

I singoli contratti: donazione

DONAZIONE MODALE E CESSIONE DELL'AZIONE DI RISOLUZIONE

Cass. sez. II, 29 gennaio 2000, n. 1036 - Pres. Pontorieri F. - Rel. Pontorieri F. - PM Palmieri R. (diff.) - Regione Campania c. Grande

Donazione - Facoltà del donante - Donazione modale - In genere - Azione per l'adempimento dell'onere - Legittimazione attiva - Del donante e di qualsiasi interessato - Azione di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere - Legittimazione attiva - Del donante e degli eredi.

Ai sensi dell'art. 793 Codice civile, mentre per l'adempimento dell'onere imposto con le donazioni modali sono legittimati ad agire sia il donante sia qualunque altro interessato (anche durante la vita del donante stesso), per la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere possono agire unicamente il donante e, dopo la sua morte, gli eredi, e ciò sempre che tale facoltà di agire sia espressamente prevista nell'atto di donazione. Tale principio deve ritenersi applicabile anche alle donazioni compiute in epoca antecedente all'entrata in vigore del codice del 1942, (pur se il codice del 1865, all'art. 1080, non prevedeva espressamente alcuna limitazione soggettiva per l'azione di risoluzione de qua) qualora la qualità di «interessato» (e la conseguente legittimazione all'azione) risulti acquisita per effetto di un'atto compiuto sotto il vigore dell'attuale codice civile.

Svolgimento del processo

Con atto notificato in data 24 luglio 1985, Grande Amilcare, premesso:

- che con atto pubblico per notar Titomanlio di Avellino del giorno 8 agosto 1935, suo zio Grande Vincenzo, aveva donato all'Opera Nazionale Balilla, il primo piano di un fabbricato sito in Zungoli, contrada San Cesareo, disponendo che lo stesso «dovrà in perpetuo essere adibito a scopo educativo, però le due stanze e gli accessori potranno essere adibiti per abitazione dell'insegnante e mancandosi a tali condizioni la donazione in oggetto potrà essere revocata».

- che, successivamente, con atto per notar Moscatelli di Ariano Irpino del 6 ottobre 1971, lo zio aveva a lui donato la restante porzione (il seminterrato) del detto fabbricato precisandosi che «la detta porzione è sottoposta alla scuola elementare pubblica trasferita all'ex Opera Nazionale Balilla dallo stesso Grande Vincenzo con l'atto di donazione del 1935 per notar Titomanlio di Avellino, con l'onere della destinazione perpetua a

scuola sotto pena di risoluzione dell'atto di liberalità in caso di inadempimento» e che «in caso di risoluzione dell'atto il piano adibito a scuola passerà in proprietà del donatario Grande Amilcare»;

- che l'accettazione della donazione all'Opera Nazionale Balilla non è stata autorizzata dall'autorità governativa e la destinazione a scuola pubblica dell'immobile indicato era venuta meno e che egli aveva inutilmente intimato con apposita diffida a ripristinarne la destinazione;

tutto ciò premesso, convenne in giudizio davanti al tribunale di Napoli, la Regione Campania, ed il Ministero del Tesoro, quali aventi causa ex lege del disciolto Ente Gioventù Italiana, subentrato all'Opera Nazionale Balilla, nonché il Comune di Zungoli al fine di sentir dichiarare, in via principale, la nullità dell'atto di donazione del 1935 o, in subordine, revocare lo stesso per inadempimento dell'onere, con condanna, in ogni caso, dei convenuti al rilascio dell'immobile ed al risarcimento dei danni.

Costituitasi in giudizio la Regione Campania ed il Ministero del Tesoro constatarono l'assunto avverso. Il Comune di Zungoli rimase, invece, contumace.

Con sentenza del giorno 8 aprile 1991, il tribunale adito dichiarò inammissibili le domande per difetto di legittimazione attiva di Grande Amilcare e lo condannò alle spese del giudizio in favore del Ministero del Tesoro.

Avverso tale sentenza propose appello il Grande con atto notificato alla sola Regione Campania e ne chiese la riforma, deducendo:

a) che erroneamente il tribunale aveva ritenuto donazione di bene futuro la disposizione dell'atto pubblico del 1971 trattandosi, invece, di valida donazione condizionata all'inadempienza dell'onere da parte del precedente donatario;

b) che, conseguentemente, andava riconosciuto il suo interesse e la sua legittimazione a far pronunciare la risoluzione derivante da tale inadempienza e ad acquisire la proprietà del bene;

c) che, inoltre, la sua legittimazione derivava comunque dalla sua qualità di erede del donante, deceduto negli U.S.A. il 17 maggio 1976.

Resistette la Regione Campania ed, eccipita l'inammissibilità della nuova prospettazione della domanda con riferimento alla dedotta qualità di erede, chiese il rigetto dell'appello.

La Corte di Napoli con sentenza del 21 maggio 1996, rilevato che legittimamente era stata convenuta in secondo grado la sola Regione Campania e dichiarata inammissibile la nuova proposizione della domanda con riferimento alla qualità di erede dedotta soltanto in appello, accolse la

G

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

1023

I CONTRATTI
n. 11/2000

domanda del Grande ravvisando nella disposizione contenuta nell'atto pubblico del 1971 non soltanto una donazione condizionale ma, «anche e soprattutto, il trasferimento del connesso diritto ad esigere l'osservanza dell'onere e ad agire in difetto per la risoluzione, così ricostituendo, a favore del nipote donatario, l'unitarietà della proprietà su quel fabbricato che, ove fosse venuta meno la desiderata destinazione di cui al *modus*, non avrebbe avuto più senso lasciare frazionata e, parzialmente, in mani estranee alla famiglia».

La Corte distrettuale ebbe a precisare, quindi, che, sia ai sensi dell'art. 793, che ai sensi dell'art. 1260 Codice civile, Grande Amilcare ebbe ad acquistare oltre il piano inferiore dello stabile anche il diritto potestativo condizionato ad agire in risoluzione della precedente donazione modale del piano soprastante con conseguente facoltà di acquisizione in proprietà di tale cespite, e poiché, era venuta meno la destinazione scolastica dell'immobile, accolse la domanda.

Per la cassazione di tale sentenza ha, quindi, proposto ricorso la Regione Campania adducendo un unico motivo.

Grande Amilcare ha resistito con controricorso ed ha proposto ricorso incidentale condizionato per due motivi illustrati da memoria.

Motivi della decisione

Preliminarmente va disposta la riunione dei due ricorsi, ai sensi dell'art. 335 Codice di procedura civile, essendo stati proposti avverso la stessa sentenza.

