottrina³⁴⁸, che tradizionalmente ha sempre indicato per antonomasia, quale esempio di accordo ex art. 11, proprio la cessione sostitutiva di esproprio, l'indirizzo *de quo* svilisce il rilievo e la portata applicativa degli accordi relegandoli al rango di «*procedimento virtuale*»³⁴⁹. Piuttosto pare preferibile un' applicazione *in parte qua* della disciplina ex art. 11 l.241/90 alla cessione sostitutiva di esproprio, nei limiti di quanto non sia espressamente disciplinato dalle norme speciali dettate dal D.P.R. 327/2001.

E' noto, infatti, che il principio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, come si evince dal tenore dell'art. 15 c.p., si esplica su un piano squisitamente applicativo e non già di validità ed efficacia delle norme giuridiche, in guisa che la norma generale si applica, comunque, a quegli aspetti di disciplina non espressamente regolati dalla norma speciale³⁵⁰. Ed infatti il legislatore non ha fornito alcuna indicazione sulle norme applicabili alla fase esecutiva della cessione, limitandosi a dettare una scarna disciplina tutta incentrata sugli aspetti procedurali afferenti alla fase programmatica dell'accordo e, segnatamente, agli artt. 20 ss. al procedimento di determinazione della indennità sostitutiva. L'unica eccezione è data dall'art. 25 del T.U., in forza del quale gli effetti della cessione non vengono meno neppure se l'acquirente non corrisponde l'indennizzo nei termini concordati. Con ciò stabilizzando in sede di esecuzione dell'accordo

commento suscita, quindi, perplessità atteso che si basa su un'impostazione metodologica che trae surrettiziamente conseguenze di ordine sostanziale da norme di carattere squisitamente processuale.

³⁴⁸ In tal senso, G. GRECO, *op. cit.*, p.157.

³⁴⁹ Secondo C. GALLUCCI, *op.cit.*, pp. 3-9, il testo vigente dell'art. 45, D.P.R. 327/2001, sembra risolvere almeno in parte alcuni dei problemi posti dall'istituto. In particolare l'art. 45 prevede che l'accordo di cessione volontaria possa concludersi tra il proprietario ed il soggetto beneficiario, con ciò ribadendo implicitamente che quest'ultimo possa essere anche un soggetto privato. Donde l'accordo potrebbe essere stipulato anche da due parti private in armonia con il dettato dell'art. 1, d.lgs. 327/2001, il quale sancisce che il T.U. regola l'espropriazione di beni immobili o di diritti immobiliari relativi alla esecuzione di opere pubbliche anche a favore dei privati. Sarebbe pertanto arduo ascrivere l'istituto nel novero degli accordi ex art. 11 l.241/90. Si tratterebbe comunque, secondo l'autore, di un indice normativo rivelatore di una *ratio legis* diretta a svalutare i profili soggettivi nell'ambito di un'attività sostanzialmente amministrativa.

³⁵⁰ Per l'applicazione del principio di specialità, si ponga mente, a titolo esemplificativo, all'art. 46 co 3, D.P.R. 327 del 2001 che, per un verso, enuncia il principio in forza del quale «*l'accordo di cessione produce gli stessi effetti del decreto di esproprio*» e, per altro verso, «*che non li perde se l'acquirente corrisponde la somma entro il termine concordato*». Nessuno può dubitare che si tratti di una norma speciale, derogatoria rispetto al regime giuridico di cui all'art. 11 e destinata, quindi, a prevalere. Analogo ragionamento può operarsi con riferimento alla circostanza che la cessione può pregiudicare, a differenza degli accordi sostitutivi, i diritti dei terzi, dispiegando un effetto estintivo dei diritti reali e personali sul bene trasferito. Ulteriore elemento specializzante, che, lungi dal confutare la ricostruzione qui proposta, ne costituisce una conferma, risiede nella circostanza che parte della cessione sostitutiva può essere non soltanto la P.A., ma anche un concessionario.

l'acquisto del diritto dominicale in capo al c.d. beneficiario ed escludendo la possibilità per l'espropriato di esperire il rimedio risolutorio ex art. 1453 c.c.³⁵¹.

In definitiva, quindi, per colmare le lacune insite nella disciplina speciale, è opportuno fare riferimento all'art. 11 comma 2, l. 241/90, che rinvia *apertis verbis* ai principi dettati dal codice civile in tema di obbligazioni e contratti, nonché all'art. 1 comma 1 *bis*, in forza del quale la P.A., allorquando pone in essere atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato. Su un piano pratico operativo i riflessi di tale ricostruzione si esplicano, a mero titolo esemplificativo, nella identificazione di un solido fondamento normativo della estensione alla fattispecie *de qua* dell'azione ex art. 2932 c.c. con la quale l'espropriato potrebbe domandare l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo del beneficiario di concludere la cessione. Parimenti, nel silenzio del legislatore, troverebbe applicazione il principio della forma scritta *ad substantiam* ex art. 11, trovando così soluzione le problematiche afferenti alle modalità di espletamento dell'onere della trascrizione³⁵².

Peraltro se la cessione fosse integralmente avulsa dall'istituto degli accordi atipici, secondo l'impostazione condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, non sarebbe agevole rinvenire un solido fondamento normativo del contiguo istituto della cessione di diritti edificatori *in solutum* in luogo del decreto di espropriazione, diffuso nell'esperienza delle legislazioni regionali, che, come si vedrà meglio *infra*, è destinata a regolamentare proprio la fase esecutiva della cessione.

In definitiva, quindi, pare possibile rinvenire un rapporto di continenza tra gli accordi ex art. 11 e la cessione sostitutiva di esproprio, valorizzando l'introduzione ad opera del legislatore del 2005, dell'art. 1 comma 1 *bis* della l. 241/90 che, per quanto attiene alla disciplina di tutti gli atti di natura non autoritativa adottati dalle P.A., tra i quali può annoverarsi tanto la cessione sostitutiva di esproprio che gli accordi di cui al successivo art. 11, rinvia alle norme di diritto privato nella misura in cui non sia diversamente previsto dalle norme di settore. In tale ottica, si può ricostruire il sistema come incardinato su tre cerchi concentrici, e, più precisamente, una prima macrocategoria costituita dagli atti di natura non autoritativa emanati dalla P.A., un secondo *genus* costituito dagli gli accordi atipici ex art. 11 l.241/90 ed un terzo cerchio costituito dalla cessione sostitutiva di esproprio e dagli accordi di trasferimento dei diritti edificatori *in solutum*³⁵³.

³⁵¹ Sul punto, C. GALLUCCI, *op.cit.*, p. 9. Si ponga altresì mente alla disciplina della retrocessione di cui agli artt.46-48, afferente all'ipotesi in cui la P.A. non abbia eseguito in tutto o in parte l'opera pubblica o di pubblica utilità.

³⁵² In caso contrario l'accordo dovrebbe rivestire quantomeno la forma della scrittura privata autenticata da notaio o accertata giudizialmente. Sul punto, C. GALLUCCI, *op.cit.*, p. 9.

³⁵³ Analogamente, G. GRECO, *op. cit.*, p.147, che identifica una scansione gerarchica tra le norme di settore dello specifico atto convenzionale, le disposizioni contenute nell'art. 11, i principi in tema di obbligazioni e contratti e le clausole del singolo accordo. A questo schema è necessario aggiungere la categoria delle norme di diritto privato, trattandosi di atti di natura non autoritativa.

4. *Segue Nuovi spunti ricostruttivi successivamente all'introduzione dell'art. 11, L. 241/90: reductio ad unum dell'istituto?*

Una volta ricostruito il sistema degli accordi perfezionati dalla P.A. nel senso che la loro disciplina è applicabile *in parte qua* alla cessione sostitutiva di esproprio, nei limiti di quanto non è espressamente previsto dalle norme speciali, è opportuno, come già evidenziato nell'apertura del presente lavoro, dare più ampio respiro al dibattito sulla natura dell'istituto, tramite i contributi dottrinali e giurisprudenziali formati nell'ultimo ventennio sulla natura degli accordi ex art. 11 l. 241/90, che, come si avrà modo di osservare, sottendono la soluzione dei medesimi nodi logico sistematici che hanno contraddistinto il dibattito sulla natura della cessione.

Come già evidenziato in precedenza, il legislatore del '90, prima, e quello del 2005 poi, hanno introdotto nuovi indici normativi di riferimento. In particolare, vengono in considerazione il già menzionato art. 11 comma 2, in forza del quale agli accordi si applicano in quanto compatibili le norme dettate dal codice civile in tema di obbligazioni e contratti, nonché l'art. 1 *bis* della legge 241/90 apposto in novella dalla legge n. 15/2005, in forza del quale la P.A. nell'adottare atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, valorizzati dalla dottrina quali indici rivelatori della natura contrattuale degli accordi atipici.

In particolare, è significativa la circostanza che il legislatore ha sostituito all'art. 1 *bis* la pilatesca³⁵⁴ formulazione *principi*, adoperata in precedenza, che rendeva incerto il perimetro applicativo della disciplina privatistica, con la più chiara espressione *norme* in guisa che, come sarà precisato *infra* si è ritenuta ammissibile un'applicazione integrale della disciplina civilistica alla fase esecutiva degli accordi atipici³⁵⁵.

Ne deriva un rinnovato vigore della tesi c.d. panprivatistica che propugna la natura contrattuale degli accordi atipici ed aveva trovato in un primo momento il conforto di una giurisprudenza di legittimità minoritaria e risalente³⁵⁶ ed, in tempi relativamente recenti, del Consiglio di Stato³⁵⁷. L'indirizzo in commento fa leva

³⁵⁴ L'espressione è di G. GRECO, *op. cit.*, p. 101, il quale osserva come tale norma scarica integralmente sull'interprete la ricostruzione del regime applicativo dell'istituto. Non si capisce, infatti, cosa debba intendersi per «*principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti*» nonchè per «*compatibilità*», termine adoperato dal legislatore anche in altre occasioni. In ogni caso, osserva l'A., proprio il criterio di compatibilità non esclude che possano esservi delle diversità strutturali del'atto fonte. Il criterio è, infatti, adoperato dal legislatore anche all'art. 1324 c.c. in tema di negozi unilaterali, laddove sancisce l'applicazione della disciplina dei contratti in quanto compatibile.

³⁵⁵ Quantunque le norme civilistiche applicabili concretamente agli accordi si riducano, in definitiva, a quelle dettate in tema di obbligazioni e contratti. Sul punto M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, p.38.

³⁵⁶ In tal senso, Cass., 15 aprile 1992, n. 4572, in *Giust. civ.*, I, 1992, p. 2037; Cass., S.U., 24 giugno 1992, n. 7773, in *Le regioni*, 1993, p. 970; sulla ricostruzione dogmatica dell'istituto quale contratto con oggetto pubblico si veda Cons. st., 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro Amm.*, 2000, p. 891.

