Collana fondata da WALTER BIGIAVI

NUOVA GIURISPRUDENZA DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

G. Alpa - G. Bonilini - U. Breccia - O. Cagnasso - F. Carinci - M. Confortini - G. Cottino - A. Iannarelli - M. Sesta

Usufrutto, uso, abitazione

A cura di Giovanni Bonilini

DIRUTUREAL

Diretto da G. Bonilini

Tomo primo



NUOVA GIURISPRUDENZA DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

fondata da Walter Bigiavi

diretta da

G. Alpa - G. Bonilini - U. Breccia - O. Cagnasso - F. Carinci M. Confortini - G. Cottino - A. Iannarelli - M. Sesta



© 2010 Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione Giuridica: Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino Sito Internet: www.utetgiuridica.it e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA* è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - e-mail: segreteria@aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo Redazione: Simonetta Scursatone Editing: Cinzia Cerutti Ufficio tecnico: Giuseppe Milano Composizione: Puntografica - Torino Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN) ISBN 978-88-598-0568-7

USUFRUTTO, USO, ABITAZIONE

a cura di Giovanni Bonilini

Tomo primo



Sezione V

La costituzione mediante sentenza, ex art. 2932 c.c.

di Maria Barela

Sommario: 1. Sentenza costitutiva e violazione dell'obbligo di costituire l'usufrutto. –
2. Applicabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. ai contratti a titolo oneroso costitutivi del diritto di usufrutto. – 3. L'assunzione dell'obbligo di costituire l'usufrutto mediante gli atti unilaterali inter vivos, i negozi a titolo gratuito e gli atti mortis causa. – 4. Il potere del giudice tra contratto preliminare e sentenza costitutiva del diritto di usufrutto.

LEGISLAZIONE: artt. 2908, 2932 c.c.; Rel. Guardasigilli, n. 1187.

Bibliografia: C.M. Bianca, Diritto civile, III, 3ª ed., Milano, 2001, 197; L. Bigliazzi Geri, Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. Cicu-Messineo, XI, 1, Milano, 1984, 70; L. BIGLIAZZI GERI, U. BREC-CIA, F.D. Busnelli, U. Natoli, Diritto civile, III, Il contratto, 1989, Torino, 301; G. Bonilini, Donazione, preliminare di donazione, donazione di beni futuri da parte di enti pubblici, in Contr., 1997, 464 ss.; G. Branca, Promesse unilaterali, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna, 1974, 454; P. CALAMANDREI, La sentenza come atto di esecuzione forzata, in Studi in onore di Ascoli, Messina, 1930, 219 ss.; Id., Studi sul processo civile, Firenze, 1930, 219; G. Campeis, A. De Pauli, sub art. 2932 c.c., in G. Alpa, V. Mariconda, Codice civile, I, Milano, 2005, 2124; F. Carnelutti, Istituzioni del nuovo processo civile, III, Roma, 1951, 208; G. CHIOVENDA, Dell'azione nascente dal contratto preliminare, in Riv. dir. comm., 1911, I, 103 ss. e in Saggi, I, 101; ID., Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1965, 13 ss.; A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, Milano, 2003, 308; G.B. Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966, 248; G. Ga-BRIELLI, Il contratto preliminare, Milano, 1970, 137 ss.; P. Gallo, Beni proprietà e diritti reali, in Tratt. dir. priv., diretto da M. Bessone, VII, 2, Torino, 2001; S. MAZZAMUTO, L'esecuzione forzata, in Tratt. Rescigno, XX, Torino, 1985, 313 ss.; F. Messineo, Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, 166 ss.; Id., Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, in Enc. Dir., X, Milano, 1976, 189 ss.; L. Montesano, Contratto preliminare e sentenza costitutiva, Napoli, 1953, 126 ss.; Id., Obbligazione e azione da contratto preliminare, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1970, 1204; I. PAGNI, Le azioni di impugnativa negoziale, contributo allo studio della tutela costitutiva, Milano, 1998, 2 ss.; G. Pugliese, Usufrutto, in Noviss. Dig. it., XX, Torino, 1957, 329; Id., Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. Vassalli, IV, 5, 2ª ed., Torino, 1972, 260; N. RESTAINO, L'esecuzione coattiva in forma specifica, in Nuovo dir., Roma, 1948; V. Roppo, Questioni in tema di formazione del consenso, in Giur. it., 1979, I, 1, 159 ss.; Id., Il contratto, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 2001, 654; S. Satta, L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, in Foro it., 1950, IV, 73 ss.; Id., L'esecuzione forzata, in Tratt. Vassalli, Torino, 1980, 278; G. Venezian, Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, I, 2ª ed., Napoli-Torino, 1931, 285 ss.