Con il primo motivo del ricorso principale, la Regione Campania, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 793 e 1260 Codice civile, deduce che erroneamente la Corte d'Appello, pur affermando che il diritto del Grande trovi il suo fondamento non in una successione ereditaria, ma in un atto di liberalità *inter vivos*, ha poi riscontrato nelle disposizioni di cui agli artt. 1260, che statuisce che i crediti sono trasferibili a terzi purché non abbiano carattere strettamente personale, e 793 Codice civile, che dispone che la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere può essere domandata esclusivamente dal donante e dai suoi eredi, le ragioni dell'accoglimento della domanda di risoluzione della donazione modale ed ha accolto l'appello del Grande nonostante che a proporre siffatta domanda non sia stato il donante né un suo successore nell'*universum ius*.

La censura è fondata.

Ai sensi dell'art. 793 Codice civile, mentre per l'adempimento dell'onere imposto con le donazioni modali può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, ed anche durante la vita del donante; per la risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere, e solo per il caso in cui sia espressamente prevista nell'atto di donazione, l'azione è data unicamente al donante e, dopo la sua morte, ai suoi eredi.

Diversamente da quanto previsto per la richiesta di adempimento dell'onere imposto con la donazione, che consente a chiunque vi abbia interesse

di agire, la domanda di risoluzione per inadempimento, adunque, può esser proposta, ai sensi dell'art. 793 Codice civile, esclusivamente dal donante o dai suoi eredi, e soltanto per il caso in cui la risoluzione medesima sia stata espressamente prevista nell'atto di donazione (patto commissorio), rimanendo esclusa, pertanto, la legittimazione ad agire di qualsiasi altro titolare di diritti e quindi anche del cessionario e persino dei legatari.

La limitazione prevista solo per il caso di risoluzione si giustifica in quanto, mentre per il caso di adempimento è comunque la volontà del donante che viene ad essere protetta e si chiede di vederla realizzata, nel caso opposto della risoluzione, si è voluto che fosse, durante la sua vita, soltanto il donante a valutare l'opportunità di richiedere la risoluzione del suo atto di liberalità per il caso di mancato adempimento dell'onere da lui stesso imposto, e, dopo la sua morte, esclusivamente gli eredi, che, istituiti come tali dal donante, o perché legittimi, e cioè legati da particolari rapporti familiari, sono gli unici a valutare le ragioni dell'inadempimento con riguardo allo spirito di liberalità di cui era animato il loro dante causa, della cui personalità sono i continuatori, e non con riferimento esclusivo al proprio interesse, come farebbero i terzi portati non a garantire la volontà del donante ma ad assicurarsi il bene.

Il controricorrente oppone, però, con il primo motivo del ricorso incidentale, che, essendo stata la donazione in esame, compiuta nel 1935, e quindi vigente il codice civile del 1865 che all'art. 1080 non prevedeva alcuna limitazione soggettiva per l'azione di risoluzione, e che l'art. 137 delle disposizioni di attuazione e transitorie del codice vigente ha precisato i limiti di applicabilità della nuova normativa alle donazioni effettuate nel vigore del codice precedente, fra i quali non rientrano quelli relativi alla risoluzione per inadempimento, alla donazione suddetta non è applicabile l'art. 793 del codice vigente, entrato in vigore nel 1942, stante il principio generale della irretroattività delle leggi, sicché, sia pure con diversa motivazione, la sentenza andrebbe confermata.

Il rilievo, pur acuto, non è da accogliere.

E' senz'altro da condividere l'opinione secondo cui, sotto la vigenza del codice civile del 1865, il diritto di chiedere la «rivocazione» per «causa di inadempimento dei pesi imposti al donatario», *ex art. 1080*, mancando la chiara e tassativa regolamentazione dell'art. 793 del codice vigente, non potesse ritenersi un diritto inerente alla persona, anche perché non era richiesta neppure la previsione di una clausola espressa di risoluzione, e spettasse, quindi, proporre l'azione di «rivocazione» non solo al donante ma anche agli eredi ed ai creditori ed agli aventi causa di lui, compresi i cessionari dell'azione, diversamente da quanto previsto per il caso di revoca per ingratitudine che l'art. 1082 limitava al donante ed agli eredi, e, per questi ultimi, nel caso in cui l'azione fosse stata già proposta dallo stesso donante o questi fosse morto entro l'anno dal fatto.

Tuttavia, è da rilevare, che nella specie, pur essendo stata la donazione effettuata nel 1935, allorché cioè era vigente l'art. 1080 del codice civile del 1865, la cessione della azione a Grande Amilcare è avvenuta nel 1971, vigente il nuovo codice civile allorché una siffatta cessione non era più consentita.

E' pur vero che con sentenza del 3 ottobre 1979 n. 5066, ed ancor prima con la sentenza del 7 marzo 1956 n. 673, questa Corte ha affermato che per le donazioni modali concluse prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile la risoluzione per inadempimento può esser chiesta anche se non sia espressamente preveduta nell'atto di liberalità, in quanto deve considerarsi operante l'art. 1080 vecchio codice che consentiva la «rivocazione» anche in mancanza della clausola risolutiva espressa; è da osservare, però, che a tale statuizione si è pervenuti perché non era possibile che fosse richiesto quanto non era previsto al tempo della donazione, essendosi il rapporto costituito secondo quanto la norma vigente in quel momento richiedeva. Tanto non vale, invece, ai fini della legittimazione, in quanto, vietando il codice vigente, per le ragioni di politica legislativa attinenti all'ordine pubblico, sopra indicate, la legittimazione del cessionario a richiedere la risoluzione della donazione modale, la cessione avvenuta nel 1971 non può avergli attribuito un diritto non più esercitabile al momento in cui gli è stato conferito.

Né nel caso può essere invocato l'art. 11 delle preleggi per il quale la legge non dispone che per l'avvenire non ha, pertanto, effetto retroattivo, in quanto nel caso non viene in esame l'atto di donazione concluso sotto il codice abrogato, ma quello di cessione compiuto nella vigenza del nuovo codice civile che non consente più al cessionario di chiedere la risoluzione della donazione.

Né a tanto osta l'art. 137 disp. att. del codice civile che esclude la proponibilità o la prosecuzione di azioni solo per la dichiarazione di nullità delle donazioni concluse precedentemente che non siano valide secondo il nuovo codice, in quanto la carenza di legittimazione alla risoluzione è conseguente alla stipulazione di un atto formato sotto il regime del nuovo codice.

L'impugnazione avverso la sentenza di primo grado, che aveva respinto la domanda di Grande Amilcare, andava disattesa, e la decisione, quindi, seppure con diversa motivazione, sotto questo profilo, confermata.