³⁵⁷ In tal senso, Cons. st., 20 gennaio 2000, n. 264 in *Foro Amm.*, 2000, p.114, *Riv. trim. appalti*, 2000, p. 523 con nota di Zanetti, secondo il quale «*Una volta che l'amministrazione opti per lo strumento contrattuale, in luogo di quello provvedimentale,*

su una esegesi letterale del termine «*accordi*» già adoperato dal legislatore all'art. 1321 c.c. per definire il contratto, negando che dove c'è consenso possa esserci autorità, a prescindere dalla attribuzione *ex lege* di poteri risolutivi o modificativi in capo ad una delle parti, nonché sulla qualificazione dell'istituto *de quo* quale contratto in senso tecnico³⁵⁸. Il contratto ed il provvedimento amministrativo, sarebbero pertanto fungibili in virtù della capacità di diritto privato di ogni amministrazione, che può optare alternativamente tra lo strumento consensuale ovvero l'esercizio della propria potestà provvedimentale.

Gli accordi atipici, prescindendo dalla eterogeneità ontologica delle volontà che si fondono nell'accordo, integrerebbero in altri termini una sorta di «*autoregolamento unitario*». Il termine accordo, infatti, non può che richiamare per sua natura la congruenza delle volontà delle parti, che, secondo lo schema tratteggiato all'art. 1321 c.c., sono dirette a «*costituire, regolare ovvero ad estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*».

Donde il difetto di pariteticità dei contraenti non vale ad escludere *in re ipsa*³⁵⁹ la natura contrattuale dell'istituto, atteso che le vicende giuridiche che promanano da esso incidono, in piena consonanza con la formula di cui all'art. 1321 c.c., su rapporti di contenuto patrimoniale. Ed invero, è oramai pacifica³⁶⁰, a seguito del riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità degli interessi legittimi, la rilevanza economica del provvedimento amministrativo e la sua attitudine, quindi, ad incidere su situazioni giuridiche di contenuto patrimoniale. Né tale qualificazione può essere esclusa dalla presenza di diritti potestativi unilaterali di tipo risolutivo o modificativo, quali, ad esempio, il diritto di recesso unilateralmente attribuito alla p.a. ex art. 11 co 4, l.241/90 per ragioni sopravvenute di pubblico interesse. Tali poteri, infatti, non incidono sul principio di vincolatività del contratto ex art. 1372 co 1 c.c.

Tanto basterebbe per sostenere una *reductio ad unum* degli accordi intesi quali unico atto-fonte di effetti giuridici ovvero, secondo altra definizione, *strumento paritetico di tipo negoziale*. Il tutto superando agevolmente le formule sovrastrutturali di matrice pubblicistica, già esaminate in tema di cessione sostitutiva di esproprio, che, con diverse sfumature, qualificano l'istituto adoperando categorie classificatorie incolori quale «*negozio giuridico bilaterale non contrattuale, provvedimento emanato previo atto di sottomissione del*

la stessa è vincolata al contratto, salva la possibilità di recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (ai sensi dell'art. 11 co 4 l. n. 241/90.) Comunque, finché non venga esercitato il potere di recesso, l'accordo resta vincolante e la P.A. non può assumere determinazioni unilaterali in contrasto con l'accordo stesso». Il diritto di recesso, infatti, «si esplica su un piano pattizio». Si tratterebbe, quindi, in altre parole, di un diritto di recesso non dissimile da quelle molteplici forme di recesso legale di cui è costellato l'ordinamento privatistico.

³⁵⁸ In tal senso, G. GRECO, *op.cit.*, pp.101-107, il quale osserva che, secondo l'indirizzo in commento, si tratterà di stabilire se il contratto in questione, che ha una vincolatività *rebus sic stantibus* non inferiore a quella di qualsivoglia altro contratto privatistico, costituisca una sottospecie del contratto privatistico, ovvero una *species* che si affianca al contratto ex art. 1321, appartenente ad un *genus* più ampio costituito dal contratto come «*figura generale di pensiero appartenente alle discipline giuridiche*». In tal senso, M. RENNA, *op.cit.*, p. 37.

³⁵⁹ Per un analitico esame della tesi panprivatistica si veda GRECO, *op. cit.*, pp. 104 ss.

³⁶⁰ In tal senso, G. GRECO, *op. ult. cit.*

privato», ovvero rinvergono nel consenso del privato un «atto di adesione inteso quale requisito di efficacia del provvedimento finale».

Sulla base di tali premesse, gli elementi essenziali dell'istituto *de quo*, ed in particolare, ovviamente, quello dell'accordo, richiamato dalla norma nel suo tenore letterale, coinciderebbero con i requisiti essenziali del contratto ex art. 1325 c.c.³⁶¹. La distanza tra il contratto civilistico e gli accordi di cui all' art. 11, atterrebbe, quindi, all'oggetto e non alla natura. In altre parole l'elemento discrezionale tra le due figure sarebbe dato dalla circostanza che l'oggetto degli accordi sostitutivi coincide con quello del provvedimento amministrativo. L'art. 11 ammetterebbe, quindi, per la prima volta la negoziabilità del potere discrezionale, consentendo il perfezionamento di contratti aventi ad oggetto la negoziazione della funzione pubblica³⁶².

Infine è stato valorizzato il dettato dell'art. 11, comma 4 *bis*, l. 241/90, che ha enucleato una previa determinazione della P. A., prodromica all'adozione dell'accordo, confinando così la discrezionalità della P.A. nella fase genetica, allorché viene adottata la determinazione sulla opportunità dell'accordo dallo stesso organo deputato all'emanazione del provvedimento finale³⁶³.

Si creerebbe, in definitiva, una sorta di cesura tra la fase antecedente al perfezionamento dell'accordo, governata dalle norme di diritto amministrativo³⁶⁴

³⁶¹ Una particolare attenzione, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, deve essere rivolta alla causa degli accordi *de quibus*. Quest'ultima non può, infatti, identificarsi con il perseguimento dell'interesse pubblico, che dovrebbe investire ambedue le parti nell'alveo della sintesi dei concreti interessi convenuti, secondo la nozione di causa in concreto oramai invalsa in dottrina e giurisprudenza. Donde la causa degli accordi dovrà essere indagata di volta in volta tramite un apprezzamento delle utilità reciprocamente perseguite dalle parti. Sulla nozione di causa in concreto si veda G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p.452. Come è noto, per lungo tempo era invalsa in dottrina una nozione di causa intesa come funzione economico sociale del contratto, che prescindeva dallo scopo e dalle finalità pratico economiche che le parti intendono perseguire. In tale ottica la causa verrebbe a coincidere con il tipo contrattuale. Tale impostazione risultò tuttavia insoddisfacente, poiché non riusciva a dare adeguatamente conto del fenomeno di illiceità della causa di cui all'art. 1343 c.c. Il tutto, peraltro, trascurando il concreto assetto d'interessi che, di volta in volta, anima le parti nell'ambito della singola operazione negoziale. Si è così sostituita alla concezione tradizionale una nozione di causa intesa quale ragione concreta del contratto. Oltre al requisito della causa è opportuno parimenti menzionare il requisito della forma scritta *ad substantiam*, enucleato anch'esso all'art. 1325 c.c.

³⁶² In tal senso, G. GRECO, *op.cit.*, p.146. Sulla nozione di oggetto inteso in senso sostanziale quale contenuto del contratto, adoperata in questa sede, si veda C. M. BIANCA, *op.ult.cit.*, p. 321, il quale evidenzia come il termine oggetto, nell'accezione utilizzata dal legislatore, non si limita designare i dati reali o ideali sui quali incide il contratto, ma l'intera operazione voluta dalle parti che costituisce, per l'appunto, il contenuto dell'accordo.

³⁶³ Secondo taluni autori la determinazione preliminare costituirebbe il veicolo di esplicazione della capacità negoziale della pubblica amministrazione, assimilabile alla determina di cui all'art. 192, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

³⁶⁴ La fase anteriore, infatti, assolverebbe la funzione di formalizzare l'esercizio del potere provvedimentale della P.A., in guisa da preconstituire un provvedimento, impugnabile, secondo le norme di cui agli artt. 21 *septies* ed *octies* l. 241/90, da quei terzi che assumano una violazione delle loro posizioni giuridiche soggettive.

e la fase successiva, governata dalle norme di diritto privato³⁶⁵. Si tratterebbe, in altre parole, di un indice rivelatore della tendenza evolutiva delle P.A. verso l'adozione di atti negoziali in luogo di atti di natura (non) autoritativa³⁶⁶.

La tesi c.d. pubblicistica, che nega la natura contrattuale degli accordi, dal canto suo ha polarizzato l'attenzione su quello stesso termine «*accordo*» che, per i contrattualprivatisti fonderebbe la natura civilistica dell'istituto. L'espressione «*accordo*», infatti, essendo adoperata in luogo di quella «*contratto di diritto pubblico*» sarebbe il sintomo di una *ratio legis* diretta ad attribuire natura pubblicistica alla fattispecie. In tale ottica, seguendo la medesima impostazione metodologica riscontrata nell'analisi della cessione sostitutiva di esproprio, tale opinione adopera formule descrittive sovrabbondanti e sovrastrutturali che ricostruiscono di volta in volta l'istituto quale atto amministrativo provvedimentale ovvero formule incolori dai confini incerti come «*patti*» e «*fattispecie bilaterali*» che si differenzerebbero dal contratto per la struttura dell'atto fonte, per la vincolatività degli effetti e per l'estensione.

L'argomentazione principale su cui si fonda la teoria pubblicistica è data, come già anticipato, dal difetto di pariteticità dei contraenti che interagisce con un vincolo di scopo avente ad oggetto il pubblico interesse. Quest'ultimo sarebbe sotteso tanto alla fase genetica di formazione dell'accordo che al diritto di recesso attribuito alla P.A. ex art. 11 co 4. Muovendo dall'omogeneità finalistica tra provvedimento ed accordo la dottrina in questione ritiene che la manifestazione di consenso della P.A. non sia un atto di autonomia privata ma un esercizio di potere discrezionale³⁶⁷.

³⁶⁵ In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 43.

³⁶⁶ Altri autori invece, pongono in luce le differenze tra la determinazione preventiva ex art. 11 e la determinazione preliminare nei procedimenti ad evidenza pubblica. In tale ottica ritengono che la determinazione a contrarre assuma un rilievo meramente interno, atteso che il suo autore è il responsabile del procedimento di spesa, laddove l'unico destinatario è l'organo dirigenziale, deputato istituzionalmente a manifestare all'esterno la volontà negoziale dell'ente pubblico (art. 107 co 3 l. c. del T.U.E.L.). La determina in questione assumerebbe, invece, un rilievo esterno essendo adottata dall'organo che «*sarebbe competente per l'adozione del provvedimento finale*», quantunque ciò avvenga nell'ambito di una sequenza procedimentale che si conclude con l'adozione del provvedimento finale. Tale approdo parrebbe altresì suffragato dalla considerazione che l'art. 6 comma 1, lett. e, l. 241/90 che, a riprova della rilevanza esterna dell'atto, sancisce che «*qualora l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale sia diverso dal responsabile del procedimento, egli non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*». Parimenti l'art. 11, nel suo tenore letterale, prevede che l'accordo possa essere adottato «*in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10*». Sul punto, P. D'ANGIOLILLO, *op.cit.*, pp. 124 ss.