1. Sentenza costitutiva e violazione dell'obbligo di costituire l'usufrutto.

"Nemo ad factum praecise cogi potest": in ossequio al principio dell'incoercibilità delle obbligazioni di fare (cui è ascrivibile l'obbligazione di prestare il consenso), era stata ritenuta inammissibile, fino all'emanazione del Codice civile del 1942, la possibilità di procedere all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, mancando peraltro, fino a quel momento, lo strumento della sentenza costitutiva, introdotto dall'art. 2908 c.c., su impulso di uno dei padri della dottrina processual-civilistica italiana, secondo il quale «il processo deve dare, per quanto è possibile, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha il diritto di conseguire» 1.

Lo scopo che il legislatore ha inteso conseguire mediante l'introduzione di questa norma², risiede nella piena ed immediata realizzazione della situazione giuridica attesa dall'avente diritto, senza bisogno di instaurare un procedimento esecutivo³. Lo strumento della sentenza costitutiva, infat-

¹ G. CHIOVENDA, Dell'azione nascente dal contratto preliminare, in Riv. dir. comm., 1911, I, 103 ss. e in Saggi, I, 101; Id., Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1965, 13 ss.

Sulla disputa intorno all'ammissibilità dell'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre, antecedente all'emanazione del vigente Codice civile, v. N. RESTAINO, L'esecuzione coattiva in forma specifica, in Nuovo dir., Roma, 1948; S. MAZZAMUTO, L'esecuzione forzata, in Tratt. Rescigno, XX, Torino, 1985, 313 ss.; I. PAGNI, Le azioni di impugnativa negoziale, contributo allo studio della tutela costitutiva, Milano, 1998, 2 ss. Il dibattito si incentrava sulla natura della prestazione del consenso, quale contenuto dell'obbligo di concludere un contratto: pur configurandosi come un fare incoercibile, si diceva, essa può divenire suscettibile di esecuzione forzata, laddove si ritenga che la volontà della stipulazione dell'atto non sia libera, ma strumentale all'adempimento e, dunque, idonea ad essere "sostituita" dalla sentenza costitutiva del giudice; cfr. S. Satta, L'esecuzione forzata, in Tratt. Vassalli, Torino, 1980, 278.

² Art. 2908 c.c.: «Effetti costitutivi delle sentenze. Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

³ Ecco perché dette sentenze, che attuano una tutela di tipo satisfattorio, sono state definite anche "self-executing": cfr. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 308.

ti, può essere utilizzato ogni qual volta sia riconosciuto ad un soggetto il potere di conseguire la modificazione di un rapporto sostanziale, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge.

Il rimedio offerto dall'art. 2932 c.c. si inserisce a pieno titolo nell'ambito delle sentenze costitutive giacché il potere del giudice di emanare un provvedimento «che produca gli effetti del contratto non concluso» altro non è che una specificazione del più ampio potere di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, ancorché esso rivesta la precipua funzione di attuare un tipo di esecuzione forzata e, segnatamente, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Detto provvedimento si presta, pertanto, ad essere esaminato in una duplice prospettiva: come espressione del potere costitutivo attribuito all'autorità giudiziaria, *tertium genus* rispetto al potere di accertamento ed a quello di condanna⁴, e come strumento di realizzazione coattiva dell'obbligo rimasto inadempiuto⁵.

⁴ Secondo F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile*, III, Roma, 1951, 208, le sentenze *ex* art. 2932 c.c. sono di accertamento costitutivo, dal momento che la costituzione della nuova situazione giuridica trova il suo fondamento nell'assetto già delineato dalle parti e non richiede una valutazione discrezionale da parte del giudice (v. *infra* nel testo).

⁵ La disputa intorno al duplice inquadramento del provvedimento giudiziale risale ad un'epoca antecedente alla emanazione stessa della norma e, peraltro, non sembra ancora del tutto risolta. Si vedano G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 19 e P. Calamandrei, *Studi sul processo civile*, Firenze, 1930, 219. Successivamente, v. F. Messineo, *Contratto preliminare*, *contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1976, 189 ss.; S. Satta, *L'esecuzione forzata*, cit., 282, il quale, in particolare, pone l'accento sulla situazione giuridica costituita mediante la sentenza più che sulla esecuzione dell'obbligo di contrarre; Id., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, 73 ss.; G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 137 ss.