Con una censura ulteriore, contenuta nel secondo motivo del ricorso incidentale, Amilcare Grande denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 457, 587 e 739 Codice civile; degli artt. 163 e 345 Codice di procedura civile, nonché vizi di motivazione in relazione ad un punto decisivo della controversia, lamenta che la Corte d'Appello abbia erroneamente ritenuto che, non avendo l'attuale resistente dichiarato nell'atto introduttivo del giudizio la propria qualità di erede del sig. Vincenzo Grande e non avendo lo stesso precisato, in quella sede, se il predetto fosse o meno deceduto, egli non avrebbe poi potuto dedurre in grado di appello la propria legittimazione ad agi-

re quale erede del menzionato Vincenzo Grande. Tale doglianza è, però, infondata.

E' incontroverso, infatti, che Amilcare Grande in primo grado ha chiesto la risoluzione della donazione modale in esame per avere avuto egli in donazione da Vincenzo Grande, con atto per notar Moscatelli del 6 ottobre 1971, la porzione del fabbricato posta al di sotto di quella donata nel 1935 alla ex Opera Balilla perché la destinasse a scuola elementare, con la clausola che «in caso di risoluzione dell'atto il piano adibito a scuola passerà in proprietà del donatario Grande Amilcare»; mentre in appello ha dedotto che il suo diritto a vedere risolta la donazione gli derivava da un diverso titolo, dal fatto cioè, che era erede di Vincenzo Grande e che questi era deceduto negli U.S.A. il 17 marzo 1976.

La Corte distrettuale, quindi, esattamente ha ritenuto che, non avendo Amilcare Grande dedotto, con l'atto introduttivo del giudizio, a fondamento della domanda di risoluzione della donazione, la propria qualità di erede né precisato se il donante fosse o meno deceduto, egli non potesse, in appello, qualificare in termini ereditari la propria legittimazione ad agire. Così operando, hanno precisato i giudici di secondo grado, si è introdotta in appello non una semplice *emendatio* ma una vera e propria *mutatio libelli*, in quanto la qualificazione della titolarità attiva della situazione soggettiva posta a base della domanda connota in termini del tutto nuovi la *causa petendi*, introducendo un tema d'indagine, quello della qualità di erede dell'attore, che non ha formato oggetto del giudizio di primo grado.

L'affermazione è esatta.

Costituisce domanda nuova, improponibile in appello, infatti, la deduzione di una nuova *causa petendi*, la quale comporti, attraverso la prospettazione di nuove circostanze o situazioni giuridiche, il mutamento dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio e, introducendo nel processo un nuovo tema di indagine e di decisioni e nuovi e diversi accertamenti, alteri l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia. Le modificazioni consentite alla *causa petendi* sono quelle che importano una diversa qualificazione o interpretazione del fatto costitutivo del diritto, mentre l'introduzione di un diverso fatto costitutivo della pretesa, pur comportando le stesse conseguenze in tema di attribuzione del bene della vita, concreta domanda nuova (Cfr.: Cass. 21 febbraio 1994 n. 1654; Cass. 28 agosto 1998 n. 6560).

Correttamente, pertanto, la Corte d'Appello ha ritenuto il motivo inammissibile atteso che la questione introduceva un nuovo tema di indagine (se Amilcare fosse o meno erede di Vincenzo Grande) e, quindi, nuovi e diversi accertamenti (peraltro superflualmente compiuti in appello ed in questa sede inutilmente contestati).

Alla stregua delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va accolto mentre va rigettato quello incidentale.

A norma dell'art. 384 Codice di procedura civile, essendo stato il ricorso principale accolto per falsa applicazione della norma dell'art. 793 Codice

G

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

1025

I CONTRATTI
n. 11/2000

civile, e non essendo necessari ulteriori accertamenti, la sentenza impugnata va cassata senza rinvio, rigettandosi, per le ragioni sopra evidenziate, l'appello proposto da Grande Amilcare avverso la sentenza di primo grado. Ricorrono, tuttavia, giusti motivi per compensare fra le parti le spese di questo giudizio e quelle del secondo grado.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi, accoglie il ricorso principale e rigetta l'incidentale; Cassa la sentenza impugnata senza rinvio e decidendo nel merito rigetta l'appello.

Dichiara interamente compensate fra le parti le spese di questo giudizio e del secondo grado.

IL COMMENTO

di Fabio Valenza

Donazione modale e legittimazione all'azione di risoluzione

Il caso oggetto della decisione in commento è quello di una donazione a favore di una persona giuridica, con l'onere perpetuo della destinazione a scuola educativa dell'immobile donato, e la previsione della risoluzione in caso di inadempimento dell'onere; e della successiva donazione, a favore di altro soggetto, della rimanente porzione dello stesso fabbricato, con la previsione che, in caso di risoluzione della prima donazione per inadempimento dell'onere, anche il piano adibito a scuola sarebbe passato in proprietà del secondo donatario.

La fattispecie riveste un notevole interesse, in quanto, a parte il tema dell'ammissibilità di vincoli perpetui di destinazione (1), riguarda la possibilità di cedere l'azione di risoluzione derivante dalla donazione modale e, più in generale, la possibilità di cedere a titolo oneroso, ed anche a titolo gratuito, le azioni volte a risolvere, annullare, etc., un precedente contratto.

L'articolo 793, commi terzo e quarto, Codice civile, in tema di donazione modale, dispone, da un lato, che, per l'adempimento dell'onere, può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso; dall'altro, che la risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi.

La lettera della norma (2), specie se confrontata con quella di altre disposizioni, come ad esempio la norma dell'articolo 428, comma primo, Codice civile, in tema di annullamento

per incapacità naturale, sembra escludere la legittimazione dell'avente causa all'azione di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere.

La motivazione addotta dalla giurisprudenza e da parte della dottrina (3) è quella del carattere personale dell'azione di risoluzione in rapporto allo spirito di liberalità, che anima la donazione, nel senso che, come si legge nella decisione in commento, soltanto il donante, durante la sua vita, può valutare l'opportunità di richiedere la risoluzione del suo atto di liberalità per il caso di mancato adempimento dell'onere, e, dopo la sua morte, sono legittimati esclusivamente gli eredi, che, essendo i continuatori della personalità giuridico - patrimoniale del donante, sono gli unici a poter valutare l'inadempimento dell'onere con riguardo allo spirito di liberalità da cui era animato il loro dante causa, e non con riferimento esclusivo al proprio interesse, come farebbero i terzi portati non a garantire la volontà del donante, ma ad assicurarsi il bene. Appare evidente il preminente rilievo dato allo spirito di liberalità nella ricostruzione offerta della *ratio legis*.

Ma, come si ricava dall'evoluzione dottrinale sull'argomento (4), lo spirito di liberalità va colto, soltanto, nell'assenza di qualsivoglia costrizione giuridica nella determinazione volitiva del disponente, volta a realizzare una attribuzione patrimoniale senza corrispettivo; va colto, cioè, nella spontaneità dell'attribuzione liberale.