³⁶⁷ Sul punto, G. GRECO, *op.cit.*, pp. 118-119, il quale osserva come la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico assuma un rilievo meramente formale. Ed invero, ogni qual volta il legislatore ha inteso attribuire un grado di effettività all'interesse pubblico, ha assoggettato la fattispecie negoziale al procedimento ad evidenza pubblica. Inoltre, per lungo tempo la tesi in commento aveva preso le mosse dal dettato dell'art. 1 bis, l. 241/90 che, come già evidenziato, nell'originaria formulazione rinviava all'applicazione della disciplina contrattuale, peraltro circoscritta ai soli «*principi in quanto compatibili*». La disposizione, che nella sua attuale formulazione, fa riferimento

Infine, sono stati valorizzati dall'indirizzo in commento, la previsione della forma scritta *ad substantiam* che contraddice il principi di libertà di forma di cui all'art. 1352 c.c., nonché l'ancoraggio della determinazione preliminare della P.A. ai principi di buon andamento ed imparzialità di cui all' art. 97 cost³⁶⁸. Si tratterebbe, quindi, di un accordo procedimentale al quale andrebbe riconosciuto carattere pubblicistico.

La soluzione proposta in questa sede, in ordine alla qualificazione degli accordi ex art. 11 l. 241/90 non si identifica integralmente né con la tesi panprivatistica né con la tesi pubblicistica. Tanto l'uno che l'altro indirizzo, se rigidamente intesi, risultano, infatti, insoddisfacenti, conducendo ad esiti costruttivi piuttosto incerti.

La qualificazione pubblicistica non coglie infatti nel segno quando incentra il dibattito sul vincolo di scopo dell'agire consensuale della P.A., atteso che, come opportunamente rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁶⁹, la finalità pubblicistica è presente anche negli atti di diritto comune che rimangono disciplinati dalla normativa civilistica³⁷⁰. Più precisamente, come evidenziato dall'evoluzione interpretativa della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, l'interesse pubblico si risolve sostanzialmente nel principio di

alle «*norme di diritto privato*», parrebbe infatti pleonastica se il legislatore avesse concepito l'istituto come una fattispecie di natura civilistica.

³⁶⁸ La determinazione preliminare è, infatti, strumentale al perseguimento dei principi di imparzialità e di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 cost. E' controversa in dottrina la rilevanza interna ovvero esterna dell'atto. Secondo taluni la garanzia del perseguimento di tali principi non è rinvenibile nell'atto *ex se*, ma è piuttosto necessario che quest'ultimo contenga concretamente una sintesi delle risultanze istruttorie del procedimento, senza per tale ragione porre un limite al principio di atipicità degli accordi. In tale ottica, pur nel silenzio del legislatore, si è ritenuto che la determinazione preventiva debba contenere necessariamente la motivazione dell'opzione verso lo strumento consensuale in luogo di quello provvedimentale, dando conto delle necessità di miglior cura dell'interesse pubblico e di assenza di pregiudizio dei diritti dei terzi, nonché dell'*iter* procedimentale, compresi, quindi, gli incontri tenutisi con il destinatario del provvedimento finale ovvero con gli eventuali controinteressati. In tal senso, D'ANGIOLILLO, *op. cit.*, p. 125.

³⁶⁹ In tal senso, G. GRECO, *op. cit.*, p. 118. In giurisprudenza, Cons. st., 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro Amm.*, 2000, p. 891, secondo il quale «*al soggetto pubblico non è negata la generale libertà di contrattare ai sensi dell'art. 1322 c.c., sicché esso potrà avvalersi delle figure negoziali tipiche disciplinate dal codice civile, ma potrà anche concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali*».

³⁷⁰ Come rilevato dal Consiglio di Stato, nel caso di specie, la finalità dell'atto non è elemento determinante per stabilirne la natura, essendo fungibili nel nostro ordinamento gli strumenti idonei al perseguimento di tale interesse. La finalità pubblicistica può essere perseguita, infatti, anche attraverso la diretta negoziazione del contenuto del provvedimento finale. Sul punto, G. GRECO, *op.cit.*, p. 119, il quale osserva come tale rilievo depotenzia in maniera consistente la principale argomentazione su cui si fonda la teoria pubblicistica. Ogni qual volta il legislatore ha inteso apporre ad un atto negoziale un vincolo di scopo, lo ha fatto con la previsione di una procedura ad evidenza pubblica. Al di fuori di tali procedure, il vincolo di scopo non va al di là delle finalità istituzionali proprie degli enti pubblici.

autonomia privata ex art. 1322 c.c. che costituisce lo stesso fondamento del perfezionamento degli accordi atipici ex art. 11³⁷¹.

Parimenti non sono decisivi il difetto di pariteticità delle parti che si esplica nella attribuzione alla P.A. di un potere di revoca - *rectius*: recesso unilaterale - per ragioni di pubblico interesse, in contrasto con il principio di vincolatività di cui all'art. 1372 co 1 c.c., nonché la asserita deroga al principio di libertà di forma di cui all'art. 1352 c.c.

Non v'è chi non veda, infatti, come anche il contratto privatistico sia connotato da un variegato panorama di recessi legali, accordati unilateralmente ad una parte in chiave di protezione del c.d. contraente debole (c.d. recessi di pentimento)³⁷². Del pari anche il diritto privato recepisce, tanto nel codice civile quanto nelle leggi speciali, rilevanti deroghe al principio generale della libertà di forma in chiave di protezione del contraente³⁷³.

Allo stesso modo una concezione rigidamente contrattualprivatistica che presuppone, ovviamente, un' applicazione del principio di relatività ex art. 1372 co 2 c.c., mal si attaglia agli accordi ex art. 11 ed alla cessione sostitutiva di esproprio, connotati da una ultrattività degli effetti proprio in virtù della loro istituzionale vocazione a sostituire il provvedimento finale³⁷⁴. Peraltro non può non osservarsi che l'apparente postulato della fungibilità tra provvedimento e contratto che anima la teoria in commento non da conto della circostanza che

³⁷¹ Sul punto, G. GRECO, *op.cit.*, p. 118, il quale menziona C. Cost., 2 febbraio 1990, n. 51, in *Giur. cost.*, 1990, p. 204, secondo la quale l'attività dell'ente regione non deve necessariamente rispondere alle finalità di propria competenza, ma è sufficiente un qualche rapporto di strumentalità tra tale attività e l'ente regione quale ente esponenziale; Cons. st., 7 settembre 2001, n. 4680, in *Cons. St.*, 2001, II, p. 2036, secondo il quale la formula del perseguimento dell'interesse pubblico si esplica nel realizzare interessi meritevoli di tutela non configgenti con le finalità istituzionali. Quindi in mancanza del procedimento ad evidenza pubblica l'interesse generale, se esistente, è compreso ai minimi termini, risolvendosi nel vincolo funzionale esterno dell'ente pubblico.

³⁷² Si ponga mente al recesso del committente nell'appalto (art. 1671 c.c.); del mittente nel trasporto di cose (art. 1685 c.c.), del mandante e del mandatario nel contratto di mandato (artt. 1723, 1725-1727), del committente nella commissione (art. 1734 c.c.), del mittente nella spedizione (art. 1738 c.c.), del mandante di crediti (art. 1958 c.c.), del debitore nella *cessio bonorum* (art. 1985 c.c.), del cliente nel contratto d'opera (art. 2227 c.c.) ed infine al contratto del professionista intellettuale (art. 2237 c.c.). I recessi contemplati nel codice civile hanno peraltro in comune con il recesso della P.A. ex art. 11 comma 4, l. 241/90, la previsione di un obbligo di indennizzo in capo recedente. Si ponga ancora mente alla disciplina di settore ed, in particolare, ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, che contemplano il diritto di recesso del consumatore all'art. 64 D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), ai contratti di credito al consumo di cui all'art. 125 *ter* D. Lgs 1 settembre 1993 n. 385 (c.d. T.U.B.). Sul punto, V. ROPPO, *op cit.*, p. 521.

³⁷³ Si ponga mente, a titolo esemplificativo, alla disciplina di cui all'art. 1350 c.c.

³⁷⁴ Si ponga mente, ad esempio, alla concessione edilizia che incide sulle posizioni giuridiche soggettive dei proprietari limitrofi, titolari di un interesse legittimo al rispetto delle norme urbanistiche vigenti, nonché di diritto soggettivo al rispetto dei limiti fissati ex art. 872 comma 2 c.c. in tema di distanze legali tra edifici. Per la cessione sostitutiva di esproprio la frattura appare meno profonda, atteso che gli effetti dell'accordo e non soltanto il risultato pratico, sono omologhi a quelli del decreto di espropriazione. Sul punto, GRECO, *op.cit.*, p.134.

l'accordo sostitutivo presuppone un procedimento amministrativo nel cui ambito il privato è titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, laddove il contratto, in quanto atto di autoregolamento di privati interessi, presuppone la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva di cui la parte abbia la disponibilità³⁷⁵. Proprio per tale ragione, come si è già osservato in tema di accordi sostitutivi del decreto di espropriazione, la teoria in commento non giunge, coerentemente con le proprie premesse, ad ipotizzare una secca alternatività tra provvedimento e contratto, e con formule di compromesso si trova costretta a valorizzare la necessità di un preventivo atto amministrativo assoggettato al regime pubblicistico.

In definitiva l'interprete si trova costretto ad una operazione di difficile equilibrio dogmatico, atteso che la fattispecie *de qua* vive istituzionalmente uno sdoppiamento tra provvedimento e contratto³⁷⁶ che si riflette nella tradizionale dicotomia interesse legittimo - diritto soggettivo. Tale dualismo, del resto, era stato colto dalle teorie pubblicistiche c.d. *del doppio grado, supra* menzionate, che hanno ricostruito l'istituto quale fattispecie complessa senza riuscire tuttavia ad identificare un unico atto-fonte, spingendosi oltre un modello sovrastrutturale assiso sulla distinzione ontologica tra provvedimento e contratto.

Riteniamo tuttavia che tale dualismo sia il frutto ancora una volta di una impostazione connotata da eccessivo rigore incardinata sulla nozione di fattispecie a formazione progressiva, che come abbiamo visto nel corso della presente trattazione, viene intesa quale sviluppo della posizione giuridica soggettiva nella sua dimensione statica.

