

Il Codice Civile

Commentario

**fondato e già diretto da Piero Schlesinger
continuato da Francesco D. Busnelli e Giulio Ponzanelli**

Angelo Chianale

Dell'esecuzione forzata in forma specifica

Artt. 2930-2933

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. L'esecuzione forzata in forma specifica. — 2. La funzione dell'esecuzione forzata in forma specifica. — 3. La disciplina comune ai vari tipi di esecuzione. — 4. La sovrapposizione con le misure di coercizione indiretta. — 5. Il titolo esecutivo. — 6. La spedizione del titolo in forma esecutiva. — 7. Il processo esecutivo in generale. — 8. Le spese processuali.

1. L'esecuzione forzata in forma specifica.

Gli articoli dedicati dal codice civile all'esecuzione forzata in forma specifica — da 2930 a 2933 — costituiscono una rilevante innovazione rispetto al codice civile del 1865 (1).

(1) In dottrina v. per trattazioni generali MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica (premesse e nozioni generali)*, Milano, 1953; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953; SATTI, *L'esecuzione forzata*⁴, Torino, 1963; ID., *Comm. al cod. proc. civ.*, III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1966, 432 ss.; MONTESANO, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 941 ss.; ID., *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 524 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*³, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da Vassalli, Torino, 2003; BUSNELLI, *Dell'esecuzione forzata*, in BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI e FERRUCCI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ. UTET*, Torino, 1980, 349 ss.; MICHELI, *Esecuzione forzata*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 166 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*², in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, 20, Torino, 1998, 298 ss.; ID., *Esecuzione forzata*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2020, 1 ss. e 538 ss. (che sarà l'opera in seguito citata); LUISSO, *Esecuzione forzata in forma specifica*, in *Enc. giur.*, XIII,

Nel regime previgente due fonti di legge si occupavano dell'esecuzione forzata, seguendo il modello francese (2).

Da un lato gli artt. 1220 e 1222 c.c. abr. disciplinavano l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare: in caso di inadempimento la legge permetteva al creditore di un'obbligazione di fare di venire autorizzato dal giudice « a farla adempiere egli stesso a spese del debitore » (come disponeva anche l'art. 1144 *code civil* originario) e permetteva al creditore di un'obbligazione di non fare di « domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in contravvenzione » di essa e di venire « autorizzato a distruggerlo a spese del debitore » (come disponeva anche l'art. 1143 *code civil* originario). La legge permetteva quindi al creditore di agire in autotutela previa una semplice autorizzazione del giudice e non delineava affatto una procedura giudiziaria esecutiva (3).

Dunque il sistema positivo previgente salvava il principio espresso dall'art. 1142 *code civil*, per il quale l'inadempimento delle obbligazioni di fare o non fare si risolve nel risarcimento del danno per equivalente, e non in natura. La tutela del creditore non poteva mai giungere a un'esecuzione coattiva della prestazione, ma al più il creditore addebitava al debitore inadempiente il costo dell'attività surrogatoria della prestazione inadempita. In questa prospettiva la novità introdotta con il codice civile vigente è notevole, in quanto l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare rientra pienamente nell'esercizio del potere giurisdizionale esecutivo affidato all'autorità giudiziaria. Le modalità concrete mediante le quali si esplica l'attività dell'organo esecutivo sono disciplinate dal codice di rito, come risulta dall'espresso richiamo contenuto nell'art. 2931 c.c. alle « forme stabilite dal codice di procedura civile ».

Roma, 1989; BONSIGNORI, *Esecuzione forzata in genere*, in *Dig., priv./civ.*, VII, Torino, 1991, 567 ss.; MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, *ivi*, 549 ss.; ID., *Esecuzione per consegna o rilascio*, *ivi*, 617 ss.; FINOCCHIARO, *Art. 2930, Art. 2931, Art. 2933*, in A.V., *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, Assago, 2016, 432 ss. e 494 ss.; MURONI, *Art. 2932*, *ivi*, 462 ss.; PIRAINO, *La tutela in natura e la tutela risarcitoria del credito*, Roma, 2006; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.

Le sentenze citate senza indicazione di riviste sono leggibili nella banca dati *One Legale*.

(2) Per il diritto francese v. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del codice civile*, *Giur. it.*, 2018, 1277.

(3) Cfr. BIGNARDI, *Esecuzione forzata in genere*, in *N. Dig.*

ART. **2930**

ESECUZIONE FORZATA PER CONSEGNA
O RILASCIO

Se non è adempiuto l'obbligo di consegnare una cosa determinata, mobile o immobile, l'avente diritto può ottenere la consegna o il rilascio forzati a norma delle disposizioni del codice di procedura civile.

SOMMARIO: 1. In generale. — 2. Le obbligazioni di consegna coercibili in natura. — 3. Beni in comunione ed esecuzione su quota ideale. — 4. La consegna di cose generiche. — 5. La consegna di somme di denaro. — 6. La procedura. — 7. *Segue*: l'intervento del giudice dell'esecuzione. — 8. Il rilascio degli immobili. — 9. Il richiamo in altre discipline.

1. In generale.

L'obbligo di consegnare una cosa mobile o immobile viene abitualmente indicato nel lessico processualistico come *obbligazione di dare* (1). Ma è noto al civilista — come sarà ampiamente illustrato nel commento all'art. 2932 c.c. — che il termine *obbligazione di dare* individua l'obbligazione di trasferire la proprietà di una cosa determinata, da adempiere mediante apposito negozio traslativo solutorio. Pertanto appare più preciso adoperare soltanto il termine *obbligazione di consegnare*, che viene del resto adottato sia dall'articolo in commento sia da altri articoli del codice civile (v. art. 1177), tenendo poi conto che sul versante dell'esecuzione si

(1) Per l'uso del termine *dare* quale sinonimo di *consegnare*, privo di risvolti in merito al *trasferire un diritto*, v. ad es. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata per consegna o rilascio*, cit., 617 ss.; MICHELI, *op. cit.*, 167; FINOCCHIARO, *Art. 2930*, cit., 432; sulla procedura v. GIORDANO, *Artt. 605 ss.*, in A.V., *Comm. cod. proc. civ.*, Assago, 2013, 25 ss.

distingue tra *consegna* per il bene mobile e *rilascio* per il bene immobile (2).

Come già detto, l'esecuzione in forma specifica per consegna o rilascio trova luogo tutte le volte in cui sia richiesto l'adempimento coattivo di un obbligo di consegnare una cosa determinata, derivi l'obbligazione da un diritto reale o da un diritto a contenuto obbligatorio (3). Le relative modalità attuative sono disciplinate dal codice di procedura civile negli artt. 605 ss.