La dottrina (5), che ammette la trasmissibilità dell'azione di risoluzione per inadempimento dell'onere, supera l'obiezione del presunto carattere personale

dell'azione, oltre che con il rilievo che, proprio per effetto

Note:

(1) Su questo tema, cfr., di recente, F. Valenza, *Donazione e vincolo di destinazione del bene donato*, in questa *Rivista*, 2000, 460-6.

(2) Sotto l'impero del codice previgente l'opinione comune in dottrina e giurisprudenza riteneva che la revoca della donazione per inadempimento dei pesi imposti al donatario potesse essere esercitata, oltre che dagli eredi, anche dagli aventi causa e dai creditori del donante in via surrogatoria, posto che l'articolo 1080 Codice civile previgente non poneva alcuna limitazione per la legittimazione ad agire, a differenza dell'articolo 1082 stesso codice che, contemplando il caso di revoca per ingratitudine, espressamente legittimava all'azione esclusivamente il donante, concedendo l'azione agli eredi solo nel caso che questa fosse stata promossa dallo stesso donante o che questi fosse morto entro l'anno dal fatto avvenuto. Sulla dottrina e la giurisprudenza sotto l'impero del codice previgente cfr. L. Masucci, *Risoluzione della donazione modale e legittimazione ad agire*, in *Foro it.*, 1955, I, 1263.

(3) Cfr. A. Torrente, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, 496; G. Balbi, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1964, 73, e, da ultimo, A. Palazzo, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e Donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, 302. In giurisprudenza, v. Trib. S.M. Capua Vetere, 6 aprile 1955, in *Foro it.*, 1955, I, 1262-4 con nota adesiva di L. Masucci, *Risoluzione della donazione modale e legittimazione ad agire*, cit. Ammette l'azione di qualsiasi interessato con riguardo alla risoluzione di disposizione testamentaria modale, per la quale l'articolo 648 codice civile non detta alcuna norma circa la legittimazione, App. Venezia, 8 gennaio 1954, in *Temi*, 1955, 276.

(4) Cfr., per tutti, U. Carnevali, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 6, II, Torino, 1997, II ed., 493 ss.

(5) Cfr. U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 284-5.

della cessione del diritto, il titolare ha mostrato la sua volontà di esercitarlo, anche con la considerazione del carattere strettamente patrimoniale del risultato dell'azione di risoluzione, vista come un diritto contrattuale, che, sia pure come un guadagno eventuale, rientra nel patrimonio del disponente (6) e che, pertanto, può essere trasferito per atto *inter vivos* ed esercitato da un semplice cessionario (7). Si è, infine, affermato che il soggetto cedente, in realtà, intende trasferire il diritto principale e cioè cede il diritto sul bene già donato, e, questo trasferendo, deve anche dare all'*accipiens* la possibilità di realizzare in concreto quel diritto, conferendogli altresì tutti i mezzi necessari allo scopo: azioni, diritti potestativi, etc (8).

In questa prospettiva la formulazione letterale dell'articolo 793, comma quarto, Codice civile, potrebbe spiegarsi nel senso di ribadire la trasmissibilità del diritto potestativo di risoluzione agli eredi, ancorché il diritto stesso non fosse stato esercitato in vita dal donante, o direttamente o, per il tramite degli aventi causa, mediante la cessione dell'azione (9).

Cessione delle azioni e diritto sostanziale

Con questa interpretazione, la cessione dell'azione di risoluzione della donazione per inadempimento dell'onere può ricondursi alla generale trattazione della cessione delle azioni volte a risolvere, annullare un precedente contratto.

La dottrina (10), che si è occupata dell'argomento, ricomprende tali azioni nell'ambito delle azioni autonome, cioè di quelle, a cui non preesiste, nè sottostà, un diritto soggettivo primario, distinguendole da quelle che, come nel caso dell'azione di rivendica o delle azioni di stato, sorgono da veri e propri diritti soggettivi primari, per le quali il regime di successione e di trasferimento dipende dal carattere disponibile o meno del diritto sottostante (11); nel caso delle azioni autonome il regolamento del trasferimento di-

pende dall'interesse a conseguire quei provvedimenti, cui l'azione tende, ed, in ultima analisi, dal risultato utile dell'azione medesima, nel senso che, affinché l'azione possa essere trasferita, è necessario che il risultato utile, cui essa tende, sia di carattere patrimoniale e sia, esso stesso, trasferito congiuntamente all'azione (12).

Così la giurisprudenza (13) ha ritenuto trasferibile l'azione di annullamento di un atto per incapacità naturale, in quanto ha ritenuto che il cedente avesse trasferito, oltre al diritto a conseguire l'annullamento della vendita, anche l'eventuale risultato utile dell'azione.

Si è, peraltro, osservato (14), che quello della trasferibilità delle azioni è, in realtà, un falso problema, in quanto, se oggetto della cessione è un'azione, cui sottostà un diritto soggettivo primario, in effetti, ciò che si trasferisce non è l'azione, ma il diritto soggettivo primario stesso, ed il trasferimento di questo fa sì che l'acquirente divenga *ex novo* titolare dell'azione (15); se, d'altra parte, oggetto della cessione è un'azione c.d. autonoma, come quella di annullamento o di risoluzione, in realtà, ciò che si trasferisce, non è, anche in questo caso, l'azione, ma la situazione di diritto

Note:

(6) Cfr., in tal senso, sia pure sotto l'impero del codice previgente, C. Scuto, *Il modus nel diritto civile italiano*, Palermo, 1909, 324.

(7) Si esclude, invece, la legittimazione del creditore in via surrogatoria, per l'esigenza di tutelare la libera valutazione, da parte del donante, del comportamento del donatario inadempiente, salvo che, trattandosi di donazione in cui l'adempimento dell'onere è il solo motivo che ha determinato il donante alla liberalità, il donante abbia già fatto in modo irrevocabile la sua scelta nel senso della risoluzione, ovvero se l'esecuzione del contratto sia divenuta assolutamente e oggettivamente impossibile. Cfr., in tal senso, U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 284-5.

(8) Cfr., in tal senso, V. Panuccio, voce *Cessione di diritti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 826. L'autore accoglie, infatti, un'ampia nozione di diritto accessorio, da intendersi, non solo come diritto di garanzia, ma, più in generale, come diritto che assiste, conserva, tutela, realizza altro diritto prin-

cipale, facendovi rientrare, quindi, anche i diritti potestativi, cioè i diritti, la cui realizzazione dipende dalla sola volontà del titolare, e le azioni, ed affermando che, in tanto la cessione di simili diritti ed azioni è giuridicamente possibile, in quanto trapassi anche il diritto principale. Sui diritti potestativi cfr., in generale, B. Carpino, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989.