Una interpretazione del tutto originale della norma contenuta nell'art. 2932 c.c., è quella di L. Montesano, Contratto preliminare e sentenza costitutiva, Napoli, 1953, 126 ss.; Id., Obbligazione e azione da contratto preliminare, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1970, 1204, secondo il quale tale rimedio consisterebbe in una «tutela processuale in via dichiarativa», apprestata sulla base degli effetti già prodotti dal contratto preliminare.

Della duplice natura del rimedio previsto nell'art. 2932 erano consapevoli i redattori del Codice civile. Testualmente, nella Relazione al Re: «il caso dell'art. 2932 avrebbe potuto più propriamente ricondursi alla categoria dell'art. 2908 (sentenze costitutive), ma è parso più opportuno inserirlo nel quadro dell'esecuzione in vista della sua finalità», con ciò attribuendo una funzione esecutiva ad un rimedio che non nasce sul terreno delle esecuzioni forzate (*Rel. Guardasigilli*, n. 1187).

Il presupposto ineludibile per la proposizione dell'azione *ex* art. 2932 c.c., infatti, consiste proprio nell'inadempimento dell'obbligo di procedere al mutamento giuridico, da parte di chi vi era tenuto in forza della stipulazione di un contratto (preliminare)⁶ o di un atto unilaterale. Venuta meno la possibilità che il nuovo assetto di interessi sia attuato su iniziativa dell'obbligato, mediante il negozio inutilmente atteso, gli effetti desiderati potranno essere ricollegati direttamente alla invocata sentenza costitutiva⁷.

Sebbene detti effetti si producano, dunque, all'esito del verificarsi di una fattispecie complessa, che prevede la sussistenza del fatto-negozio e del fatto-giudizio, si tratta non già di effetti negoziali, riconducibili al contratto preliminare, ma di statuizioni oggetto della pronuncia giudiziale, che, come tali, recano con sé l'applicazione della disciplina processuale, con tutto quel che ne consegue, ad esempio, in ordine alle impugnazioni ed alla efficacia della cosa giudicata⁸.

Ed'infatti, il momento in cui si ritiene costituita la nuova situazione giuridica è quello del passaggio in giudicato della sentenza⁹, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale.

In linea di principio, l'ambito nel quale il rimedio *ex* art. 2932 c.c. svolge al meglio la sua funzione, è proprio quello dei negozi con effetti reali, categoria nella quale rientrano a pieno titolo gli atti volontari diretti alla costituzione del diritto di usufrutto, secondo la previsione dall'art. 978 c.c.

⁶ Da non confondere con il contratto comunemente definito "compromesso", il quale, invece, pur essendo a tutti gli effetti un contratto definitivo, dovrà, tuttavia, essere riprodotto nella forma dell'atto pubblico, non ai fini della sua validità, ma ad altri scopi, come, ad esempio, la trascrizione, e potrà dar luogo, al più, ad una sentenza di accertamento dell'avvenuta costituzione del rapporto (cfr. P. Zatti, V. Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, 12^a ed., Padova, 2009, 412); tale fattispecie, a sua volta, non deve essere confusa con l'accordo sulla forma, previsto nell'art. 1352 c.c., che produce effetti unicamente ai fini dell'adozione di una determinata forma *ad substantiam*, per la futura conclusione di un contratto. Sul punto, S. Satta, *L'esecuzione forzata*, cit., 280.

Attraverso l'esercizio di una situazione giuridica soggettiva, configurata quale diritto potestativo alla produzione giudiziale degli effetti, secondo l'unanime orientamento della dottrina, formatasi entro il solco tracciato dal Chiovenda.

⁸ Sul punto, v. G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Vassalli*, IV, 5, 2^a ed., Torino, 1972, 260; Id., *Usufrutto*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1957, 329; L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 1989, Torino, 301; nello stesso senso, C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, 3^a ed., Milano, 2001, 197.

⁹ Cfr. G. Pugliese, Usufrutto, uso e abitazione, cit., 261.

(«l'usufrutto è stabilito dalla legge o dalla volontà dell'uomo. Può anche acquistarsi per usucapione»).