L'esecuzione forzata in esame ha sempre quale obiettivo la trasmissione all'esecutante del potere di fatto su di un bene mobile o immobile, indipendentemente dalla sua qualificazione come possesso o detenzione (4). La menzione nell'art. 608 c.p.c. del *possesso* dell'immobile, trasmesso all'esecutante mediante consegna delle chiavi e intimazione agli eventuali detentori di riconoscere il nuovo *possessore*, non va considerata in senso letterale e restrittivo: la natura del potere di fatto oggetto di trasmissione coattiva dipende dalla situazione sostanziale dalla quale sorge l'obbligazione di consegna rimasta inadempita e trova la sua precisazione nel titolo esecutivo che fonda la procedura esecutiva.

Il titolo esecutivo per le obbligazioni di consegna, si è già visto (v. Intr., par. 5), può essere di natura giudiziale ovvero contrattuale, se consacrato in un atto pubblico.

L'ordine giudiziale di consegna o rilascio rivolto al soggetto obbligato può essere contenuto in sentenze emesse in sede di tutela dei diritti reali, in particolare nella sentenza che conclude un'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.) oppure in quella che dispone il rilascio di un'area sulla quale l'attore esercita una servitù prediale (art. 1079 c.c.).

(2) MICHELI, *op. cit.*, 169, ricorda che la differenza tra *consegna* di mobili e *rilascio* di immobili deriva soltanto dalla diversità delle operazioni materiali disciplinate dal codice di procedura civile concretanti l'esecuzione forzata.

(3) Per l'irrilevanza della fonte dell'obbligazione v. per la dottrina moderna FINOCCHIARO, *op. cit.*, 434 s.; S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 546 ss. È appena il caso di rammentare che ormai non trova oggi alcuno spazio la risalente idea (v. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, I, Padova, 1932, 36) di ricondurre all'esecuzione forzata per consegna l'attuazione dei provvedimenti giudiziari di affidamento dei minori: v. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 880 ss.; FICCARELLI, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese in confronto*, in *Fam. Dir.*, 2016, 83 ss.; FINOCCHIARO, *op. cit.*, 437 s.

ART. 2931

**ESECUZIONE FORZATA DEGLI
OBBLIGHI DI FARE**

Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile.

SOMMARIO: 1. In generale. — 2. Gli obblighi di fare infungibili. — 3. Gli obblighi di fare coercibili in natura. — 4. Gli obblighi di fare nel diritto di famiglia. — 5. Il procedimento e i poteri del giudice dell'esecuzione.

1. In generale.

L'articolo in commento è dedicato all'esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare diversi dalla consegna di una cosa mobile e dal rilascio di un immobile (1). Come si è visto (Intr., par. 5), l'art. 612 c.p.c. rende palese che l'unico titolo esecutivo ammesso dall'ordinamento per questa esecuzione in natura è la sentenza. La condanna a un *facere* deve individuare con precisione l'opera che deve essere compiuta affinché il debitore, ricevuta la notifica del precetto con descrizione dell'obbligo inadempito, possa adempiere e così evitare l'esecuzione forzata. In caso di mancato adempimento il creditore chiede l'esecuzione in forma specifica, consistente nel compimento del fare tramite l'organo esecutivo e a spese dell'obbligato inadempiente.

(1) In generale v. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983; MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit.; FINOCCHIARO, *Art. 2931*, cit., 446 ss.; S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 576 ss.

In realtà il testo dell'art. 2931 c.c. appare eccessivamente generico e assomiglia quasi all'affermazione di un principio generale. Il suo contenuto positivo viene definito mediante vari limiti esterni, che fungono da perimetro dell'eseguibilità coattiva in natura delle obbligazioni di fare.

Il primo limite, come appena ricordato, discende dalla distinzione sul piano del diritto processuale tra l'esecuzione delle obbligazioni di consegna o rilascio e l'esecuzione delle obbligazioni di fare. La consegna di un bene mobile o il rilascio di un bene immobile sono comunque prestazioni consistenti in un fare, ma per le ragioni storiche già illustrate (v. Intr., par. 1) consegna e rilascio ricevono una disciplina speciale rispetto alle altre prestazioni di fare. In breve, l'esecuzione forzata per consegna o rilascio appare più semplice e la relativa disciplina processuale mette subito in primo piano l'intervento dell'ufficiale giudiziario.

Il secondo limite dipende dall'introduzione nel sistema del codice civile della sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 c.c., che oramai viene applicato dalla giurisprudenza all'inadempimento di ogni obbligazione avente ad oggetto l'emissione di qualsivoglia dichiarazione di volontà (v. *sub.* art. 2932, Sez. I, par. 2). La stipulazione di un negozio giuridico dal punto di vista materiale è indubbiamente un *facere*, ma il diritto positivo appresta per l'inadempimento della relativa obbligazione l'apposita tutela in forma specifica che consiste nel riconoscere la sentenza quale fonte degli effetti del negozio giuridico non stipulato.

Il terzo limite discende dall'estensione che la disciplina dettata dal codice di procedura civile assegna all'esecuzione coattiva degli obblighi di fare. L'art. 612, comma 2, c.p.c. consente l'esecuzione forzata per il « compimento dell'opera non eseguita » in violazione dell'obbligazione di fare. L'organo esecutivo ha quindi il potere di compiere soltanto un'opera o un'attività materiale surrogandosi al debitore inadempiente.

Il quarto limite è posto dalla natura infungibile della prestazione, sulla quale si sofferma il par. seguente. In breve, in caso di infungibilità l'esecuzione forzata dell'obbligazione di fare non è possibile.

2. Gli obblighi di fare infungibili.

L'esecuzione forzata degli obblighi di fare

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

SEZIONE I
IN GENERALE

SOMMARIO: 1. La sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso. — 2. Gli obblighi a contrarre coercibili in forma specifica. — 3. L'oggetto della sentenza costitutiva. — 4. L'estensione del rimedio: la responsabilità precontrattuale; gli obblighi legali di alienazione. — 5. *Segue*: gli obblighi a trattare e a rinegoziare. — 6. Il rapporto con le misure di coercizione indiretta (art. 614-*bis* c.p.c.). — 7. Esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre e arbitrato. — 8. Esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre e pubblica amministrazione.

1. La sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso.

L'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di stipulare un contratto è attuata mediante una sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso (1). Sul piano descrittivo si può affer-

(1) Sull'esecuzione forzata disciplinata dall'art. 2932 c.c. v. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; v. poi Id., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1204 ss.; Id., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, 508; Id., *La tutela giurisdizionale dei diritti*², Torino 1994; DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 377 ss.; Id., *La tutela civile*, cit., 309 ss.; FERRI, *La sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Diritto Privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, 1995, 59 ss.; FREANDA, *Esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di concludere un contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 1020 ss.; GAZZONI, *Il contratto*

mare che essa conduce allo stesso risultato economico e giuridico del consenso che il debitore non ha prestato.