(9) Il mancato esercizio dell'azione di risoluzione durante la vita del donante non farebbe, cioè, presumere la remissione da parte di questi dell'onere, anche se l'inadempimento del donatario si fosse già verificato, ferma, peraltro, la prescrizione dell'azione nell'ordinario termine decennale. Termini più brevi, rispettivamente di un anno e di cinque anni, sono, invece, previsti per la revoca della donazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, rispetto alle quali maggiori dubbi possono avanzarsi sulla trasmissibilità a titolo particolare delle relative azioni, in quanto, da un lato, il concetto di ingratitudine, anche dal punto di vista giuridico, rimanda e richiama profili strettamente personali, che l'ordinamento mostra di voler tutelare (arg. ex art. 466 Codice civile), come la possibilità, per il disponente, di riabilitare il beneficiario della liberalità, possibilità che sarebbe preclusa dalla cessione dell'azione di revoca; e, dall'altro, con riguardo alla sopravvenienza di figli, il fondamento della relativa revoca, consistente nella rilevanza dell'affetto dei genitori, e, soprattutto, nella tutela dell'interesse superiore della famiglia e, più specificamente, dei figli, contrasta con la possibilità di cedere l'azione a titolo particolare a vantaggio di un terzo estraneo all'ambito degli interessi tutelati. Ammette, invece, anche la cessione delle azioni di revoca per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, V. Panuccio, voce *Cessione di diritti*, cit., 826. Sul fondamento dell'azione di revoca per sopravvenienza di figli cfr., per tutti, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982, 867.

(10) Cfr. E. Redenti, *Sul trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 74 ss.

(11) Cfr. E. Redenti, *Sul trasferimento delle azioni civili*, cit., 81.

(12) Cfr. E. Redenti, *Sul trasferimento delle azioni civili*, cit., 83; M. Foschini, *Trasferibilità dell'azione di annullamento di un contratto per incapacità naturale di un contraente*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 280; V. Panuccio, voce *Cessione di diritti*, cit., 827.

(13) Cfr. Cass., 18 ottobre 1956, n. 3709, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 272 ss., con nota di M. Foschini, *Trasferibilità dell'azione di annullamento di un contratto per incapacità naturale di un contraente*, cit.

(14) Cfr. W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 130 ss.

(15) Cfr. W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, cit., 143-4.

sostanziale, in cui si trova il cedente, titolare di un diritto non attuale, ma potenziale, di un diritto futuro, in quanto condizionato (16) ad un evento - l'annullamento o la risoluzione - che ancora non si è prodotto, cioè di un'aspettativa; e il nuovo titolare di quel diritto potenziale, di quel diritto condizionato, di quell'aspettativa, diviene *ex novo* il titolare dell'azione di annullamento o di risoluzione (17). Applicando queste considerazioni alla cessione dell'azione di risoluzione della donazione modale per inadempimento dell'onere, si può affermare che oggetto del negozio traslativo non è l'azione di risoluzione in sè, ma l'aspettativa del donante di riavere il bene donato, in caso di inadempimento dell'onere; è, cioè, un diritto condizionato e, quindi, un diritto non attuale, ma futuro.

Il trasferimento di questo diritto attribuisce, conseguentemente ed *ex novo*, all'acquirente la legittimazione ad esperire l'azione di risoluzione.

La considerazione che la cessione dell'azione di risoluzione della donazione modale per inadempimento dell'onere si risolve, in definitiva, nel trasferimento di un diritto condizionato di carattere patrimoniale viene, così, a portare un ulteriore argomento a favore dell'interpretazione estensiva dell'articolo 793, comma quarto, Codice civile, nel senso di attribuire la legittimazione anche agli aventi causa.

La particolarità della fattispecie in esame è, peraltro, che l'azione di risoluzione della donazione modale per inadempimento dell'onere, *rectius* l'aspettativa, cioè il diritto condizionato del donante, viene, a sua volta, trasferito, non già con un contratto a titolo oneroso, ma, a titolo gratuito, nel contesto di un altro contratto di donazione.

Se l'oggetto del trasferimento risulta, in effetti, essere, non tanto l'azione in sè, quanto l'aspettativa, e, cioè, il diritto condizionato del donante, bisogna ammettere che non si tratta di un diritto attuale, ma futuro (18).

La nozione di bene futuro comprende, infatti, sia le cose, sia i diritti futuri, intesi, sia come di-

ritti su cose future, sia come diritti derivanti da fattispecie negoziali o legali non ancora perfezionate (19).

La fattispecie in esame rischierebbe, così, di porsi in contrasto con un insuperabile dato normativo, e, cioè, con il divieto di donazione di beni futuri, posto dall'articolo 771, comma primo, Codice civile, per il quale «la donazione non può comprendere che i beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati» (20).

Nè sarebbe corretto obiettare che la condizione sospensiva non riguarda il diritto, ma, direttamente, il contratto di donazione, che, pertanto, non avrebbe ad oggetto un bene futuro, ma, direttamente, la porzione immobiliare, e, quindi, un bene già esistente, sia pure sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento dell'onere apposto alla prima donazione, in quanto tale condizione sospensiva è già insita nella stessa posizione soggettiva del donante, derivante dal primo contratto di donazione modale, e, se è vero che *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, il secondo donatario non potrebbe che ricevere, anch'egli, un diritto già in sè condizionato e, cioè, non attuale (21).

In altri termini, il secondo donatario non potrebbe che ricevere quello stesso diritto potenziale derivante al donante dal primo contratto di donazione modale, e, cioè, l'aspettativa di riavere il bene donato, a seguito dell'inadempimento dell'onere, e per effetto dell'azione di risoluzione della donazione modale.

Note:

(16) Cfr. C. Maiorca, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1943, 49-50, per il quale, quando si parla di atti di cessione di azioni, qualunque possa essere la formula usata dai contraenti, si tratta di alienazione di un diritto condizionato o litigioso.

(17) Cfr. W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, cit., 160; 163.