E' quindi preferibile, superare il dualismo e trovare un punto di equilibrio tra il procedimento amministrativo dominato dall'interesse legittimo ed il successivo accordo sostitutivo del provvedimento finale, dominato dal diritto soggettivo, operando sul piano strutturale una ricostruzione monistica, sia della cessione sostituiva di esproprio che degli accordi amministrativi atipici ex art. 11, tra i quali rientra pacificamente la cessione di diritti edificatori *in solutum*. Tanto nell'una che nell'altra fattispecie ci troviamo infatti dinanzi ad un istituto unitario *sui generis*, distinto tanto dal contratto di diritto pubblico, inteso quale surrogato del provvedimento finale che dal contratto di diritto privato, rifuggendo così da formule sovrastrutturali, nell'ambito di una qualificazione non assoluta ma relativa.

L'istituto *de quo*, seguendo l'impostazione metodologica qui proposta, è molto vicino al c.d. negozio bilaterale c.d. «*a procedimentalità complessa*», colorato nella fase genetica da elementi pubblicistici e, quindi, autentico punto di saldatura tra diritto privato e pubblico, tra atto e rapporto. La procedimentalizzazione della fattispecie, il cui fulcro è costituito dalla manifestazione di consenso delle parti consente, infatti, di depotenziare i rilievi afferenti alla eterogeneità delle volontà, atteso che questi ultimi, costituiscono, in ogni caso, «*i frammenti di una fattispecie unitaria*»³⁷⁷.

³⁷⁵ In tal senso, G. GRECO, *op.cit.*, p.111, il quale osserva come attività amministrativa e diritto soggettivo non si concilino tra loro.

³⁷⁶ Sul punto, G. FALCON, (voce) *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 3.

³⁷⁷ L'espressione è di F. UCCELLA, (voce) *Matrimonio*, in *Enc. giur.* XIX, Roma, 1988, p. 9. Il problema di una saldatura tra diritto pubblico e privato in fattispecie dominate da un

Si tratta in altre parole di fornire una chiave di lettura dell'istituto di carattere funzionale e procedimentale, in guisa che, seguendo tale impostazione, le volontà che costituiscono l'accordo non perdono la loro identità confluendo in una sorta di «fusione a freddo» come avviene nella fattispecie a formazione progressiva. Piuttosto tali volontà eterogenee si atteggiano, come abbiamo visto, a requisiti procedimentali che cooperando funzionalmente tra loro, determinano il risultato finale che si colloca a valle del procedimento. Il tutto sorvolando, del resto, sulla oramai pacifica capacità di diritto privato della P.A.

Il perfezionamento dell'accordo è infatti preceduto da una fase genetica che partecipa dei caratteri pubblicistici tipici dell'atto amministrativo, rinvenibili quanto agli accordi ex art. 11 comma 4 l. 241/90, nella determinazione a contrarre promanante dalla P.A., negli accordi atipici e, quanto alla cessione sostitutiva di esproprio, nella dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, di talchè in questa fase il privato è titolare di una posizione di interesse legittimo.

Con il perfezionamento dell'accordo,³⁷⁸ si consuma definitivamente il potere discrezionale della P.A. di modo che la fattispecie negoziale, alla stregua di un contratto privatistico puro, è per converso governata integralmente da norme civilistiche che si riflettono nella titolarità in capo al privato di una posizione di diritto soggettivo. Tale ultimo assunto trova peraltro conforto nell'inequivoco tenore delle disposizioni di cui all'art. 1 *bis* ed 11 co 2 l.241/90, applicabili, ovviamente, secondo l'impostazione qui proposta, anche alla cessione sostitutiva di esproprio.

In consonanza con le riflessioni maturate dalla dottrina in riferimento ad altri istituti permeati da esigenze di tutela dell'interesse generale deve, infine, ritenersi che il negozio *de quo* abbia una propria causa che andrà identificata di volta in volta, secondo le note costruzioni elaborate dalla dottrina privatistica, nella sintesi dei concreti interessi divisati dalle parti *id est* causa in concreto.

5. La cessione di diritti edificatori *in solutum* e l' autonomia privata *in executivis* .

Chiarita in una prospettiva duttile e funzionale la natura della cessione sostitutiva di esproprio e la figura generale degli accordi atipici ex art. 11 l. 241/90, si può ora esaminare il loro rapporto con la cessione di diritti edificatori *in solutum*.

E' assiomatico, come abbiamo visto, che la cessione *in solutum*, ascrivibile al *genus* degli accordi ex art. 11 l. 241/1990, si colloca in quanto espressione del potere conformativo della P:A., antagonista al tradizionale esercizio del potere ablatorio, in rapporto di contiguità con lo schema legale tipico della cessione

intervento autoritativo dello Stato, non è nuovo nel nostro ordinamento, ma si è posto anche in tema di matrimonio. Quest'ultimo è connotato, infatti, da un intervento normativo del legislatore che blinda l'intera vicenda matrimoniale sin dall'origine (si ponga mente agli artt. 84 e 93 ss. c.c., nonché agli artt. 107, 122 c.c.) in guisa che ci si era interrogati se il negozio *de quo* avesse o meno una propria causa.

³⁷⁸ Come si è già osservato *supra*, nella cessione sostitutiva del decreto di espropriazione con la c.d. dichiarazione di pubblica utilità si costituisce un diritto soggettivo del privato al perfezionamento dell'accordo sostitutivo, azionabile ex art. 2932 c.c.

sostitutiva di esproprio. Assolve dunque, ribadiamo, la funzione di enucleare un regolamento solutorio che governa la fase esecutiva dell'adempimento dell'obbligazione di indennizzo. Il tutto mediante un meccanismo procedimentale che sul piano effettuale conduce alla estinzione della obbligazione originaria di indennizzo, secondo un meccanismo felicemente coincidente con lo schema della *datio in solutum*.

Riteniamo dunque che sia preferibile ai fini di una comprensione del rapporto che lega l'istituto degli accordi di trasferimento *in solutum* di aree e diritti edificatori alla cessione sostitutiva di esproprio, richiamare ancora una volta le riflessioni formulate da autorevole dottrina che si è dedicata allo studio del procedimento³⁷⁹.

Ciò allo scopo di superare la prospettiva statica della fattispecie a formazione progressiva caratterizzata sul piano strutturale e statico da una rigida contrapposizione «tra blocchi» costituiti nella fattispecie *de qua* dal programma obbligatorio contenuto nella cessione sostitutiva di esproprio e la successiva fase esecutiva in cui si colloca *prima facie* la cessione *in solutum*.

Piuttosto ci sembra opportuno cogliere l'aspetto funzionale della fattispecie *de qua* evidenziando in una chiave procedimentale³⁸⁰ la duttile cooperazione ed osmosi che in una sequenza per così dire «multipla»³⁸¹, intercorre tra la fase propriamente normativa «a monte» (la cessione sostitutiva di esproprio), e la cessione eseguita *solvendi causa* che recupera una autonoma dimensione strutturale e funzionale, enucleando un regolamento solutorio con effetti estintivi dell'obbligazione di indennizzo.

Ne deriva, analogamente a quanto abbiamo visto per la *datio in solutum*, una duplice qualificazione dell'istituto in questione. In una prospettiva gradualista, sia pure contestualizzata nelle maglie del giusnaturalismo latente nel nostro ordinamento, esso pare infatti idoneo a riprodurre a sua volta, pur collocandosi in una fase *prima facie* esecutiva, la dicotomia fattispecie effetti ed è quindi suscettibile di una successiva fase di realizzazione e sviluppo. Donde si attegga in prima battuta ad atto esecutivo rispetto alla cessione sostitutiva di esproprio e, nel contempo, ad atto normativo diretto a regolamentare l'estinzione dell'obbligazione di indennizzo.

L'istituto *de quo*, che sul piano strutturale partecipa dei caratteri propri del negozio bilaterale a procedimentalità complessa, è così governato sul piano della disciplina, quanto alla fase genetica, scandita dalla determinazione a contrarre della P.A., dalle norme pubblicistiche proprie dell'atto amministrativo, e, quanto alla fase successiva alla determinazione a contrarre, dalle norme privatistiche ivi comprese quelle sulla *datio in solutum*.

³⁷⁹ In tal senso, S. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, cit. pp. 21, 22.

³⁸⁰ Si veda S. ROMANO, *op.ult. cit.*, pp. 20 ss.

³⁸¹ La sequenza è multipla nel senso che a nostro avviso è il risultato della combinazione funzionale di una pluralità di sub procedimenti. Più precisamente, in un primo momento abbiamo sul piano genetico il procedimento che porta al perfezionamento della cessione sostitutiva di esproprio. In un secondo momento, nella fase esecutiva del programma contenente l'obbligazione di indennizzo, si innesta un sub procedimento che porta, secondo lo schema degli accordi ex art. 11 l. 241/1990, al perfezionamento della cessione *in solutum* di aree ovvero diritti edificatori.

Il tutto, del resto, quale logico corollario della costruzione triadica dell'agire consensuale della P.A., elaborata in questa sede, che qualifica la cessione sostitutiva di esproprio e la cessione di diritti edificatori *in solutum*, non quale istituto avulso dalla figura generale degli accordi, ma in rapporto di continenza con essi.

6. Segue Un punto fermo: l'applicazione della disciplina civilistica alla cessione di diritti edificatori *in solutum*.

Posto che la cessione di diritti edificatori *in solutum* soggiace alla disciplina degli accordi di cui all'art. 11 l. 241/90, si tratta ora di analizzare il fondamento normativo ed i limiti entro i quali il regime privatistico delle obbligazioni e dei contratti si applica a tali accordi.

Muovendo dall'analisi del dato normativo di riferimento, la prima norma che giunge in rilievo è l'art. 11 comma 2 della l. 241/90 che, come già rilevato in precedenza allorchè si è esaminato il tema della natura degli accordi, prevede che «*ad essi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*». Come osservato in dottrina, tale norma, che fino al 2005, ha costituito il più solido fondamento normativo dell'applicazione della disciplina privatistica agli accordi stipulati dalla P.A., pone due importanti interrogativi di fondo. Il primo è costituito dalla valenza dell'espressione «*principi*» adoperata dal legislatore, laddove il secondo è dato dalla ricostruzione semantica della clausola di compatibilità contenuta in chiusura della disposizione.

Secondo l'opinione dominante in dottrina l'espressione «*principi*» consentirebbe di applicare integralmente la disciplina dettata in tema di obbligazioni e contratti, senza circoscriverla, quindi, ai soli principi ispiratori, nei limiti, ovviamente, di compatibilità con le norme introdotte dalla legislazione specialistica di settore.