L'origine dell'art. 2932 c.c. è ampiamente nota e può essere qui ricordata molto schematicamente (2). L'idea dell'introduzione nell'ordinamento della tutela in forma specifica di fronte all'inadempimento dell'obbligazione di contrarre risale, come proposta *de iure condendo*, allo studio di Leonardo Coviello senior sul contratto preliminare, ispirato alle dottrine germaniche (3). L'abbandono della regola francese, per la quale la promessa di vendita valeva come vendita perfetta, e l'accoglimento della scissione tra contratto preliminare e contratto definitivo di vendita creavano il problema, del tutto nuovo nel panorama giuridico dell'epoca, della tutela di un contraente (in genere il promittente compratore) in caso di inadempimento della controparte (in genere il promittente venditore). Coviello auspica allora l'introduzione di una forma di tutela parallela a quella prevista dal § 894 ZPO che permette al giudice di considerare come emessa la dichiarazione di volontà del contraente inadempiente. La necessità di una espressa base legale a una simile azione era condivisa da Carnelutti (4). Diversamente Chioventa e Calamandrei sostenevano l'ammissibilità della sentenza costitutiva in base ai principi generali del sistema processuale civile (5).

Quel vivace dibattito teorico ha così portato all'inserimento nella trama del codice civile dell'art. 2932 c.c. In dottrina si osserva

*preliminare*⁵, Torino, 2010, 148 ss.; MURONI, *Art. 2932*, cit., 462 ss.; ID., *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018; S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 669 ss.

Sul piano terminologico va condivisa l'osservazione di SACCO, *Contratto imposto*, in *Dig. priv./civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, 263, sull'irrelevanza precettiva della differenza tra i termini *obbligo* e *obbligazione*: l'art. 2932 c.c. «usa indifferentemente l'espressione "obbligo" (di concludere un contratto) e l'espressione "obbligazione"; la prima formula è contenuta nella rubrica dell'articolo, la seconda è contenuta nel testo».

(2) Sia consentito rinviare a MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, 137 ss.; MURONI, *L'azione*, cit., 1 ss.

(3) L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, 203 s. (già *Nota* a Cass. Torino, 21 maggio 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, 667 ss., poi *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, III, Milano, 1902, 68 ss.).

(4) CARNELUTTI, *Ancora sulla forma della promessa bilaterale di compravendere immobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 616 ss.

(5) CHIOVENTA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 99 ss.; CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1931, 219 ss.

che la *sedes materiae* dell'articolo, calato all'interno della Sezione sull'esecuzione forzata in forma specifica, risponde a un criterio di correttezza sistematica (6) e valorizza il profilo funzionale piuttosto che quello strutturale della relativa azione (7).

Dal punto di vista strutturale però questa forma di esecuzione in natura differisce profondamente da quelle delle obbligazioni di consegna e rilascio e di fare e di non fare: la sentenza prevista dall'art. 2932 c.c. non viene emessa in un procedimento esecutivo e non presuppone un titolo esecutivo, ma è invece una sentenza costitutiva riconducibile alla previsione generale dell'art. 2908 c.c. e che conclude un processo di cognizione (8).

La natura giuridica della sentenza in esame è stata al centro di sottili discussioni dogmatiche in ambito processualcivile. Per alcuni si tratta di sentenza determinativa-esecutiva della situazione giuridica sostanziale già prodotta dall'autonomia delle parti attraverso il contratto preliminare (9). Per altri essa ha effettiva natura costitutiva, producendo autonomamente vicende giuridiche sostanziali.

(6) MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 555.

(7) MURONI, *Art. 2932*, cit., 467.

(8) Che si tratti di un processo di cognizione non vi sono dubbi: v. MURONI, *op. ult. cit.*, 463. Per il collegamento dell'azione ex art. 2932 c.c. al principio posto dall'art. 2908 c.c. v. da ultimo SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano 2021, 136, approvato da TISCINI, *Riflessioni sparse intorno alla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1234 ss., per il quale i confini della tutela costitutiva derivano dagli art. 2907 c.c. che esprime il principio della domanda, e con ciò sancisce il principio dispositivo, e dall'art. 2909 c.c. che cristallizza gli effetti della sentenza intorno alla cosa giudicata, con la conseguenza che l'interprete dovrebbe contenere il potere del giudice di produrre effetti modificativi della realtà giuridica e quindi dovrebbe preferire una lettura stretta (per la tipicità o la tassatività) che riconduca sempre alla previsione legislativa la concessione della tutela costitutiva; in effetti la tassatività della tutela costitutiva è ampiamente coltivata dalla dottrina processualistica: v. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 17; Id., *Obbligo a contrarre*, cit., 508; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; come si vedrà la giurisprudenza non tiene in gran conto questa impostazione restrittiva, che risulta abbandonata ad esempio da SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano 1997, 35 ss. e 101 s., in favore dell'applicazione dell'art. 2932 c.c. a ogni dichiarazione di volontà dovuta, indipendentemente dalla fonte dell'obbligo.

(9) Così MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 509 ss., che coerentemente limita l'azione in esame al solo inadempimento dell'obbligazione di contrarre nascente da preliminare.

ziali (10). Per altri ancora la sentenza ha natura cognitiva di mero accertamento (dell'inadempimento) ed esecutiva allo stesso tempo, perché essa opera anche come attuazione coattiva del credito rimasto insoddisfatto (11). Per altri ancora la sentenza è costitutiva e risponde alla pretesa del creditore verso lo Stato di ottenere la modificazione giuridica sulla base dell'obbligazione di contrarre rimasta inadempita, con la peculiarità che l'effetto costitutivo dà attuazione al rapporto sostanziale inadempito (12). Si aggiunge che la sentenza costitutiva comunque ingloba in sé un necessario effetto autoesecutivo, che giustifica l'inserimento della tutela dell'obbligazione di contrarre nella sezione del codice civile relativa all'esecuzione in forma specifica (13). Inoltre la sentenza può contenere anche capi di condanna, come ad esempio la consegna di un bene, per i quali l'attore vittorioso deve poi mettere in atto l'esecuzione forzata in forma specifica adoperando la sentenza stessa quale titolo esecutivo (14).

Nel modello tradizionale offerto dall'obbligazione nascente da contratto preliminare, di fronte all'inadempimento del soggetto obbligato a stipulare un contratto il creditore dispone dell'alternativa prevista dall'art. 1453, comma 1, c.c. tra la domanda di adempimento e la domanda di risoluzione del preliminare, oltre al risarcimento del danno in entrambi i casi (15).