(18) Cfr. R. Scognamiglio, voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 231, per il quale nel contratto condizionato gli atti di disposizione non avrebbero ad oggetto l'aspettativa, bensì il diritto futuro. Contra F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, IX ed., rist., 202, per il quale il negozio di disposizione dell'aspettativa non è subordinato ad alcuna condizione e non ha per oggetto un bene futuro, ma è un negozio puro che ha per oggetto un bene presente, mentre incerta è soltanto la sorte dei beni che ne costituiscono l'oggetto. Ricomprende l'aspettativa nella categoria del diritto soggettivo P. Perlingieri, *I negozi sui beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, 33; contra R. Nicolò, voce *Aspettativa (dir. civ.)* in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, il quale definisce l'aspettativa, quella situazione, in cui la norma qualifica una data situazione di fatto, al fine di garantire tutela al soggetto, che confida di conseguire in futuro un particolare risultato; si tratterebbe, peraltro, di una tutela che, connotandosi per i suoi caratteri di provvisorietà e strumentalità, in quanto non si esplica mai in via assoluta ed incondizionata, impedirebbe di ricondurre l'aspettativa nel concetto di diritto soggettivo, ma non di fare acquisire alla aspettativa medesima una autonomia concettuale nella più ampia teoria delle situazioni soggettive, come se potesse ridursi soltanto all'insieme degli effetti preliminari scaturenti dalla fattispecie.

(19) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 321.

(20) Sul divieto di donazione di beni futuri cfr., per tutti, in dottrina, U. Carnevali, *Le donazioni*, cit. 526-7.

(21) Il riferimento della condizione al contratto, anziché al diritto, consentirebbe, tutt'al più, di configurare la fattispecie come contratto di donazione sospensivamente condizionato all'inadempimento del primo donatario, avente, peraltro, ad oggetto un bene non proprio del donante, ma altrui e, quindi, almeno secondo la dottrina tradizionale, pur sempre futuro, anche se in senso non oggettivo, ma soggettivo. Non gioverebbe nemmeno aderire alla tesi che ammette la donazione di cosa altrui come donazione obbligatoria, e, cioè, come donazione che ponga, a carico del donante, l'obbligo di dare la cosa altrui, cui sarebbe strumentale quello di procurarsi il bene dal terzo; e ciò in quanto, nella fattispecie concreta, oggetto della sentenza in esame, il donante, esprimendosi nel senso che, in caso di risoluzione della prima donazione, anche «il piano adibito a scuola» sarebbe passato in proprietà del secondo donatario, intendeva chiaramente trasferire la situazione giuridica, che gli derivava dalla precedente donazione, senza assumere in proprio alcun obbligo di procurare l'acquisto del bene al secondo donatario. Sulla donazione di cosa altrui cfr., per tutti, in dottrina, A. Palazzo, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e Donazioni*, cit., 343-5.

La cessione della posizione contrattuale attiva

Occorre, peraltro, chiedersi se esiste un altro strumento negoziale idoneo a raggiungere il risultato pratico, certamente meritevole di tutela, avuto presente dalle parti e, cioè, quello di ricostituire l'unitarietà della proprietà su quel fabbricato che, ove fosse venuta meno la desiderata destinazione di cui al *modus*, non avrebbe avuto più senso lasciare frazionata e, parzialmente, in mani estranee alla famiglia, e, individuato tale strumento, occorrerà chiedersi se, per avventura, non fosse stato utilizzato dalle parti proprio nella concreta fattispecie in esame.

La dottrina insegna che una situazione giuridica soggettiva attiva derivante da un contratto può circolare per mezzo di un negozio che, direttamente, ha per oggetto quella situazione, ovvero, per mezzo di un negozio, che ha per oggetto la più ampia posizione contrattuale (22).

Ad esempio, il venditore, titolare del diritto di credito a conseguire il prezzo della cosa venduta, può limitarsi a cedere il suo credito pecuniario. In questo caso, il cessionario consegue, esclusivamente, il diritto alla prestazione in danaro e potrà esercitare, soltanto, quei rimedi legali, che prescindono dalla natura contrattuale dell'obbligazione: ad esempio le azioni di adempimento, risarcimento del danno ed esecuzione forzata.

Ma il venditore potrà trasferire l'insieme dei diritti e poteri, che gli spettano, quale titolare del contratto, cioè la posizione contrattuale attiva (23) ed, in questo caso, il cessionario potrà avvalersi di tutti i diritti contrattuali, quale, ad esempio, il diritto scaturente da una clausola penale, e potrà esercitare tutte le azioni a tutela del rapporto contrattuale, quale, ad esempio, l'azione di risoluzione (24).

La più recente dottrina (25) ha dimostrato, infatti, la possibilità di utilizzare lo strumento della cessione del contratto, di cui all'articolo 1406 Codice civile, non solo con riferimento a con-

tratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguite da entrambe le parti, come la formulazione letterale della norma lascerebbe intendere, ma anche con riferimento a contratti con prestazioni eseguite da una sola parte, ovvero a contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, e, più in generale, a contratti che non abbiano ancora completamente esaurito i loro effetti.

Si è, altresì, osservato, con riguardo alla necessità del consenso del contraente ceduto, quale elemento costitutivo, ovvero, a seconda delle diverse ricostruzioni proposte, quale elemento esterno di efficacia (26), che questo viene richiesto, - a differenza di quanto avviene nella semplice cessione del credito -, in quanto nel rapporto contrattuale il contraente ceduto è titolare, non solo di debiti, per i quali sarebbe per lo stesso indifferente il soggetto creditore, ma anche di crediti, per i quali non può essere indifferente il soggetto debitore (27).

Ritenuto applicabile lo strumento della cessione del contratto anche all'ipotesi di contratto con prestazioni adempiute da una sola parte, o di contratto con obbligazioni originariamente a carico di una sola parte, si ritiene che la cessione negoziale della sola posizione contrattuale attiva non richieda il consenso del contraente ceduto, posto che tale cessione comporta, unicamente, un diverso destinatario degli obblighi scaturenti dal contratto (28).

Note:

(22) Sulla cessione del contratto ed, in particolare, sulle varie posizioni elaborate in merito alla ricostruzione strutturale della fattispecie, cfr. E. Briganti, voce *Cessione del contratto* I) *Diritto civile* in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.

(23) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 690.

(24) Si è, peraltro, affermato che si trasferiscono automaticamente al cessionario non tutti i diritti potestativi contrattuali, ma soltanto quelli che sorgono nella fase funzionale del contratto ceduto (come ad esempio il diritto di risoluzione, l'eccezione di inadempimento, la facoltà di sospensione di cui all'art. 1461 Codice civile); non anche, in mancanza di apposito

patto, i poteri di annullamento e di rescissione, in quanto questi ultimi sono sorti in capo al contraente originario (cedente) nella fase genetica del contratto ceduto, alla quale il cessionario rimane estraneo. Cfr., in tal senso, R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 44 ss.; 108 ss.; 253; *contra* F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 2, Milano, 1972, 29.