Del resto, tale categoria è espressamente contemplata dal secondo comma dell'art. 2932 c.c., il quale subordina la possibilità di procedere alla costituzione del diritto (di usufrutto, nel nostro caso) da parte del giudice, alla esecuzione della prestazione posta a carico della parte attrice («se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile»). Il fondamento di tale disposizione, *mutatis mutandis*, deve essere rinvenuto in uno dei principi fondamentali in tema di esecuzione delle prestazioni negoziali (*inadimplenti non est adimplendum*) codificato dal legislatore nell'art. 1460 c.c.

La frequente utilizzazione del contratto preliminare nel campo dei negozi con efficacia reale si spiega anche in considerazione del meccanismo attraverso il quale opera questo tipo di contratto, inteso a frapporre un intervallo di tempo tra l'assunzione del vincolo e la produzione degli effetti, che viene posticipata alla conclusione del definitivo, di talché possano trovare soddisfazione le più varie esigenze delle parti (ad esempio, la verifica del bene sul quale cadono gli effetti del contratto, l'acquisizione della provvista per il pagamento del prezzo e così via). Proprio in virtù dei molteplici vantaggi offerti dal preliminare e delle sue potenzialità in relazione al principio consensualistico, vigente nei sistemi latini¹⁰, lo strumento del preliminare ha avuto una larghissima diffusione nell'ordinamento italiano¹¹, diversamente da quanto avvenuto in altri ordinamenti, come quello francese, laddove il dualismo preliminare-definitivo è ritenuto inammissibile in ragione dell'assoluta inderogabilità del principio del consenso traslativo: «la promesse de vente vaut vente», infatti, secondo la statuizione dell'art. 1589 Code civil.

Orbene, nel caso in cui sia stato stipulato un contratto preliminare da cui scaturisca l'obbligo di costituire un diritto di usufrutto, mediante la fu-

¹⁰ Sulla lunga evoluzione storica che ha condotto alla affermazione del principio consensualistico nel diritto moderno, si veda P. Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in *Scritti giuridici varii*, 1907, 105.

¹¹ V. Roppo, Il contratto, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 2001, 654.

tura stipulazione di uno dei contratti tipici idonei a tale scopo (v. *infra*, § 2), la parte che ne ha vanamente atteso la conclusione potrà, a buon diritto, invocare l'applicazione dell'art. 2932 c.c. dinanzi al giudice ordinario ¹², il quale, verificata la sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma, pronuncerà una sentenza produttiva di quel medesimo effetto giuridico, vale a dire la costituzione dell'usufrutto, che sarebbe dovuto discendere dal contratto definitivo, mai stipulato.

Si deve aggiungere, infine, che la natura costitutiva del provvedimento del giudice impedisce che esso possa costituire oggetto di esecuzione in senso stretto, essendo suscettibile soltanto di attuazione (ad esempio, attraverso la trascrizione)¹³.

2. Applicabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. ai contratti a titolo oneroso costitutivi del diritto di usufrutto.

Chiarito come la disciplina dell'esecuzione in forma specifica, *ex* art. 2932 c.c., risulti pacificamente applicabile alla violazione dell'obbligo di costituire l'usufrutto, resta da verificare quali siano gli atti di costituzione volontaria compatibili con l'esercizio dell'azione costitutiva in esame.

A tale proposito, vanno distinti gli atti di costituzione *mortis causa* da quelli *inter vivos* e, tra questi ultimi, quelli a titolo oneroso da quelli a titolo gratuito.

Rientrano senza dubbio, tra gli atti che possono costituire oggetto dell'obbligo a contrarre mediante stipulazione di un preliminare, i contratti intesi a costituire l'usufrutto a titolo oneroso (sebbene siano raramente utilizzati nella pratica) e quelli idonei a trasferire il diritto di usufrutto già esistente su un determinato bene dall'usufruttuario ad un terzo, in virtù dell'art. 980 c.c., il quale prevede che l'usufruttuario possa «cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata se ciò non è vietato dal titolo costitutivo».

¹² Cfr. Cass. 17.5.1969, n. 1710, in Giur. it., 1970, I, 1, 745.