Se il creditore sceglie di ottenere l'adempimento dell'obbligazione la prospettiva si biforca. Egli può domandare la condanna del debitore convenuto a stipulare il contratto: la condanna però non è coercibile con la procedura dedicata dal codice di rito all'esecuzione forzata obbligazioni di fare, considerata la sua infungibilità, e per-

(10) Per MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 555, la sentenza prevista dall'art. 2932 c.c. concreta la figura dell'atto di esecuzione non forzata in forma specifica; per osservazioni generali v. FAZZALARI, *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1250 ss.

(11) Così PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 32, distinguendo la sentenza *ex art.* 2932 c.c. da quelle costitutive secondo la previsione generale dell'art. 2908 c.c.

(12) MURONI, *Art. 2932*, cit., 468 ss., e Id., *L'azione*, cit., 181 ss., per la quale si presenta la combinazione tra l'accertamento costitutivo della sentenza e la sua funzione esecutiva.

(13) Così VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 72.

(14) Cfr. Di...

SEZIONE II

L'ESECUZIONE IN FORMA SPECIFICA DEI CONTRATTI
PRELIMINARI

SOMMARIO: 1. Premessa: la nozione di contratto preliminare. — 2. L'esecuzione forzata in forma specifica del preliminare di donazione. — 3. *Segue*: del preliminare di società. — 4. *Segue*: del preliminare di locazione. — 5. *Segue*: del preliminare di contratti reali. — 6. *Segue*: del preliminare di vendita obbligatoria. — 7. *Segue*: dei preliminari di contratti di lavoro. — 8. *Segue*: del preliminare di concessione di ipoteca. — 9. *Segue*: del preliminare di altre garanzie reali. — 10. *Segue*: del preliminare di trasferimento di diritti edificatori. — 11. *Segue*: del patto di prelazione. — 12. *Segue*: del preliminare di divisione. — 13. *Segue*: del preliminare di altri contratti.

1. Premessa: la nozione di contratto preliminare.

Non vi è dubbio che nell'attuale discorso giuridico il rimedio offerto dall'art. 2932 c.c. viene principalmente collegato all'inadempimento del contratto preliminare, in accordo con l'evoluzione storica sopra tratteggiata. Peraltro occorre una precisazione.

Nel lessico giuridico italiano il termine *contratto preliminare* è affetto da un'anfibologia emersa in un secolo e mezzo di storia: esso indica sia lo specifico contratto, inquadrato nel processo di formazione del contratto in generale, che obbliga a stipulare un successivo contratto definitivo, sia il contratto causale oneroso che produce l'obbligazione di trasferire la proprietà o altro diritto e che viene adempiuto per mezzo di un successivo negozio traslativo. Il con-

tratto preliminare nasce come istituto di applicazione generale per importazione del concetto di *Vorvertrag* elaborato dai Pandettisti tedeschi e per lungo tempo è stato considerato fonte soltanto di un'obbligazione di *facere*, cioè di stipulare il definitivo (1). Però nel settore della vendita immobiliare esso ha messo fuori gioco l'equiparazione di derivazione francese tra promessa di vendita e vendita e ha consentito la scissione tra il contratto che obbliga a trasferire la proprietà e il negozio traslativo con causa solutoria: su tale vicenda v. *infra*, Sez. III, par. 1.

Al preliminare la prassi ricorre essenzialmente per le vicende traslative, mostrando come il preliminare di vendita sia divenuto nel tempo una vera vendita a effetti obbligatori: nei repertori abbondano i trasferimenti della proprietà immobiliare, e in minore misura le cessioni di azienda (2), di quote sociali (3) e di altri diritti (4).

Peraltro è dottrina comunemente accolta che il preliminare può essere adottato con riferimento a quasi ogni tipo contrattuale (5). Ma ciò non significa che il preliminare di ogni tipo contrattuale, pur ammesso, sia automaticamente suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica in caso di inadempimento. In altri termini, non sussiste corrispondenza biunivoca tra preliminari ammessi e sentenze costitutive *ex art.* 2932 c.c. L'esame della giurisprudenza permette di ve-

(1) Cfr. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, in *Nss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 689; MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, cit., 167; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*³, in *Comm. del cod. civ.*, Torino, 1980, 199 s.; così ancora SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. del contr.*, dir. da Roppo, III, Milano, 2006, 375 ss.; una sintesi dell'intera materia in POLETTI, *Art. 1351*, in A.V., *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, Assago, 2016, 130 ss.; invece per una trattazione già moderna v. SACCO, *Il contratto*¹, cit., 678 ss. (poi 3^a ed., cit., II, 259 ss.).

(2) Es. Cass. 10 febbraio 2004, n. 2497, in *Contr.*, 2004, 1110 ss.; Cass. 16 ottobre 2006, n. 22122, in *Giur. it.*, 2007, 1652 ss.; Cass. 5 giugno 2018, n. 14372; Trib. Sanremo, 13 gennaio 2004, in *Gius.*, 2004, 2595.

(3) Es. Cass. 26 settembre 2018, n. 22997; Trib. Verona, 3 giugno 2012, in *Soc.*, 2013, 513 ss.

(4) Es. per la cessione esclusiva dei futuri diritti di sfruttamento industriale di un'invenzione: Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, in *Corr. giur.*, 2007, 539 ss.; per la cessione di cubatura edificabile: Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 319 ss. (v. *infra*, par. 10).

(5) Per i negozi non patrimoniali, specie del diritto di famiglia, cfr. GAZZONI, *op. cit.*, 94 ss.; per il preliminare di testamento in rapporto alla nullità dei patti successori v. CALVO, *Contratto preliminare*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 122 ss.

rificare le deviazioni dal paradigma tradizionale dell'esecuzione in natura disciplinata dall'articolo in commento.

Merita aggiungere che l'esecuzione forzata in forma specifica tutela il diritto di credito a ottenere mediante la sentenza gli effetti del contratto che il convenuto non ha stipulato rendendosi inadempiente. Pertanto l'azione *ex art. 2932 c.c.* può essere esperita anche quando l'obbligo di contrarre deriva da un contratto preliminare unilaterale, nel quale cioè soltanto una delle parti si impegna a stipulare il definitivo (6). Ad esempio l'obbligazione di assunzione con contratto di lavoro di diritto privato nella pubblica amministrazione a seguito di graduatoria viene qualificato come preliminare unilaterale, suscettibile di esecuzione forzata tramite sentenza costitutiva (7). Ancora, la giurisprudenza ammette la configurabilità di un impegno unilaterale ad assentire alla cancellazione di un'ipoteca (8): si tratta dell'assunzione dell'obbligo di rilasciare il consenso suscettibile di esecuzione forzata mediante sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* D'altra parte la stessa legge che disciplina il *rent to buy*, nel quale l'obbligo di stipulare il trasferimento è assunto dal solo cedente, espressamente prevede l'applicabilità dell'*art. 2932 c.c.*: v. *infra*, Sez. IV, par. 5.