(25) Cfr. G. Santini, *Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito «ex uno latere»*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, IV, Milano, 1969, 1955 ss.; G. De Nova, *La cessione del contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, X, 2, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982, 559 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 690; e, in giurisprudenza, con riferimento alla cedibilità del contratto ad effetti reali, Cass., 23 aprile 1980, n. 2674, in *Riv. not.*, 1980, 1560. *Contra*, per la concezione più restrittiva, F. Carresi, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 47 ss.; 78; M. Andreoli, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, 7 ss.; R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1966, 210 s.; F. Messineo, *Il contratto in genere*, cit., 7 s. ed, in giurisprudenza, Cass., 29 ottobre 1975, n. 3645, in *Giust. civ. Rep.*, voce *Obbligazioni e contratti*, 28. Sulla possibilità di cedere il diritto di riscatto soltanto attraverso la cessione del contratto cfr., per tutti, in dottrina, G. Capozzi, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, 148-9.

(26) Nel senso di configurare la cessione del contratto come un negozio trilaterale si sono espresse la prevalente dottrina e la giurisprudenza. Cfr. F. Carresi, *La cessione del contratto*, cit., 60 ss.; M. Andreoli, *La cessione del contratto*, cit., 41; R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, cit., 209 s.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del cod. civ. redatto a cura di magistrati e docenti* (Artt. 1321-1469), Torino, 1987, 423-425, e, in giurisprudenza, per tutte, Cass. 23 aprile 1980, n. 2674, cit. Nel senso di configurare la cessione del contratto come un negozio bilaterale ed il consenso del contraente ceduto come un elemento esterno di efficacia, cfr., con varie sfumature, R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 190; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1962, 184; *Id.*, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 679-680; G. Capozzi, *Dei singoli contratti*, cit., 23-4.

(27) Cfr. F. Carresi, *La cessione del contratto*, cit., 58.

(28) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 690, il quale richiama, in nota, il precedente giurisprudenziale costituito da Cass., 17 marzo 1967, n. 606, avente ad oggetto la vendita, da parte del permutante, del diritto alla costruzione di un appartamento, essendo state, da parte sua, adempiute le obbligazioni verso il costruttore.

Si potrebbe, peraltro, obiettare che il contraente ceduto, anche quando la prestazione a suo favore è stata completamente eseguita, è non soltanto soggetto passivo di obblighi, ma, altresì, titolare delle garanzie e delle eventuali eccezioni, ragion per cui, anche in questa ipotesi, non si potrebbe prescindere dal suo consenso.

Ma, in realtà, la cessione della sola posizione contrattuale attiva non pregiudica, affatto, le garanzie, che potranno continuare a farsi valere nei confronti del contraente originario (29), nè pregiudica le eccezioni, come quella di inadempimento o di inesatto adempimento, che potranno sollevarsi nei confronti del cessionario della posizione contrattuale attiva, che la riceve con tutte le eccezioni ad essa riferibili ed inerenti.

In altri termini, accanto alla cessione dell'intero rapporto contrattuale, per il cui perfezionamento o efficacia, a seconda delle diverse ricostruzioni proposte, rimane necessario il consenso del contraente ceduto, sembra esservi spazio per la cessione della sola posizione contrattuale attiva, che ha una portata effettuale ben più ampia di quella scaturente dalla cessione del credito, pur non richiedendo il consenso del contraente ceduto (30).

Occorre, a questo punto, chiedersi se lo strumento della cessione della posizione contrattuale attiva possa applicarsi all'ipotesi della donazione modale con riferimento alla posizione del donante.

Se si ha riguardo al contenuto di tale posizione contrattuale, si può osservare che essa comprende una situazione giuridica costante e caratterizzante ed una situazione giuridica eventuale, pur connessa alla prima. La prima situazione giuridica è costituita dal diritto all'adempimento dell'onere.

Posto, infatti, che dall'onere sorge una obbligazione in senso tecnico, si è osservato che per l'adempimento troveranno applicazione le disposizioni sulle obbligazioni in generale (31).

È vero che, in virtù dell'articolo 793, comma terzo, Codice civile, per l'adempimento dell'one-

re può agire qualunque interessato, ma si è osservato che, in effetti, la questione della legittimazione deve essere risolta tenendo conto dei possibili beneficiari del modo (32).

In altri termini, se questo è posto a favore del donante stesso, soltanto questi è legittimato a pretendere l'esecuzione, in quanto, consentire l'azione anche a coloro che abbiano un interesse indiretto o puramente morale, costituirebbe una illegittima intromissione nella sfera del donante.

Se l'onere è posto a favore di un terzo beneficiario, determinato o determinabile con criteri automatici, ferma la legittimazione del donante, in quanto parte contrattuale, il diritto all'adempimento spetterà anche al terzo. Se, infine, il beneficiario o i beneficiari appartengono ad un gruppo di persone indeterminate e l'individuazione di esso o di essi dipende da una scelta dell'onerato o di un terzo, ferma, anche in questo caso, la legittimazione del donante, acquista rilievo la categoria degli interessati, di cui all'articolo 793, comma terzo, Codice civile, nel senso che essi possono agire per costringere l'onerato o il terzo a compiere la scelta (33).

La seconda situazione giuridica che, eventualmente, può concorrere a comporre la posizione contrattuale del donante è strettamente connessa alla prima, in quanto è uno strumento di coazione all'adempimento, posto che si risolve in una sanzione per l'inadempimento (34): si tratta della possibilità di ottenere la risoluzione della donazione per l'inadempimento dell'onere, qualora tale possibilità sia stata espressamente prevista nell'atto di donazione, ovvero, come ha osservato la più attenta dottrina (35), anche in mancanza di espressa previsione contrattuale, nelle ipotesi in cui il contratto è caratterizzato dall'intento del donante rivolto, in primo luogo, ad ottenere l'adempimento dell'onere, in modo da rivelare l'esistenza dell'elemento di fatto tipico del contratto con prestazioni corrispettive; quando, cioè, l'adempimento dell'onere è il solo motivo che ha determinato il donante alla liberalità.

In ogni caso, le due situazioni giuridiche sono strettamente connesse, contribuendo, insieme, a formare il contenuto di una posizione contrattuale attiva, attuale, pur se complessa.

Tale posizione contrattuale può, così, essere ceduta a titolo oneroso (36), ed in questa ipotesi

Note:

(29) Del resto, anche nel caso di cessione dell'intero rapporto contrattuale con conseguente necessità del consenso del contraente ceduto è possibile che questi, pur acconsentendo alla cessione, dichiari, ai sensi dell'articolo 1408, comma secondo Codice civile, di non liberare il cedente. Nel senso di riferire l'articolo 1408, comma secondo, Codice civile soltanto all'ipotesi di consenso preventivo alla cessione cfr. R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 211 ss.