Tale espressione, infatti, assume una pluralità di valenze semantiche tra le quali rientra pacificamente quella di «*norme generali*» che, per loro natura, si applicano ad un intero settore del diritto. Donde il rinvio contenuto in tale espressione andrebbe riferito a tutte le norme di diritto comune dettate in tema di obbligazioni e contratti enucleate nel codice civile. Tale assunto, secondo l'impostazione sostenuta dall'indirizzo in commento, parrebbe suffragato *a contrariis*, atteso che se non si applicassero le disposizioni privatistiche, la scarsa disciplina dettata dall'art 11³⁸² determinerebbe una evidente lacuna di sistema.

³⁸² In tal senso, M. RENNA, *op.cit.*, p. 30; del medesimo avviso G. GRECO, *op.cit.*, pp. 150 ss., secondo il quale l'ampiezza del richiamo ai principi non può essere intesa, in senso restrittivo, come circoscritta ad alcuni parametri generali quali la libertà contrattuale, la tutela dell'affidamento, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, i canoni *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*. Si tratterebbe, in tal caso, di un richiamo ancor più limitato di quello operato in passato dalla giurisprudenza ed in particolare da Cons st., 24 marzo 1987, n. 207, secondo cui l'amministrazione pretende di sovrapporre alla convenzione la sua unilaterale volontà imponendo a suo piacimento, durate, termini, proroghe, contenuti e condizioni. L'A., muovendo dal carattere polisensu dell'espressione *principi* evidenzia, in consonanza con autorevole dottrina, che i principi generali sono unicamente norme più generali che valgono per un'intera materia o per un'intera branca

Parimenti è stata valorizzata la disposizione di cui all'art. 1323 c.c., in forza della quale tutti i contratti, quantunque non appartenenti ad una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute nel Titolo II Libro IV del codice rubricato non a caso «*dei contratti in generale*». Quest'ultima disposizione, autentica valvola di salvaguardia del sistema, giustificherebbe, infatti, la estensione agli accordi ex art. 11 della disciplina sui requisiti del contratto, della responsabilità precontrattuale, della condizione, della interpretazione degli effetti del contratto, della nullità, della risoluzione e così via³⁸³.

Pare, quindi, in definitiva condivisibile l'opinione secondo cui, onde evitare la necessità di una eterointegrazione del sistema, la disposizione *de qua* deve ritenersi applicabile *recta via*, in forza del disposto di cui all'art. 11 co 2 l. 241/90 ovvero quantomeno a livello analogico.

Spostando ora l'attenzione sulla c.d. «*norma di compatibilità*», è opportuno rilevare che, lungi dall'essere una mera clausola di stile, costituisce pacificamente un autentico filtro adoperato dal legislatore per l'estensione della disciplina privatistica agli accordi. In tale ottica la normativa pubblicistica prevale su quella privatistica tutte le volte in cui possa esservi sovrapposizione piuttosto che completamento ed integrazione.

Il tutto nell'ambito di una scansione gerarchica tra disciplina specifica degli accordi ex art. 11, disciplina pubblicistica del potere esercitato dalla P.A. e del relativo regime; ed, infine, principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti. Impostazione per molti versi non dissimile da quella dei *Contratos Publicos* dell'ordinamento spagnolo e dal *Verwaltungsverträge* recepito dalla legge tedesca sul procedimento³⁸⁴.

Donde la norma di chiusura di cui all'art. 11 comma 2 sancisce, in definitiva, che le norme generali dettate dal codice in tema di obbligazioni e contratti sono applicabili in quanto non contrastanti con le disposizioni specifiche relative agli accordi ovvero alle obbligazioni in essi dedotte.

Giova evidenziare che, a seguito della entrata in vigore della l. n 15 del 2005, il legislatore ha in parte risolto la *querelle* interpretativa, introducendo un fondamento ancor più robusto all'integrale estensione della disciplina civilistica agli accordi, con l'apposizione in novella all'art.1 della legge sul procedimento amministrativo del comma 1 *bis*, già menzionato allorquando si è esaminata la natura degli accordi ex art. 11. La norma sancisce, infatti, nel suo tenore letterale,

del diritto. Giova tuttavia evidenziare l'opinione in commento incorre in alcuni temperamenti, tenuto conto che, a titolo esemplificativo, deve ritenersi applicabile agli accordi ex art. 11 l'apparato rimediabile della garanzia per vizi e per evizione ex artt. 1483 ss., 1490 ss. c.c., istituti oramai pacificamente assurti, come si vedrà meglio *infra*, al rango di rimedi generali del diritto dei contratti.

³⁸³ Secondo M. RENNA, *op cit.*, p. 32; G. GRECO, *op. cit.*, p. 103 ss, pp. 148-149, parrebbe invece problematica l'applicazione dei principi dettati in tema di contratti speciali, atteso che la *lex specialis* è estranea tanto alla nozione di *principi* che di *norme generali* dettate in tema di obbligazioni e contratti. Come si vedrà meglio *infra* tale indirizzo richiede alcuni temperamenti. In particolare, deve ritenersi applicabile la disciplina della garanzia per vizi e per evizione nel contratto di compravendita, che per sua natura, assurge al rango di rimedio generale dell'ordinamento.

³⁸⁴ Sul punto, ancora G. GRECO, *op. cit.*, p. 151.

che «*la pubblica amministrazione nell'adozione di atti non autoritativi, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

Come si evince, senza possibilità di equivoci, dall'espressione *norme*, adottata in questa sede in luogo di quella *principi* di cui all'art. 11 co 2, l. 241/90, oramai superata, il legislatore rinvia *apertis verbis* all'applicazione integrale delle norme civilistiche agli atti di natura non autoritativa, tra i quali rientrano pacificamente gli accordi ex art. 11, che si atteggiano, collocandosi in una fase successiva alla consumazione del potere discrezionale della P. A., avvenuta con la adozione della determinazione a contrarre, ad atti di autonomia privata³⁸⁵.

Tanto premesso, esaminando più da vicino le norme codicistiche applicabili alla figura della cessione in compensazione, pacificamente rientrante nel novero degli accordi ex art. 11 ed, *a fortiori*, nel *genus* degli atti non autoritativi, un primo punto fermo può dirsi il seguente.

Può ragionevolmente sostenersi che le obbligazioni sorte per effetto di tali accordi, sia che gravino sul privato che sulla P.A., sono qualificabili in ogni caso come autentiche obbligazioni civilistiche ex art. 1173 e 1174 c.c. Ed invero il legislatore all'art. 1173 c.c. annovera tra le fonti delle obbligazioni «*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*», in guisa che, anche a voler prescindere dalla qualificazione dell'istituto quale contratto di diritto privato, ovvero contratto di diritto pubblico, esso deve comunque considerarsi idoneo alla produzione di obbligazioni. Tanto basta per confortare ancora una volta la soluzione, proposta in questa sede, in forza della quale l'istituto *de quo*, al di là delle pretese forzature in un senso o nell'altro, non può identificarsi integralmente con il provvedimento né con il contratto. E' infatti un relitto storico quella grigia nozione di «*obbligazioni pubbliche*», ancorata al dogma dello Stato inteso quale ente politico sovrano, che, muovendo dalla rilevanza esterna della disciplina pubblicistica sui vincoli di entrata e di spesa, esonerava la P.A. dall'applicazione delle norme dettate in tema di inadempimento del rapporto obbligatorio privatistico³⁸⁶. In particolare, è venuto meno il tradizionale privilegio della P.A. basato sulla rigida regola secondo cui la assunzione preventiva di impegni di spesa non eccedenti la disponibilità in bilancio è un presupposto per la valida assunzione di obbligazioni. Si era infatti ritenuto per lungo tempo che la P.A. debitrice fosse esonerata dalla applicazione dell'art. 1181 c.c. in forza del quale il creditore può rifiutare un adempimento

³⁸⁵ In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁶ In tal senso, A. BENEDETTI, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, IV, p. 3848 ss. Osserva l'A. che il tramonto della posizione privilegiata, inizialmente riconosciuta allo Stato, si esplica nell'affermazione, tanto in sede dottrinale che giurisprudenziale, della sua sottoposizione alla responsabilità extracontrattuale e precontrattuale. La configurazione tipica delle obbligazioni legali si differenzerebbe, in tal caso, in virtù del diverso ruolo attribuito al potere provvedimentale dell'amministrazione. La prestazione dell'amministrazione è, infatti, in tal caso preceduta da un procedimento pubblicistico diretto ad attribuire certezza al fatto giuridico. Quest'ultimo non sarebbe, quindi, il presupposto della nascita dell'obbligazione, ma assolverebbe unicamente la finalità di rendere esigibile il diritto di credito del privato nei confronti della P.A. Si veda anche M. RENNA, *op. cit.*, p. 52.

parziale del debitore, potendo quindi liberarsi «*progressivamente*»³⁸⁷ dal proprio debito. Donde è di palmare evidenza che allo stato la nozione di «*obbligazioni pubbliche*», conserva un valore meramente descrittivo.

Le obbligazioni assunte dalla P.A. nell'interesse del privato soddisfano altresì il requisito della patrimonialità della prestazione ex art. 1174 c.c.. E' innegabile, infatti, per citare alcuni esempi, che le obbligazioni assunte in relazione alla decisione di espropriare un'area, ovvero di espropriarla secondo modalità meno svantaggiose per il privato, quali, ad esempio, l'obbligazione di indennizzo nella cessione sostitutiva di esproprio, hanno ad oggetto una prestazione suscettibile di valutazione economica³⁸⁸.

Sulla base di tali premesse sono state pertanto ritenute applicabili, con l'unico temperamento afferente alle elaborazioni giurisprudenziali in tema di *mora debendi* della P.A.³⁸⁹, le principali norme dettate in tema di modalità di adempimento delle obbligazioni e responsabilità contrattuale per inadempimento ex artt. 1218 ss. c.c. Parimenti sono state ritenute applicabili le norme che disciplinano le modalità di estinzione diverse dall'adempimento, quali l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore ex art. 1256 c.c., le norme sull'estinzione per compensazione ex artt. 1241 ss. c.c., nonché ovviamente, le norme sull'autoregolamentazione della fase esecutiva del rapporto obbligatorio compreso, quindi, l'art. 1197 c.c. che costituisce il fulcro della presente trattazione³⁹⁰.

Parimenti deve ritenersi sussistente la legittimazione tanto dell'amministrazione che del privato all'esperimento dei rimedi caducatori del contratto ed, in particolare, l'azione di risoluzione per inadempimento ex artt. 1453- 1462 c.c., nonché le disposizioni sull'eccezione di inadempimento, l'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione ex artt. 1463- 1466 c.c. ed, infine, l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ex art. 1467 c.c.

³⁸⁷ In tal senso, A. BENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 3853.

³⁸⁸ Si ponga mente, altresì, agli accordi urbanistici, nel cui ambito è sicuramente suscettibile di valutazione economica la prestazione avente ad oggetto la consegna di un'area nell'ambito di un contratto di concessione per l'uso di beni demaniali. Sulla nozione di patrimonialità della prestazione in senso oggettivo e soggettivo si veda C.M.BIANCA, *L'obbligazione, cit.*, p. 77 ss.