Ancora rileva sul piano dell'esecuzione forzata in natura la distinzione tra il preliminare bilaterale e la fase delle trattative, che pur conosce «minute» e «puntuazioni» dalle quali può scaturire la responsabilità precontrattuale. Ma da queste fasi delle trattative non sorge l'obbligazione di stipulare un successivo contratto. Le parti qui fissano alcuni punti del contratto sul quale trattano e assumono al più l'impegno di trasfondere il contenuto delle minute nel contratto, qualora esso venga stipulato.

Parimenti rileva sul piano della tutela esecutiva la differenza tra l'assunzione dell'obbligazione di stipulare un contratto definitivo e l'obbligazione di riprodurre in altra forma un contratto già stipulato. Il contratto preliminare si distingue dal contratto già definitivo con patto di futura documentazione: nel primo le parti si obbligano a stipulare il definitivo; nell'altro esse vogliono che il contratto già produca gli effetti definitivi, impegnandosi a riprodurre, normal-

(6) In generale sul preliminare unilaterale v. SACCO, *op. cit.*³, II, 271 s.; SICCHIERO, *op. cit.*, 391 ss.; ROPPO, *op. cit.*, 617 s.; CALVO, *op. cit.*, 49, opta per il termine di preliminare unilateralmente vincolante.

(7) Trib. Taranto, 11 luglio 2002.

(8) Così Cass., 11 luglio 2014, n. 15893.

mente in forma più solenne (ad es. per atto pubblico) il consenso già manifestato (9).

La maggiore conseguenza operativa di queste distinzioni si rinviene nel rimedio accordato, che consiste nell'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* soltanto per il preliminare, mentre il rifiuto di stipulare in fase di trattative è presidiato soltanto dal risarcimento dell'interesse negativo per responsabilità precontrattuale. È una questione di merito, destinata ad assumere sempre maggiore rilevanza nella prassi della contrattazione svolta secondo schemi e modelli provenienti dal *common law*, accertare se l'evoluzione delle trattative si sia spinta fino a far sorgere un'effettiva obbligazione di contrarre in capo alle parti (10).

Parimenti il rifiuto di documentare in forma solenne un contratto perfezionatosi per scrittura privata non conduce a una sentenza costitutiva che produce gli effetti del contratto, ma porta a una sentenza di verifica delle sottoscrizioni (11). La tesi che il patto di futura documentazione richieda comunque una manifestazione di volontà delle parti trova un ostacolo letterale nell'art. 2652 c.c., che ai fini della trascrizione menziona separatamente la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre e quella di accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private (12). Pertanto l'interesse di ciascuna parte alla riproduzione

(9) La volontà delle parti può venire desunta dal tenore letterale del contratto, ma le espressioni in esso contenute non sono di per sé decisive e il giudice di merito deve sempre accertare l'effettiva volontà delle parti, non limitandosi al significato tecnico giuridico delle parole adoperate, effettuando un accertamento di fatto: v. Cass., 4 ottobre 2006, n. 21381; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23142; Cass., 23 agosto 2019, n. 21650.

(10) DE NOVA, *Contratti di impresa*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 245 s., si interroga sull'applicazione del rimedio dell'art. 2932 c.c. alla sequenza *letter of intent — due diligence — sale and purchase agreement — closing* frequente nella cessione di partecipazioni sociali qualificate.

(11) Cfr. già Cass. 9 giugno 1972, n. 1597, in *Foro it.*, 1971, I, 1873 ss.; poi Cass., 24 luglio 1997, n. 6919 (fallisce un comproprietario dell'immobile; l'autorizzazione data al curatore dagli altri per vendere le proprie quote all'aggiudicatario della quota del fallito viene inserita nel bando e vale come offerta di vendita al pubblico; l'aggiudicatario agisce vittoriosamente contro di loro *ex art. 2932 c.c.*, ma la sentenza è cassata); Cass., 23 gennaio 2013, n. 1553 (la corte di merito correttamente accerta l'autenticità delle sottoscrizioni invece di emettere la sentenza costitutiva); per la dottrina compari: MONTAUDO, *Obbligo a contrarre*, cit., 509 ss.; MONTAUDO, *Art. 2932 c.c. — Obbligo a contrarre*, cit., 852 s.

SEZIONE III

L'ESECUZIONE IN FORMA SPECIFICA DELLA VENDITA
OBBLIGATORIA

SOMMARIO: 1. Premessa: il preliminare di vendita come vendita a effetti obbligatori. — 2. L'esecuzione forzata della vendita obbligatoria. — 3. La trascrizione della domanda. — 4. La trascrizione della sentenza. — 5. L'inadempimento. — 6. L'esecuzione forzata in presenza di parti complesse. — 7. Le modifiche al bene oggetto dell'obbligazione traslativa. — 8. Il contenuto della sentenza: il bene oggetto del trasferimento. — 9. *Segue*: la riduzione del prezzo. — 10. Le menzioni urbanistiche e catastali. — 11. L'effetto traslativo e il pagamento del prezzo: la sentenza condizionata. — 12. L'esecuzione forzata per figure contrattuali particolari. — 13. Gli effetti della sentenza. — 14. La domanda giudiziale e i diritti dei terzi. — 15. L'esclusione pattizia e l'impossibilità dell'esecuzione forzata. — 16. L'esecuzione forzata per beni diversi dagli immobili. — 17. L'esecuzione forzata dell'obbligazione traslativa e le procedure concorsuali. — 18. La sentenza traslativa e il pagamento dell'imposta di registro.

1. Premessa: il preliminare di vendita come vendita a effetti obbligatori.

L'evoluzione storica nell'ordinamento italiano ha prodotto quale esito odierno che il *preliminare di vendita* è in realtà una

vendita obbligatoria produttiva dell'obbligazione di dare (1). Il termine *contratto preliminare* indica così ogni fattispecie negoziale che obbliga a trasferire la proprietà (2). La giurisprudenza ha pertanto enucleato le regole applicabili alla vendita obbligatoria, nascosta sotto la tradizionale qualificazione di contratto preliminare di vendita.

Ciò è avvenuto per due ragioni.