(30) Dalla stessa ricostruzione offerta dal Cicala, che, pure, riduce la cessione del contratto ad una cessione dei rapporti derivanti dal contratto, che realizza uno scambio tra cessione dei crediti ed accollo di debiti - cfr. R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., 145 s. - si ricava la differenza esistente tra la cessione del credito, che prescinde dalla natura contrattuale dell'obbligazione, e la cessione del credito contrattuale, cioè la cessione del rapporto contrattuale attivo, posto che, secondo l'autore, - cfr. R. Cicala, *Saggi*, Napoli, 1976, 227 ss. - i diritti potestativi sorti nella fase funzionale si trasferiscono al cessionario, proprio perchè sono strumentali alle obbligazioni sinallagmatiche, in cui egli è subentrato. Secondo l'autore, inoltre, in mancanza del consenso del contraente ceduto, mentre l'accollo esterno si converte in un accollo interno dei debiti, la cessione dei crediti, così come ricostruita, e, cioè, la cessione del rapporto contrattuale attivo, rimane ferma in tutta la sua portata effettuale; cfr. Id., *Saggi*, cit., 223 ss.

(31) Cfr. U. Carnevali, *Le donazioni*, cit. 558.

(32) Cfr. U. Carnevali, *Le donazioni*, cit. 558.

(33) Cfr. U. Carnevali, *Le donazioni*, cit. 558.

(34) Si esprime in termini di pena convenzionale G. Balbi, *La donazione*, cit., 73.

(35) Cfr. U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 276; contra, per tutti, in dottrina, A. Torrente, *La donazione*, cit., 494 ss., e, in giurisprudenza, Cass., 30 marzo 1985, n. 2237, in *Arch. civ.*, 1985, 1086

(36) Interessato all'acquisto potrebbe essere, ad esempio, il terzo beneficiario dell'onere, che potrebbe, così, avvantaggiarsi della situazione giuridica scaturente dall'esperimento positivo

(segue)

può anche assumere rilievo, nella determinazione del corrispettivo, la valutazione economica dell'aspettativa giuridica di conseguire la proprietà del bene donato, a seguito dell'inadempimento dell'onere; ma tale posizione contrattuale potrà, altresì, essere ceduta a titolo gratuito, in quanto, trattandosi, come si è visto, di una posizione contrattuale attuale, posto che attuale e non futuro è il diritto all'adempimento, l'articolo 771 Codice civile, che pone il divieto di donazione di beni futuri, comunque, non risulterebbe violato, per quanto potrebbe, forse, dubitarsi della stessa natura giuridica donativa della cessione a titolo gratuito della posizione contrattuale, posta la difficoltà di individuare l'entità dell'arricchimento del cessionario, attesa l'obiettivo incertezza dello stesso (37).

In entrambi i casi di cessione a titolo oneroso o gratuito, il trasferimento della posizione contrattuale comporta, peraltro, la perdita, da parte del cedente, non solo del diritto alla risoluzione, ma anche di quello all'adempimento, posto che, se conservasse quest'ultimo diritto, potrebbe impedire al cessionario l'esercizio del diritto alla risoluzione, e,

comunque, in ossequio al principio, che non è possibile cedere una posizione contrattuale soltanto parzialmente (38).

Ritornando ad esaminare la fattispecie concreta oggetto della decisione in commento, si deve osservare come non fosse sfuggita alla Corte d'Appello l'esatta ricostruzione della volontà negoziale, volta a determinare proprio il trasferimento dell'intera posizione contrattuale attiva e cioè, «anche e soprattutto, il trasferimento del connesso diritto ad esigere l'osservanza dell'onere e ad agire in difetto per la risoluzione, così ricostituendo, a favore del nipote donatario, l'unitarietà della proprietà su quel fabbricato che, ove fosse venuta meno la desiderata destinazione di cui al *modus*, non avrebbe avuto più senso lasciare frazionata e, parzialmente, in mani estranee alla famiglia».

La cessione, inserita nel contesto del contratto di donazione della rimanente porzione del fabbricato, pertanto, ha avuto per oggetto, non già singoli diritti di credito (il diritto all'adempimento), ovvero potestativi (l'azione di risoluzione), o reali (il diritto sul bene donato), sottoposti a condi-

zione sospensiva, e, pertanto, non attuali, ma futuri; essa ha, invece, avuto per oggetto la posizione contrattuale, attiva ed attuale, che derivava al cedente dalla donazione modale precedentemente stipulata; posizione contrattuale attiva, per la cui cessione - qualora si aderisse alla tesi dottrinale sopra esposta - non sarebbe necessario il consenso del contraente ceduto.

Note:

(segue nota 36)

dell'azione di risoluzione. In generale, sui rapporti tra azione di risoluzione ed onere disposto a favore di un terzo beneficiario determinato, che abbia dichiarato di volerne profittare, cfr. U. Carnevali, *La donazione modale*, cit., 28-38.

(37) Sulla possibilità, che la cessione, a titolo gratuito, del contratto, integri una donazione, qualora la posizione contrattuale ceduta abbia un suo valore positivo, cfr., in dottrina, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 682.

(38) Cfr. Cass., 29 maggio 1972, n. 1714, in *Giur. it.*, *Rep.* 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 233. In dottrina, nel senso che la posizione contrattuale ceduta non possa essere modificata, cfr. G.De Nova, *La cessione del contratto*, cit., 558. *Contra* C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 678.

G

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

1031

I CONTRATTI
n. 11/2000

NOVITA' 2000

COLLANA «PRATICA DEL DIRITTO CIVILE»

DIRETTA DAL PROF. G. IUDICA

LE CLAUSOLE DI GARANZIA NELLA VENDITA DI PARTECIPAZIONI SOCIALI

Davide Proverbio

IPSOA, 2000, L. 50.000 (€25,82) (cod. 00024031)

L'Autore analizza, partendo dalla funzione economica della vendita di partecipazioni sociali, il contratto di trasferimento di partecipazioni sociali (quote, azioni di società di capitali) attraverso l'analisi delle varie tipologie di clausole di garanzia a tutela del compratore, in particolare le varie fattispecie di *business warranties*, a seconda del loro oggetto (quali le garanzie sulla proprietà intellettuale, le garanzie fiscali e previdenziali, le garanzie lavoristiche, le garanzie sul contenzioso ecc.). Inoltre, a completamento dell'analisi, sono individuate le *indemnity clauses*, cioè le

conseguenze della violazione delle garanzie, e il collegamento tra le *indemnity clauses* e il prezzo. Correda il volume una ricca Appendice che riporta le clausole tipo più utili per la pratica, in versione italiana e inglese, e la giurisprudenza di legittimità e di merito per esteso.

Per maggiori informazioni rivolgersi all'Ufficio Vendite Dirette (Tel. 02.82476794 - fax 02.92476403) o all'Agente IPSOA di zona o consultare il sito: www.ipsoa.it