³⁸⁹ In tal senso, A. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 3853. L'A. rileva, peraltro, che la giurisprudenza (Cass. n. 2071/2000; Cass. n. 13859 2002) ha elaborato soluzioni speciali in tema di *mora debendi* della P.A. In particolare, è stata coniata una singolare distinzione tra inadempimento relativo al pagamento ed inadempimento per ritardo nella procedura contabile. Nel primo caso, la decorrenza degli interessi moratori coinciderebbe con l'emissione del titolo di spesa, laddove, nell'ipotesi di ritardo dovuto a colpa della amministrazione nella procedura contabile, il *dies a quo* può essere arretrato. Parimenti la giurisprudenza ha escluso la *mora ex re* per i debiti pecuniari alla scadenza del termine, richiedendo in ogni caso una previa diffida, sulla base della norma di contabilità pubblica che, in deroga all'art. 1182 c.c., sancisce che i pagamenti debbono essere effettuati presso la tesoreria della amministrazione. Regola, quest'ultima, superata dal D.P.R. 20 aprile 1994, n. 367, in forza del quale l'estinzione dei titoli di spesa può avvenire mediante accreditamenti sui conti correnti postali o bancari dei creditori.

³⁹⁰ In tale senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 55.

Ambedue le parti dell'accordo potranno fruire, secondo un'impostazione condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa³⁹¹, degli strumenti tecnici approntati dal legislatore per disciplinare la fase esecutiva del contratto ed, in particolare, potranno domandare l'adempimento delle obbligazioni nascenti dall'accordo ovvero, in alternativa, la risoluzione secondo la scansione gerarchica di cui all'art. 1453 co 2 c.c. Peraltro potranno esperire in ogni caso l'azione di risarcimento dei danni e l'azione di risoluzione per inadempimento, nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia omissso il rilascio di un provvedimento che si era obbligata ad adottare, ovvero l'abbia rilasciato con un contenuto difforme rispetto all'impegno obbligatorio assunto. Donde a fronte di una domanda di risoluzione la P.A. non potrà eccepire la inapplicabilità delle norme civilistiche, argomentando un preteso contrasto con l'interesse pubblico, atteso che la compatibilità con l'interesse pubblico come già evidenziato, deve ritenersi «cristallizzata»³⁹² a monte con l'assunzione della determinazione a perfezionare l'accordo con il privato, seguita dall'accettazione di quest'ultimo, che postula, ovviamente, una preventiva ponderazione ad opera della P.A. della conformità dello strumento consensuale al perseguimento dell'interesse pubblico³⁹³. Nel solco di tale indirizzo, assiso sulla distinzione procedimentale tra fase genetica e fase successiva alla adozione della determinazione a contrarre, in questa sede condivisa, si è parimenti ritenuta applicabile tanto agli accordi sostitutivi che integrativi del provvedimento finale, la disciplina di cui all'art. 2932 c.c., afferente all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Parrebbe infatti possibile ottenere dal giudice amministrativo, ovvero, se ci troviamo dinanzi ad una cessione sostitutiva di esproprio, dal giudice ordinario, una sentenza costitutiva produttiva degli effetti del contratto che una delle parti non abbia concluso pur essendosi obbligata a farlo³⁹⁴.

³⁹¹ Cons. st., 27 gennaio 2006, n. 236, sul punto RENNA, *op. cit.*, p. 75, secondo il quale dovrà parimenti tenersi conto delle norme codicistiche dettate in tema di prescrizione dei diritti e, più precisamente, dell'art. 2946 c.c. sul termine di prescrizione ordinaria, degli artt. 2934 –2940 c.c., degli artt. 2943 – 2945 c.c., sull'interruzione della prescrizione ed, infine, degli artt. 2962-2963 c.c. sul computo dei termini; sul punto, GRECO, *op. cit.*, p. 273.

³⁹² L'espressione è adoperata da M. RENNA, *op. cit.*, p. 32 ss.

³⁹³ In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 32 ss., 57 ss., il quale osserva che la disposizione di cui all'art. 1463 c.c. consente di risolvere un importante problema che si è posto in dottrina, afferente all'ipotesi in cui vi sia la sopravvenienza di una norma che elimini la possibilità per l'amministrazione di rilasciare un provvedimento che si era impegnata ad adottare. La P.A. può infatti ritenersi liberata totalmente o parzialmente dal vincolo obbligatorio laddove il privato agisca con il rimedio ex art. 1463 c.c., ovvero domandi una riduzione della prestazione dovuta o receda dall'accordo «quando non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale».

³⁹⁴ In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 76, che propugna l'applicazione della pronuncia costitutiva anche nell'ipotesi di accordi integrativi del provvedimento finale contenenti l'impegno della P.A. all'emanazione di un atto che non abbia poi emanato. Tale assunto si erge, infatti, ancora una volta, sulla considerazione che il potere della P.A. si è definitivamente esaurito a monte con la adozione della determinazione a contrarre, secondo i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 98 cost. Donde tale soluzione non si presenta in contrasto con il tradizionale divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo. In tale ottica,

7. La *Datio in solutum* di terzo e la cessione di diritti edificatori.

Individuato il fondamento normativo dell' applicazione della disciplina privatistica e, quindi, dell'art. 1197 c.c. alla cessione di beni e diritti edificatori *in solutum*, si tratta ora di comprendere il fondamento, la natura ed i caratteri del meccanismo, recepito nella prassi dei legislatori regionali³⁹⁵, in forza del quale, come già anticipato, la pubblica amministrazione, debitrice dell'indennizzo, per sopperire alla carenza di aree rientranti nella propria disponibilità, stipula una distinta convenzione, accessoria al piano perequativo, con un soggetto terzo che si obbliga ad eseguire il trasferimento *in solutum* del bene, ovvero di diritti edificatori, direttamente al proprietario espropriando creditore dell'indennizzo.

Si tratta, quindi, di un fenomeno che parrebbe *prima facie* ascrivibile allo schema della c.d. *datio in solutum del terzo* la cui ammissibilità, come è noto, al di là delle affermazioni di principio³⁹⁶ è alquanto dibattuta in dottrina.

Ci si propone, quindi, di analizzare sul piano strutturale la c.d. *datio in solutum* del terzo, per comprendere, in un primo momento, se tale fattispecie sia ammissibile sul piano dogmatico ed, in seconda battuta, se sia sovrapponibile al congegno normativo *supra* descritto.

Orbene nello schema della *datio in solutum* del terzo, come è noto, il creditore riceve la prestazione dell'*aliud* da un soggetto che non è parte del rapporto obbligatorio originario

La dottrina e la giurisprudenza³⁹⁷, sostengono, infatti, con una certa ripetitività, la pacifica ammissibilità dell'istituto *de quo*. Ciò non dimeno al di là delle affermazioni di principio, i vari indirizzi nel pervenire a tale risultato, seguono percorsi logico giuridici diversi, fortemente condizionati dalla ricostruzione strutturale funzionale ed effettuale della *datio in solutum* cui aderiscono.

nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di adottare un provvedimento con un determinato contenuto, i privati potrebbero avvalersi dell'azione ex art. 2932 c.c., in luogo della promozione di giudizi aventi efficacia circoscritta ai fini dell'adempimento di tale obbligo, ovvero potrebbero intraprendere un giudizio di impugnazione del provvedimento adottato dalla amministrazione con un contenuto difforme da quello indicato nell'accordo. In definitiva, quindi, a fronte di un provvedimento amministrativo di contenuto difforme dall'accordo, i privati potrebbero alternativamente ottenere una pronuncia giudiziale di nullità di tali provvedimenti ex art. 21 *septies*, l. 241/90 ovvero esperire entro il termine di prescrizione ordinaria l'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Del medesimo avviso Cass. S.U., 7 ottobre 1983, n. 583 in *Giust.civ. Mass.* 1983, fas. 9. L'orientamento risalente riteneva inammissibile il rimedio ex art. 2932 c.c. essendo diretto ad imporre alla P.A. un *facere* incoercibile rientrante nella sfera di discrezionalità della P.A. Sul punto, G. FERRARI, R. GAROFOLI, *op.cit.*, p. 1116.

³⁹⁵ Sul punto, E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale per il governo del territorio*, cit., p. 231.

³⁹⁶ La dottrina, con una certa ripetitività, per un verso muove dalla affermazione di principio secondo cui la *datio in solutum* di terzo è pacificamente ammessa, laddove, per altro verso, subordina tale ammissibilità ad una preventiva disamina delle soluzioni costruttive proposte sull'istituto generale della *datio in solutum* ex art. 1197 c.c.

³⁹⁷ Cass., 23 marzo 1973, n. 811.

Si è infatti evidenziata in dottrina, per citare un primo esempio, l'incompatibilità della *datio in solutum* di terzo con una ricostruzione dell'istituto in chiave di modificazione oggettiva del rapporto. L'indirizzo in commento, non consente, infatti, di dare adeguatamente conto dell'efficacia liberatoria dell'istituto che, seguendo tale impostazione, rivestirebbe sul piano strutturale, come abbiamo visto, natura consensuale, e, quindi, presuppone una preventiva manifestazione di consenso del debitore³⁹⁸, nel caso di specie mancante. La vicenda modificativa, secondo tale indirizzo, si produce, infatti, soltanto con la prestazione dell'*aliud*, e, quindi, sarebbe il risultato dell'attività esecutiva del terzo³⁹⁹. Donde la tesi in commento parrebbe in contraddizione con le sue stesse premesse costruttive.

Si è tentato di sfuggire a tali rilievi sostenendo che in presenza di un accordo intervenuto direttamente tra creditore e terzo, la fattispecie possa essere ricostruita quale contratto a favore di terzo. Si è tuttavia osservato criticamente che, anche a voler ammettere un'elastica nozione concettuale di beneficio attribuito al terzo, comprensiva, oltre che dell'attribuzione di un diritto anche della liberazione di un obbligo, la stipulazione a favore di terzo non è un requisito essenziale che identifica un determinato tipo contrattuale. Piuttosto parrebbe, tendenzialmente, una clausola accessoria ad un preesistente *genus* di contratto tipico⁴⁰⁰, altrimenti destinato a produrre effetti *inter partes*. Peraltro nel caso di specie la vicenda giuridica, consistendo nel beneficio della liberazione da un obbligo, non potrebbe prodursi tra creditore e terzo qualora il debitore rinunci alla stipulazione in proprio favore. Tali rilievi, tuttavia, non paiono decisivi. Come è noto, infatti, il nostro ordinamento conosce fattispecie negoziali strutturalmente a

³⁹⁸ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 98, secondo il quale la modificazione della prestazione, operando su un piano oggettivo incide, infatti, sulla persona del debitore, nella cui sfera soggettiva potrebbe anche produrre effetti svantaggiosi.