Da un lato gli interpreti continuano a negare che il contratto

(1) Per la ricostruzione del testo v. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 673 ss.; essa è approvata da: SACCO, *op. cit.*³, II, 265 s.; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2895 ss.; Id., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, I, 19 ss.; Id., *Il contratto preliminare*, Torino, 1998 (3^a ed., 2010), 1 ss., specie 12 s., 23 ss., 181; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato 1995*, Padova, 1995, 26 (ma diversamente in Id., *Diritto civile. Il contratto*², Milano, 2000, 181 ss.); FRANZONI, *Degli effetti del contratto*², II, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 377 ss. e 403 ss. (cautamente); DELFINI, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 187 ss.; DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, cit., 1070; CALVO, *op. cit.*, 24. Alcuni autori accolgono tale ricostruzione per il solo preliminare ad effetti anticipati: DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, Padova, 1991, 37 ss., 170 ss.; Id., *La sequenza preliminare-definitivo e la modularità del vincolo nelle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre*, in A.V., *La contrattazione preliminare*, Torino, 2017, 8 ss.; LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, 27 s.; Id., *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, 60 e 649 ss.; Id., *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in A.V., *La contrattazione*, cit., 70; CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1005 ss.; COSCO, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*, Padova, 2018, 81 ss.; per l'evoluzione storica v. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realità'*, cit., e LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *Studi De Nova*, Milano, 2015, III, 1791 ss.; che il preliminare di vendita scinda nella prassi l'assunzione dell'obbligo e il trasferimento era descrittivamente indicato già da C.M. BIANCA, *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi Scaduto*, Padova, Cedam, 1970, 140, e da SACCO, *op. cit.*¹, 682.

(2) Per lo studio dell'obbligazione di dare v. GORLA, *L'obbligazione di dare*, in *Foro it.*, 1957, IV, 227 ss., che sostenne sulla scia delle ricostruzioni pandettistiche la compresenza dell'atto di disposizione astratto nel contratto di vendita; DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1947, 214 ss.; CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, 1950, 211 ss.; MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*⁵, Milano, 1975, 200 ss. (per le fonti legali); CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 781 ss.

tipico di vendita possa produrre l'obbligazione di trasferire il diritto al compratore mediante un successivo negozio traslativo (3). Le ipotesi di vendita obbligatoria normalmente studiate dagli autori sono in realtà vendite con effetto reale differito: condizionate, a termine, con riserva di proprietà.

D'altro lato è stato agevole nascondere l'obbligazione di dare del promittente venditore sotto l'ombrello semantico del *facere* quale unica obbligazione — quella appunto di stipulare un futuro contratto — suscettibile di essere creata dal contratto preliminare. In tale maniera nelle trattazioni teoriche non si è distinta l'obbligazione di stipulare un contratto traslativo della proprietà dalla generica obbligazione di stipulare un qualunque contratto.

All'apparizione del codice civile del 1865 il giurista italiano non trattava del preliminare come istituto generale, ma ben conosceva la promessa (bilaterale) di vendita. Quest'ultima non era vietata, come invece disponeva l'art. 1589 *code civil* equiparandola alla vendita perfetta (*promesse de vente vaut vente*), ma era comunque vista con disfavore alla luce del principio consensualistico di derivazione francese: l'accordo delle parti su oggetto e prezzo tendeva a essere considerato vendita definitiva. Il codice civile francese d'altra parte non conosceva — né conosce ora — la figura del contratto preliminare come istituto generale e l'orizzonte dell'elaborazione dottrinale dell'*avant-contrat* rimane sempre limitato alla fase delle trattative (4).

Alla fine del XIX secolo si impongono nella civilistica italiana le costruzioni teoriche della Pandettistica germanica. Il modello di trasferimento della proprietà trasfuso nel BGB accoglie la scissione tra il contratto obbligatorio, quale *titulus acquirendi*, e il negozio traslativo, quale *modus acquirendi*, consistente nella consegna per i beni mobili e in un apposito atto traslativo di natura astratta (*Auflassung*) per i beni immobili. Nel 1896 Leonardo Coviello senior, come già ricordato, pubblica la monografia sul contratto preliminare e costruisce la figura come contratto che obbliga le parti

(3) Per tutti v. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da Vassalli, Torino, 1972, 71 ss. e 119 ss., poi in 2^a ed., 1993, I, 82 ss. e 133 ss.; tesi ripetuta acriticamente da ALCARO, in ALCARO, BANDINELLI e PALAZZO, *Effetti del contratto*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2011, 16 s.; D'AMICO, *La compravendita*, I, *ivi*, 2013, 236 s.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., 66 ss. e 655; PELLEGRINI, *Donazione obbligatoria*, in *Dig. priv./civ.*, Agg. XII, Torino, 2019, 199 ss.

(4) Cfr. DESHAYES (cur.), *L'avant-contrat*, Paris, 2008.

a stipulare in futuro un altro contratto, poi denominato contratto definitivo (5). Il nuovo paradigma teorico trova scarsa resistenza in alcuni epigoni dell'esegesi di derivazione francese, rimati fedeli all'equiparazione della promessa di vendere alla vendita perfetta (6).

Però in Italia l'adozione del preliminare di derivazione pandettista non teneva conto del sistema traslativo della proprietà, che era fedele al modello del consensualismo francese. Così i pratici trovarono nel contratto preliminare lo strumento idoneo per attuare la scissione tra contratto obbligatorio e negozio traslativo nei trasferimenti immobiliari che la promessa di vendere non riusciva a permettere compiutamente.

Dopo essere diventata l'articolazione abituale per il trasferimento immobiliare *venditionis causa*, la coppia preliminare/definitivo viene poi estesa a vari fenomeni contrattuali di diritto speciale. Tra questi in particolare si annovera la prenotazione di alloggio in cooperativa, qualificata come contratto preliminare al quale segue l'assegnazione in proprietà, qualificata come contratto definitivo (7). Si registra anche l'offerta rivolta ai conduttori aventi diritto di opzione per la cessione degli immobili pubblici a destinazione abitativa compresa in piani di dismissione previsti da numerose leggi di settore: l'offerta inviata dall'ente proprietario e accettata dal conduttore rappresenta l'impegno preliminare, cui segue la vendita definitiva (8). La stessa coppia definitiva si registra in giurisprudenza per varie ipotesi di obbligazione di trasferire la proprietà senza corrispettivo, seppure all'interno di fattispecie connotate da una causa tipica non donativa. Ne sono esempio l'obbligazione assunta dai coniugi in sede di accordi relativi alla separa-

(5) L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari*, cit., accogliendo la costruzione dogmatica del preliminare di DEGENKOLB, *Der Begriff des Vorvertrages*, in *Arch. civ. Praxis*, 1887, 1 ss. (già in *Festschrift Fritz*, Freiburg, 1871, 1 ss.), e *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrages*, *ivi*, 52 ss.

(6) Per tutti v. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, IV, 29 ss.

(7) In tal senso v. già Cass. 17 luglio 1980, n. 4649, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2675 ss.; poi Cass. 18 novembre 2016, n. 23514; cfr. MONTICELLI, *Prenotazione*, in *Dig. priv./civ.*, XIV, Torino, 1996, 201 ss.