¹³ G. Campeis, A. De Pauli, *Sub art. 2932 c.c.*, in G. Alpa, V. Mariconda, *Codice civile*, I, Milano, 2005, 2124, rilevano come detta sentenza sia pronunciabile anche dall'arbitro rituale, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza (Cass., 8.8.2001, n. 10938, in *Giust. civ.*, 2002, I, 70). Sulla natura costitutiva della sentenza che attribuisce il diritto di usufrutto, Cass., 26.11.1971, n. 3445, in *Mass. Giur. civ.*, 1971, 1857.

È, dunque, possibile, sebbene raramente utilizzata, la compravendita del diritto di usufrutto, i cui effetti, se del caso, ben potrebbero essere realizzati *ex* art. 2932 c.c.¹⁴.

Del pari inconsueta è la costituzione del diritto di usufrutto mediante il contratto di rendita vitalizia (art. 1872 c.c.), i cui effetti, nondimeno, appaiono suscettibili di attuazione in virtù dell'art. 2932 c.c., così come quelli derivanti dai contratti di permuta (art. 1552 c.c.), di transazione (art. 1965 c.c.), di divisione volontaria (art. 713 c.c.)¹⁵, di conferimento in società (art. 2247 c.c.)¹⁶, nonché dagli accordi conclusi in sede di separazione personale, secondo il medesimo meccanismo sopra descritto. È ovvio che, al fine di poter realizzare l'effetto costitutivo invocato, è indispensabile che nel preliminare siano determinati tutti gli elementi essenziali dello stipulando contratto e che sia individuato esattamente l'assetto finale di interessi che le parti intendono conseguire.

Può accadere anche che il proprietario decida di alienare contemporaneamente la nuda proprietà del bene ad un soggetto e il diritto di usufrutto ad un altro, assumendo tale obbligo con un contratto preliminare ¹⁷: si tratta di un negozio unico, con il quale viene assunto l'obbligo ad una duplice alienazione, così come unico sarà il contratto definitivo, sebbene, come correttamente osservato, la costituzione dell'usufrutto debba necessariamente avvenire in un momento (ontologicamente) anteriore al trasferimento della

¹⁴ Ai fini della presente indagine, non rileva analizzare la differenza tra l'acquisto a titolo derivativo traslativo, a seguito della compravendita di un diritto di usufrutto già venuto ad esistenza e l'acquisto a titolo derivativo costitutivo, a seguito di un contratto che costituisca *ex novo* il diritto di usufrutto, su cui v. *supra*, Cap. IV, Sez II.

¹⁵ Sulla possibilità di costituire l'usufrutto mediante divisione volontaria, v. G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, I, 2ª ed., Napoli-Torino, 1931, 285 ss., secondo il quale l'autentica divisione si avrebbe soltanto in presenza dell'attribuzione ai coeredi di diritti omogenei a quelli facenti parte della comunione, sicché non si può parlare di divisione in senso tecnico, quando il diritto di usufrutto sia costituito a fronte dell'attribuzione al coerede di un diritto diverso (ad esempio la proprietà).

¹⁶ Così, G. Pugliese, *Usufrutto*, cit., 344, il quale evidenzia come sia possibile che l'apporto di un socio alla società consista non già nel diritto di proprietà su di un bene, ma nel diritto di usufrutto, sempreché vi sia il consenso degli altri soci; rileva, altresì, come la costituzione dell'usufrutto possa consistere in un atto dovuto, conseguente all'assunzione della relativa obbligazione (*solvendi causa*) e possa, altresì, rivestire i caratteri della *datio in solutum*, quando sia volta a soddisfare un'altra obbligazione.

 $^{^{17}\,}$ L'ipotesi è quella, non infrequente, del genitore che acquista un bene attribuendone la nuda proprietà al figlio e conservando per sé l'usufrutto.

proprietà, giacché, diversamente, il diritto reale sarebbe costituito dal *non* dominus¹⁸.

Ancora più frequente è la costituzione dell'usufrutto mediante l'alienazione della sola nuda proprietà, con la contestuale riserva del diritto di godimento in capo al proprietario alienante. Anche questo negozio (vendita con riserva di usufrutto), unitario come l'altro e produttivo di un duplice effetto, può costituire oggetto dell'obbligo di contrarre, che, se violato, potrà condurre alla costituzione (ma con diverse modalità) dei due rapporti giuridici ex art. 2932 c.c.

Si deve osservare come, in tal caso, la richiesta di esecuzione in forma specifica provenga dall'acquirente che chiede il trasferimento della nuda proprietà, di talché la costituzione dell'usufrutto in capo all'alienante non costituisce propriamente l'oggetto della domanda giudiziale, risultando quale semplice ed automatica conseguenza della domanda proposta dall'attore.