³⁹⁹ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, pp. 98, 99 secondo il quale soltanto la riduzione della modificazione oggettiva a mera finzione giuridica può portare a ritenere che creditore e terzo possano disporre della vicenda anche senza il consenso del debitore. Una volta ammessa la modificazione dell'oggetto del rapporto tramite un accordo intercorso tra creditore e terzo, infatti, la prestazione dell'*aliud* dovrebbe costituire coerentemente con le premesse, un adempimento del terzo del debito modificato. Donde nel ricevere la prestazione del terzo il creditore potrebbe surrogarlo nei suoi diritti verso il debitore ex art. 1201 c.c., ovvero la surrogazione opererebbe *ex lege* allorquando ricorrano le ipotesi di cui all'art. 1203 c.c. (c. d. surrogazione legale). Ricorrerebbe, quindi, il paradosso che il debitore sarebbe tenuto nei confronti del terzo all'esecuzione di una prestazione alla quale non ha mai prestato il suo consenso, con evidente pregiudizio per la sua sfera soggettiva.

⁴⁰⁰ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 99; una sintomatica eccezione parrebbe rinvenibile, tuttavia, nel contratto di accollo ex art. 1273 c.c., che si presenta strutturalmente a favore di terzo. Sul punto, ROPPO, *op.cit.*, p. 543, l'autore osserva che alcuni tipi contrattuali, quali, ad esempio, l'accollo, sono strutturalmente a favore di terzo, laddove più spesso la figura si atteggia a variante di un contratto tipico, non necessariamente a favore di terzo. A titolo esemplificativo viene in considerazione la disciplina di cui agli artt. 1685 co 1, 1689 c.c. afferente al trasporto di cose, in forza della quale se la *res* viene consegnata allo stesso mittente, il contratto non è a favore di terzo, ma lo diviene se si conviene che la consegna sia fatta ad un terzo destinatario. Analogo meccanismo è contemplato in tema di contratto di deposito (art. 1773 c.c.), rendita vitalizia (art. 1875 c.c.) ed, infine, assicurazione sulla vita (art. 1920 c.c.).

favore di terzo, quali, ad esempio, il contratto di acollo. Per altro verso vale la pena osservare che la previsione di cui all'art. 1411 c.c., secondo cui nell'ipotesi di revoca ad opera dello stipulante ovvero di rifiuto del terzo, la prestazione va a beneficio dello stipulante, trova un limite espresso nella previsione delle parti ovvero nella natura del contratto.

L'istituto parrebbe invece non denotare particolari problemi in una prospettiva di adesione alla tesi della rinuncia onerosa. Si ritiene, infatti, pacificamente, che il corrispettivo della rinuncia possa essere prestato da un terzo salvo che il creditore, secondo lo schema dell'art 1180 c.c., abbia interesse a ricevere la prestazione personalmente dal debitore. Tale congegno potrebbe trovare attuazione tanto nella forma della *datio* c.d. tipica, che nella forma della rinuncia verso la contestuale esecuzione della diversa prestazione, ovvero, in alternativa, nella forma del c.d. *pactum de in solutum dando*, che, come abbiamo visto, seguendo tale impostazione, si sostanzierebbe in una rinuncia sospensivamente condizionata alla esecuzione della diversa prestazione⁴⁰¹, con ciò creando però una rigida cesura tra la fase esecutiva e quella programmatica del rapporto obbligatorio di base⁴⁰².

Secondo un'autorevole opinione⁴⁰³ la *datio in solutum* di terzo non si concilierebbe, invece, con la prospettiva costruttiva del negozio solutorio⁴⁰⁴, atteso che sul piano funzionale l'equivalenza tra la prestazione dovuta *ab origine* e la diversa prestazione eseguita dal terzo, non sarebbe reale ma soltanto supposta soggettivamente dal creditore. Donde urterebbe con la qualificazione dell'istituto in chiave di fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio con funzione satisfattoria.⁴⁰⁵

La inattitudine della *datio in solutum* del terzo ad assolvere una funzione solutoria e satisfattoria si ricaverebbe in particolare dalla circostanza che essa, unitamente all'espromissione, alla compensazione e alla delegazione novativa rientra nel *genus* dei c.d. negozi bilaterali di intervento del terzo, ed andrebbe, dunque, debitamente distinta, sul piano strutturale e funzionale, dall'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ In tal senso, E. BILOTTI, *op.cit.*, p. 97.

⁴⁰² Sul punto si rinvia alle considerazioni a suo tempo formulate, supra Cap. II pag. 81.

⁴⁰³ In tal senso, R. NICOLÒ, *op.cit.*, pp.14 ss. che ricostruisce l'istituto in chiave di rinuncia onerosa dissociando l'interesse del creditore del debitore. *Contra* BILOTTI, *op.cit.*, p. 98.

⁴⁰⁴ In tal senso, R. NICOLÒ, *op.cit.*, pp. 241, 242.

⁴⁰⁵ In tal senso, R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, secondo il quale l'equivalenza tra le prestazioni opererebbe, infatti, su un piano squisitamente soggettivo, afferente all'apprezzamento del solo creditore, quale causa giustificativa, in termini economici, dell'equivalenza delle prestazioni. Il tutto nell'ambito di un apprezzamento psicologico che sfocia in una adesione alla liberazione del debitore. In definitiva, quindi, la pretesa uguaglianza non avrebbe nemmeno un grado di effettività, ma sarebbe supposta, ovvero, più precisamente, si tratterebbe di una finzione di equivalenza economica, del tutto irrilevante ai fini costruttivi.

⁴⁰⁶ Secondo R. NICOLÒ, *op.cit.*, p. 238, il terzo può infatti intervenire nel rapporto obbligatorio secondo un duplice schema. Può assumere la qualità di debitore personale del creditore originario mediante la diretta assunzione di un obbligo, come avviene nella espromissione nella delegazione novativa e nel contratto a favore di terzo, ovvero provocando una definitiva modificazione del patrimonio del debitore, come avviene

Si è infatti osservato che soltanto l'adempimento del terzo⁴⁰⁷, soddisfa immediatamente sul piano funzionale l'interesse del creditore il quale, nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto l'esecuzione di un *aliud*, potrebbe pertanto rifiutarlo, senza incorrere, a differenza di quanto accade nella *datio in solutum* nelle conseguenze deleterie della *mora credendi*. Quanto poi al profilo strutturale, nell'adempimento del terzo le conseguenze dell'estinzione dell'obbligazione e della realizzazione del diritto del creditore rimarrebbero esterne allo schema negoziale che si esaurisce nell'attribuzione patrimoniale eseguita dal terzo a vantaggio del creditore. Nelle figure negoziali c.d. di intervento, invece, tanto la estinzione dell'obbligo, che la realizzazione del diritto, verrebbero incorporate nel contenuto del negozio perfezionato⁴⁰⁸.

Si è tuttavia replicato che⁴⁰⁹ la prestazione di terzo in luogo di adempimento si giustifica, invece, agevolmente anche nella prospettiva costruttiva del negozio solutorio, atteso che l'adempimento dell'attribuzione dell'*aliud* procederebbe, per volontà del solo creditore e non anche per volontà del debitore, normalmente necessaria secondo lo schema della *datio in solutum* che è invece una fattispecie bilaterale. La disposizione di cui all'art. 1180 c.c. non consente, infatti, di mettere in discussione la possibilità che un terzo determini il soddisfacimento dell'interesse del creditore tramite l'esecuzione di una prestazione alla quale il

allorquando il terzo ponga in essere una *datio in solutum* ovvero compensi il suo credito personale con quello del creditore originario. Per quanto attiene all'adempimento del terzo, giova evidenziare che, come è noto, può essere sia spontaneo, sia eseguito in adempimento di un obbligo assunto verso il debitore, purchè tale obbligo non abbia rilevanza esterna e non abbia efficacia per il creditore. Secondo l'orientamento maggioritario l'adempimento del terzo è un atto negoziale per quanto attiene il comportamento del *solvens*, essendo richiesto l'*animus solvendi debiti alieni*; in tal senso, G. CIAN., A. TRABUCCHI, in *Commentario breve al cod. civ.*, commento *sub* art. 1180 c.c., gli A. osservano che con il consenso del creditore, il terzo può adempiere la prestazione anche con una prestazione in luogo di adempimento. In giurisprudenza Cass. n. 811/1973; Cass. n. 2146/1949. Si veda anche C. M. BIANCA, *L'obbligazione, cit.*, p. 286, che qualifica l'adempimento del terzo quale atto esecutivo e negoziale. Esecutivo, perché costituisce attuazione di un preesistente rapporto obbligatorio i cui effetti si producono in quanto l'adempimento estingue legalmente l'obbligazione. Negoziale, se e in quanto l'adempiente disponga della propria sfera soggettiva eseguendo una prestazione a suo carico, circostanza da escludersi allorquando il soggetto terzo abbia ricevuto dal creditore il denaro occorrente per l'adempimento.

⁴⁰⁷ In tal senso, R. NICOLÒ, *op.cit.*, p. 244, il quale osserva che, per converso, l'onere di accettazione della prestazione verrebbe meno allorquando il terzo intenda far conseguire un bene diverso da quello dovuto al creditore, di talchè quest'ultimo sarà libero di accettare o meno la prestazione dell'*aliud*. L'atto di ricevimento della prestazione, come è noto, ha, infatti, natura negoziale, essendo espressione, sulla base dei principi generali, della libertà di autodeterminazione del soggetto.

⁴⁰⁸ In tal senso, R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*; *contra* BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 440, che pare identificare la *datio in solutum* di terzo con la figura di cui all'art. 1180 c.c. Osserva, infatti, l'A. che, come si evince alla disciplina del pagamento del terzo, l'interesse del creditore a ricevere la prestazione, da chiunque eseguita, prevale sull'interesse del debitore contrario all'intervento altrui. Il debitore non può, quindi, evitare l'estinzione del credito e la conseguente sua liberazione nei confronti del creditore.

⁴⁰⁹ In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 98.

creditore abbia attribuito preventivamente ovvero contestualmente il valore di surrogato dell'adempimento.

Quest'ultima pare a nostro avviso la soluzione preferibile in quanto si presenta coerente con la ricostruzione da noi proposta nel corso della presente trattazione in ordine ai profili funzionali strutturali ed effettuali della prestazione in luogo di adempimento.

L'ammissibilità della *datio in solutum* è perfettamente compatibile con l'inserimento dell'istituto nel contesto dell'autonomia privata procedimentale.

Se, infatti, come noi riteniamo, la *datio in solutum* è un negozio solutorio che imprende con il perfezionamento di un accordo configurativo «debole» sul piano funzionale dell'impegno assunto dai paciscenti, non si capisce per quale ragione tale accordo non possa essere perfezionato tra il creditore ed un terzo estraneo alla fattispecie negoziale che ha originato il programma obbligatorio di base.