(8) Tra tutte v. d.l. 25 settembre 2001, n. 351, art. 3, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, art. 26, e l. 21 dicembre 2005, n. 250, art. 7, comma 134; per l'adozione dello schema preliminare v. Cass. 15 marzo 2016, n. 6023; Cass. 15

SEZIONE IV

ALTRE IPOTESI DI SENTENZA COSTITUTIVA

SOMMARIO: 1. Le obbligazioni legali a contrarre nel campo dei diritti reali. — 2. Mandato senza rappresentanza e negozio fiduciario. — 3. Altre obbligazioni legali di contrarre. — 4. Le obbligazioni di contrarre di fonte testamentaria. — 5. Il contratto di *rent to buy*.

1. Le obbligazioni legali a contrarre nel campo dei diritti reali.

Il rimedio dell'esecuzione in forma specifica va concesso anche al soggetto che vanti un diritto alla stipulazione di un contratto avente fonte nella legge.

La disciplina dei diritti reali immobiliari presenta varie ipotesi.

L'art. 849 c.c. consente al proprietario di un terreno entro il quale siano compresi appezzamenti appartenenti ad altri soggetti, di estensione inferiore alla minima unità colturale, di ottenere il trasferimento di proprietà di tali terreni interclusi dietro pagamento del loro prezzo. In caso di rifiuto da parte dei proprietari di questi terreni il trasferimento può essere pronunciato dal giudice mediante la sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto non concluso.

L'art. 874 c.c. attribuisce ai confinanti il diritto potestativo di chiedere la comunione forzosa del muto costruito sul confine. L'opinione tradizionale della dottrina attribuiva alla sentenza che pronuncia la comunione la natura di sentenza di accertamento, con

la conseguenza che la comunione si riteneva sorta alla scadenza del termine assegnato al proprietario del muro per prestare il suo consenso a tale comunione (1). Invece secondo la giurisprudenza costante l'aveente diritto è legittimato a domandare una sentenza costitutiva che produce coattivamente l'effetto reale alla data del passaggio in giudicato, condizionata al versamento da parte dell'attore vittorioso dell'indennità di medianza (2). Talora la domanda viene proposta in via riconvenzionale dal proprietario confinante quando l'attore, proprietario del muro, agisce per ottenere la rimozione di opere illegittimamente eseguite nel muro stesso dal confinante convenuto (3).

L'art. 1128 c.c., per il perimento di edificio condominiale per misura inferiore ai tre quarti del suo valore, qualora l'assemblea dei condomini deliberi la ricostruzione delle parti comuni, obbliga il condomino che non intende partecipare alla ricostruzione a cedere agli altri condomini i suoi diritti, anche sulle parti di sua esclusiva proprietà, secondo la stima che ne sarà fatta. Nuovamente il rifiuto al trasferimento volontario conduce all'esecuzione forzata mediante sentenza costitutiva (4).

L'art. 1032 c.c., di maggior rilievo pratico, dispone che quando in forza di legge il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere, da parte del proprietario di un altro fondo, la costituzione di una servitù, in assenza di contratto questa è costituita con sentenza. Al diritto di ottenere la costituzione delle servitù coattive corrisponde, in capo al proprietario del fondo destinato a divenire servente, l'obbligazione di fonte legale avente ad oggetto la stipulazione del

(1) Per tutti v. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, 47; ALBANO, *Le limitazioni legali della proprietà in Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, 7, Torino, 1982, 580 s.

(2) Cass., 5 novembre 1977, n. 4710; Cass., Sez. Un., 28 novembre 1996, n. 10615, in *Giust. civ.*, 1997, I, 633 ss., con nota di TRIOLA, in *Riv. giur. edil.*, 1997, I, 271 ss., in *Notar.*, 1997, 413 ss., con nota di MAGNANI, *Criteri distintivi tra luci e vedute*; ancora contrario TRIOLA, *Vicinato (rapporti di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1995, 693, che però concorda sul fatto che il diritto potestativo alla comunione del muro si realizza soltanto attraverso una sentenza costitutiva; cfr. MASCOLO, *Art. 874*, in A.V., *Della proprietà*, II, a cura di Jannarelli e Macario, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, Assago, 2012, 150.

(3) Cass., 2 aprile 2004, n. 6512, in *Resp. civ.*, 2005, 217 ss., con nota di TESCARO, *Realizzazione abusiva di opere sul muro di confine: norme di vicinato applicabili e prescrizione del diritto al risarcimento*.

(4) Cfr. GIRINO e BAROLI, *Condominio negli edifici*, in *Dig. priv./civ.*, III, Torino, 1988, 421.

relativo contratto costitutivo, che in caso di rifiuto viene sostituito dalla sentenza resa a sensi dell'art. 2932 c.c. che determina l'indennità dovuta e le modalità di esercizio della servitù (5).

Tutte queste situazioni, pur differenti tra loro, sono accomunate dalla natura non volontaria del trasferimento del diritto reale previsto dalla legge. In termini economici il trasferimento della risorsa in questione, quando richiesto dall'avente diritto, sfugge al meccanismo della libera contrattazione e non si produce come scambio nel mercato (6). Quindi si presenta una duplice modalità di raggiungimento del risultato giuridico: se l'obbligato adempie l'obbligazione derivante dalla legge, il trasferimento è operato da un contratto che si atteggia ad atto dovuto; se l'obbligato si rifiuta di adempiere, l'avente diritto trova nella procedura disciplinata dall'art. 2932 c.c. il meccanismo idoneo a ottenere l'effetto traslativo in conformità alle rispettive norme legali.

Paiono del tutto ininfluenti le differenti modalità che la legge appresta al fine di rendere equo il trasferimento imposto all'obbligato. In genere occorre una stima del valore del diritto oggetto di trasferimento, cosicché l'avente diritto paga un prezzo o un indennizzo che sono sottratti alla libera negoziazione e non corrispondono a criteri di libero scambio. Talora la sentenza costitutiva viene emessa secondo il modello offerto dall'art. 2932, comma 2, c.c. per i contratti a prestazioni corrispettive; talaltra la sentenza prevede essa stessa l'indennizzo da pagare all'obbligato, come nel caso della comunione coattiva del muro e delle servitù coattive, rientrando nei poteri discrezionali del giudice stabilire l'ammontare dell'indennità indipendentemente dalla domanda dell'attore (7).

Sul piano teorico la descrizione del diritto azionato in talune di queste ipotesi — in particolare quella delle servitù coattive — in termini di diritto potestativo, anziché di diritto di credito, non altera la natura sostanziale del trasferimento attuato al di fuori della

(5) Cfr. Cass., 21 novembre 1983, n. 6942, per la quale il pagamento dell'indennità non è condizione per la produzione dell'effetto costitutivo proprio della sentenza; BRANCA, *Delle servitù prediali*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, 77 s.; sulla questione se l'inadempimento all'obbligazione di pagare l'indennità, considerata onere per la costituzione della servitù coattiva, consenta la risoluzione del suo titolo costitutivo v. COMPORTI, *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 330 s.

(6) Cfr. MATTEI, *La proprietà*², in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino, 2015, 215 ss.

(7) Cass., 21 novembre 1983, n. 6942, per la servitù coattiva; BRANCA, *op. loc. cit.*

contrattazione di mercato (8). La tutela apprestata dall'ordinamento ha come oggetto un interesse sostanziale omogeneo nelle varie ipotesi (9). La posizione di soggezione del soggetto passivo comporta comunque che egli sia tenuto a concludere il contratto richiesto dall'avente diritto. Sul piano pratico la soluzione giurisprudenziale dell'emanazione di sentenze condizionate al pagamento di quanto dovuto a favore del convenuto supera la differenza tra fattispecie con corrispettivo noto *ex ante*, derivante da apposita stima, e fattispecie con indennizzo fissato dal giudice con la sentenza stessa.

Di conseguenza la domanda per ottenere la sentenza costitutiva nelle ipotesi sinora illustrate soggiace alla disciplina dell'azione *ex art.* 2932 c.c., ad esempio in tema di impossibilità all'emanazione della sentenza e di utilizzazione del meccanismo condizionale in caso di indennità da corrispondere al convenuto soccombente. Inoltre la domanda risulta soggetta a trascrizione a sensi dell'art. 2652, n. 2), c.c. (10).

2. Mandato senza rappresentanza e negozio fiduciario.

Il mandatario senza rappresentanza che acquista beni immobili o mobili registrati per conto del mandante in forza dell'art. 1707 c.c. deve trasferire la proprietà di tali beni al mandante mediante un apposito negozio traslativo e il mandante è legittimato ad agire per l'esecuzione in forma specifica di tale obbligazione. Secondo il codice civile il mandatario deve porre in essere un «atto di ritrasfe-

(8) Diversamente per alcuni la posizione di soggezione del proprietario del fondo che si vuole servente non è equiparabile a un'obbligazione di contrarre e pertanto l'art. 2932 c.c. non sarebbe invocabile: cfr. PALAZZOLO, *Servitù coattive*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 2.

(9) Cfr. *supra*, Sez. I, par. 2.

(10) Cfr. COMPORI, *op. cit.*, 331, per la trascrivibilità della domanda di costituzione di servitù coattive; contrario sul punto TRIOLA, *Art. 1032*, in A.V., *Della proprietà*, cit., 781, sulla scorta dell'argomento formalistico e assai discutibile che non si verte di un'obbligazione di concludere un contratto: sul piano operativo tale soluzione consente al convenuto di vanificare l'azione alienando a terzi il bene subito prima della pronuncia della sentenza; il che lede l'effettività del diritto di azione spettante al soggetto al quale la legge intende assegnare il diritto in discussione (es. Termine estratto capitolo

ART. **2933**

ESECUZIONE FORZATA DEGLI
OBBLIGHI DI NON FARE

Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo.

Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale.

SOMMARIO: 1. In generale. — 2. Il pregiudizio all'economia nazionale.

1. In generale.

L'articolo in commento completa la Sezione dedicata all'esecuzione forzata in forma specifica e sancisce sul piano del diritto sostanziale l'esecuzione coattiva delle obbligazioni di non fare. L'interpretazione odierna ammette l'esecuzione forzata in forma specifica indipendentemente dalla fonte dell'obbligazione di non fare violata, legale o contrattuale, e dalla natura del rapporto sostanziale, reale od obbligatorio: senza dubbio comunque la maggiore frequenza di condanne alla distruzione di opere illegittimamente fatte si rinviene in relazione ai rapporti di vicinato tra edifici e alle violazioni delle servitù (1).

Sul piano processuale peraltro si osserva come la procedura in esame si applica soltanto se la sentenza di cognizione, che accerta l'inadempimento dell'obbligazione di non fare, contiene la condanna alla distruzione dell'opera fatta in violazione di tale obbligazione e quindi impone al convenuto una nuova obbligazione di

(1) Per tutti v. FINOCCHIARO, *Art. 2933*, cit., 499 s., e S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 978 ss., con estesa esemplificazione.

facere (2). Pertanto la tutela processuale si limita all'adempimento dell'obbligazione di contenuto positivo consacrata nel titolo esecutivo. Ne segue che non può presentarsi il limite dell'infungibilità della prestazione perché la distruzione dell'opera è sempre surrogabile mediante l'intervento dell'organo esecutivo (3). Quando cioè la violazione produce un'alterazione fisica della realtà — in particolare la costruzione di manufatti — l'esecuzione della condanna a distruggere ciò che è stato fatto è sempre fungibile.

Dal tenore letterale della norma, che considera la *distruzione* di ciò che è stato fatto, si ricava che l'esecuzione forzata riguarda soltanto l'inadempimento di un obbligo di non fare che si concretizza in un *opus* suscettibile di demolizione. Risulta così esclusa dall'esecuzione forzata ogni obbligazione di non fare il cui inadempimento consista in comportamento diverso dalla realizzazione di un'opera.

In questa prospettiva gli obblighi negativi di pura attività o di *patti* consentono al creditore di ottenere soltanto il risarcimento del danno per equivalente. In un caso deciso da una non più recente sentenza di Cassazione, ad esempio, si è rifiutata l'esecuzione forzata in forma specifica dell'intimazione emessa dal giudice del possessorio nei confronti del titolare di un frantoio di non scaricare residui oleosi sul fondo limitrofo, per la quale era stata chiesta la distruzione delle strutture del frantoio stesso potenzialmente idonee a consentire gli scarichi illeciti (4). La sentenza rappresenta una precisa illustrazione del principio per il quale un ordine inibitorio non può essere accompagnato da modificazioni della situazione di fatto che potrebbe consentire all'intimato la violazione dell'ordine stesso. Parimenti il divieto di depositare veicoli e altri oggetti in un certo luogo contenuto nella sentenza di condanna, che pure è titolo esecutivo, non legittima il creditore a rivolgersi al giudice dell'esecuzione *ex art. 612 c.p.c.* (5).

In queste ipotesi la condanna non è suscettibile di esecuzione in natura perché si dovrebbe apprestare un sistema di controllo, tanto antieconomico quanto ignoto all'ordinamento, destinato ad assicurare la continuativa omissione dei comportamenti vietati al condan-

(2) Osservazione condivisa: v. DENTI, *op. cit.*, 89; FINOCCHIARO, *op. cit.*, 494 s.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 975 s.

(3) Cfr. BUSNELLI, *op. cit.*, 382; FINOCCHIARO, *op. cit.*, 496.

(4) Cass. 9 dicembre 1998.