Il terzo può infatti ben assumere un debole impegno avente ad oggetto la successiva esecuzione di un comportamento negoziale spontaneo, che conduce al perfezionamento di quello stesso programma solutorio che di esso costituisce la causa giustificativa. Il tutto escludendo la applicazione della disciplina della *condictio indebiti* in merito alla prestazione già eseguita.

8. Considerazioni finali sulla struttura della *cessione in solutum*: dalla *datio in solutum* di terzo alla *datio in solutum* con adempimento del terzo

A questo punto vale la pena osservare che, quantunque la figura della *datio in solutum* del terzo, che, come pensiamo di avere dimostrato, è pienamente compatibile con la c.d. teoria del negozio solutorio, mal si attaglia tuttavia, sul piano strutturale, alla fattispecie di trasferimento *in solutum* di beni e diritti edificatori ad opera di un terzo.

Non è infatti possibile prescindere in questa sede dalla volontà del debitore, atteso che l'accordo di cessione *in solutum* non interviene tra creditore e terzo, ma tra creditore (il proprietario espropriando) ed il debitore (la Pubblica Amministrazione) che manifesta il proprio consenso all'esecuzione dell'*aliud* con una determinazione ex art. 11 l. 241/90.

Riteniamo piuttosto che nella fattispecie *de qua* sia più corretto parlare dogmaticamente di accordo di carattere configurativo, stipulato ex art. 11 l. 241/90 che programma una *datio in solutum* (bilaterale tra creditore e debitore), cui si affianca un atto esecutivo di adempimento del terzo ex art. 1180 c.c., posto in essere in esecuzione di un accordo, questa volta precettivo, stipulato tra la P.A. ed il terzo.

La cessione *in solutum* segue, infatti, lo schema proprio dei congegni di contrattazione reale, nel senso che imprende con un accordo configurativo e si perfeziona con il dispiegamento di una vicenda attributiva finale.

La combinazione dell'adempimento del terzo con l'accordo di cessione in compensazione non contraddice la struttura bilaterale dell'accordo configurativo debole che, ribadiamo, viene stipulato ex art. 11, l. 241/90. L'esecuzione dell'*aliud*, nell'ambito dello svolgimento della sequenza procedimentale programmata non deve, infatti, essere necessariamente eseguita dal debitore, ma

può essere compiuta anche da un terzo in funzione di definitiva assunzione e, nel contempo, attuazione dell'impegno traslativo.

L'adempimento del terzo, infatti, assume, in chiave procedimentale, i caratteri di atto esecutivo perfezionativo del programma solutorio, secondo lo schema della contrattazione reale, e, nel contempo, di atto negoziale ex art. 1180 c.c., idoneo a soddisfare immediatamente l'interesse creditorio in virtù della destinazione solutoria impressa dal creditore e dal debitore. In tale ottica, è, ancora una volta, la duttile osmosi tra fase programmatica del consenso ed esecutiva a giustificare la combinazione tra i due congegni. Il tutto in piena coerenza con la ricostruzione in chiave procedimentale della *datio in solutum* proposta in questa sede.

Collocandosi in tale prospettiva costruttiva, possiamo definitivamente distinguere nella fattispecie *de qua* due accordi funzionalmente collegati sotto il profilo causale. Da un lato, abbiamo un accordo negoziale debole che programma una *datio in solutum* ex art. 1197 c.c., e, dall'altro, un accordo precettivo integrativo ed accessorio al piano perequativo, tra debitore (la P.A) e terzo c.d. attuatore, in forza del quale quest'ultimo assume l'obbligazione di esecuzione dell'*aliud* (adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.)

Ne deriva che qualora a seguito dell'esecuzione dell'*aliud* e, quindi, del perfezionamento del regolamento solutorio, si registri la inattuazione ovvero la inesatta attuazione del risultato traslativo, il proprietario espropriando, secondo le comuni regole che governano la *datio in solutum*, potrà agire verso la P.A. (debitore), sperando i rimedi della garanzia per vizi e della garanzia per evizione, nonché domandando il risarcimento del danno. Donde, in virtù dell'effetto costitutivo promanante della sentenza di risoluzione dell'accordo *de quo*, il proprietario potrà, domandare l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria di indennizzo governata dalle norme di cui al D.P.R. 327 /2001.

Qualora invece difetti l'esecuzione dell'*aliud* il creditore espropriando sarà legittimato all'esperimento di una azione risarcitoria per violazione del dovere di buona fede e art. 1337 c.c.. La natura di tale responsabilità come abbiamo visto deve ritenersi, al di là delle storiche contrapposizioni dogmatiche, di carattere contrattuale atteso che, mutuando le considerazioni formulate nel corso della presente trattazione, il suo fatto generatore si colloca nella fase esecutiva del programma obbligatorio di base enucleato nella *datio in solutum*. Rimane ovviamente impregiudicata anche in questo caso la domanda avente ad oggetto l'adempimento della obbligazione originaria di indennizzo programmata nella cessione sostitutiva di esproprio.

BIBLIOGRAFIA

M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952; ID *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1950; G. ASTUTI, (voce) *Dazione in pagamento (Storia)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; G. AULETTA, (voce) *Attività (dir.priv.)* in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, 1964; P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; F. BENATTI, (voce) *La responsabilità precontrattuale I*, in *Enc. Giur.* XXVII, Roma, 1991; M. BESSONE, A.D'ANGELO, (voce) *Buona fede*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1960; ID *Teoria generale delle obbligazioni I, Prolegomeni: Funzione economico sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano 1953; E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende liberatorie*, di A. BURDESE, E. MOSCATI, Padova, 2008; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; A. BENEDETTI, (voce) *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, 2006, IV, p. 3848; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Riv. trim. diritto pubbl.*, 1950; C. M. BIANCA, *Il contratto, Diritto Civile*, III, Milano, 2010; ID. *L'obbligazione, Diritto Civile*, IV, Milano, 1990; ID. *La vendita e la permuta*, Torino, 1993; L. BIGLIAZZI-GERI *Validità ed efficacia del testamento*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. RESCIGNO, VI, II, Torino, 1982; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale per il governo del territorio*, in *Il governo del territorio in Lombardia dopo il testo unico regionale*, a cura di A. MANDARANO, diretto da F. CARINGELLA, G. DE MARZO, Milano, 2007; ID. *Espropriazione, La giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione compensazione e premialità*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 4, p. 1341; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva ed i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1956; C.A. CANNATA, *L'adempimento mediante prestazione diversa da quella dovuta*, in *Trattato di diritto Privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999; G. CAPOGRASSI, *il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996; ID. *L'Onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970; C. CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996; A. CHIANALE, (voce) *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995; G. CIAN- A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile, Commento sub. Art. 590*, Padova, 2011; R. CICALA, *L'adempimento indiretto dell'obbligo altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968; ID. (voce) *Espromissione*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989; V. CRISAFULLI, (voce) *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; ID. *Dell'adempimento in generale. Artt. 1177-12000*, in *Commentario al Codice civile SCIALOJA - BRANCA* a cura di F. GALGANO, Bologna- Roma, 1994; G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*,

Milano, 2000, G. FILANTI, *La cessione sostitutiva d'esproprio*, Milano, 1990; G. FALCON, (voce) *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; R. FERCIÀ, *Le obbligazioni naturali, adempimento diretto e vicende soddisfattorie*, in *La struttura e l'adempimento, Trattato delle obbligazioni* diretto L. GAROFALO e M. TALAMANCA, III, Padova, 2010; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID. *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico* in *Digesto Civ.*, IV ed., Torino, 1989; M. FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni* diretto da G. BONILINI, Milano, 2009; C. GALLUCCI, (voce) *Espropriazione per pubblico interesse La cessione Volontaria*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 2005, pp. 8,9; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, diretto da G. ALPA, Roma, 2009; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974; ID. *Tentativo dell'impossibile*, in *Riv. Notar.*, 2001, p. 11 ss.; ID. *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007; M. GIORGIANNI, (voce) *Causa Dir. Priv.* in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960; P. FRANCESCHETTI, M. MARASCA, *Le obbligazioni*, Rimini, 2008; S. LA CHINA, (voce) *Esecuzione forzata (profili generali)*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1993; M. JORI –ANNA PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1945, ed. italiana 1994; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI e ora diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2009; A. LUMINOSO, *Mandato Commissione e spedizione*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI e ora diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1984; ID. *La compravendita*, Milano, 2011; E. MAESTRI, *Teoria delle istituzioni, forme dell'agire istituzionale ed ideologia tecnocratica*, in *Ann. Università di Ferrara-Sc. Giur. Nuova serie*, XVI, 2002; A. MAGAZZÙ (Voce) *Novazione (dir.civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1968, F. MAZZARELLA, (Voce) *Esecuzione forzata (dir. Vig.)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966; S. MEUCCI, *La Circolazione dei diritti edificatori*, in *Persona e Mercato*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2012; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1994; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1969; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, 1978; A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da A. IUDICA P. ZATTI, II, Milano 2000; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, in *Saggi e documenti di diritto civile*, Padova, 1991; ID. *L'autonomia Negoziale*, Milano 2011; P. PERLINGERI, *Remissione di debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1969; A. PRESUTTI, *L' Esecuzione penale*, in *Enc. Giur.* XIII, Roma 1996; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p. 38; P. RESCIGNO (voce) *Novazione (diritto civile)* in *Noviss. Dig. I.*, XI, Torino, 1965; D. RIVIECCIO, *La datio in solutum nella perequazione urbanistica*, in *Quaderni di Conciliazione* a cura di C. PILIA, Cagliari 2012; S. RODOTÀ, (voce) *dazione in pagamento (dir.civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1961, ID. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; S. ROMANO, *Autonomia privata*, (Appunti) Milano, 1957; ID. *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958; ID. *Vendita, contratto estimatorio*, Milano 1960; ID. (voce) *Buona fede*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959; ID. *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*

privato, Milano 1967; ID. *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, in Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza - Università di Firenze, Milano, 2007; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; ID. *La compravendita*, Milano, 1962; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1955; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963; P. STELLA RICHTER, *L'articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4; S.RODOTÀ, (voce), *Dazione in pagamento (Dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2011; G. SACCHI MORSIANI, (voce) *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1995; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna- Roma, 1970; R. SCOGNAMIGLIO *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969; F. UCCELLA, (voce) *Matrimonio*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1988; B. TROISI, *La prelazione legale come regola privata integrativa del procedimento di formazione dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, II, p. 584 ss.; P. VIRGA, (voce) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, *Contratto (dir.amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1965; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, Milano, 1987; A. P. UGAS, *Fatto e dinamica del diritto*, in Collana diretta da F.D. BUSNELLI- S. PATTI,- V. SCALISI- P. ZATTI, Torino, 2011.