Ciò si spiega con riferimento all'oggetto dell'obbligazione assunta dall'alienante, che riguarda unicamente il trasferimento della nuda proprietà in favore dell'acquirente, non già la costituzione del diritto di usufrutto in capo a se medesimo, né, d'altra parte, potrebbe essere diversamente, non essendo configurabile l'assunzione di un obbligo verso se stesso.

In conseguenza della sentenza costitutiva del giudice, muterà il titolo del possesso del bene in capo all'antico proprietario, secondo la figura del così detto costituto possessorio.

V'è da chiedersi, a questo punto, se sia configurabile un preliminare di un contratto atipico produttivo dell'effetto costitutivo dell'usufrutto 19: non sembrano sussistere difficoltà in tal senso, sempreché siano osservate le norme attributive dell'autonomia privata, che consentono l'ingresso di un siffatto negozio nell'ordinamento giuridico. Anzi, il controllo di meritevo-

¹⁸ Cfr. L. Bigliazzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XI, 1, Milano, 1984, 70; G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 258.

V. supra, Cap. III, Sez II.

¹⁹ La categoria dei contratti atipici ad effetti reali è generalmente ammessa dalla dottrina, con la conseguente ammissibilità anche del preliminare relativo a tali contratti. Si veda, al riguardo, G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 248; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto*, uso e abitazione, cit., 59; P. Gallo, *Beni proprietà e diritti reali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, VII, 2, Torino, 2001.

In giurisprudenza, v. Cass., 27.4.1982, n. 2629, in Arch. civ., 1982, 715, avente ad oggetto un contratto atipico di mantenimento.

lezza degli interessi, che detto contratto intende realizzare, previsto dal legislatore nel secondo comma dell'art. 1322 c.c., potrà essere effettuato proprio in sede di giudizio di esecuzione in forma specifica, *ex* art. 2932 c.c., dal momento che il giudice potrà emanare la sentenza costitutiva richiesta, soltanto nel caso in cui ritenga che il contratto risponda ad una causa meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

3. L'assunzione dell'obbligo di costituire l'usufrutto mediante gli atti unilaterali inter vivos, i negozi a titolo gratuito e gli atti mortis causa.

Con riguardo agli atti unilaterali (tra vivi), si deve ritenere che il rimedio in esame sia ad essi applicabile, tenuto conto sia della disposizione contenuta nell'art. 1324 c.c., che consente l'applicazione delle norme che regolano i contratti agli atti unilaterali «in quanto compatibili», sia del superamento del principio della tipicità dei negozi unilaterali.

In alcuni casi, l'applicabilità dello strumento previsto dall'art. 2932 c.c., è statuita espressamente dal legislatore, come, ad esempio, nell'ipotesi del mandatario incaricato di acquistare un diritto di usufrutto avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati: una volta acquistato tale diritto, in nome proprio e per conto del mandante, egli dovrà ritrasferirlo a quest'ultimo, mediante un atto unilaterale, in adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 1706, 2° co., c.c. Qualora il mandatario non ottemperi, il mandante potrà conseguire, attraverso la sentenza costitutiva, il medesimo risultato economico e giuridico dell'atto unilaterale di trasferimento non compiuto²⁰, come stabilito dalla richiamata disposizione («In caso d'inadempimento, si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre»).

²⁰ Così, G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 259; v. anche S. Pugliatti, in *Foro padano*, 1953, III, 88; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 13^a ed., Napoli, 2007, 1176, il quale considera la norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1706 c.c., quale logica conseguenza della natura obbligatoria del mandato. Sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo previsto dall'art. 1706, 2^o co., c.c., v. Di Marco, *Destinazione al mandante degli acquisti del mandatario*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1245; L. Bigliazzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 96, segnala che, nel caso del mandatario, in realtà, la sentenza del giudice sarebbe volta a produrre l'effetto del trasferimento, non già quello della costituzione dell'usufrutto, sicché tale fattispecie non sarebbe tecnicamente da ascrivere ai modi di costituzione non volontari dell'usufrutto.

Nella giurisprudenza, cfr. Cass., 94/2301, in Giust. civ., 1994, I, 1887.

Stesso principio si deve ritenere possa applicarsi in tema di vendita fiduciaria.

Altro negozio unilaterale che, se inadempiuto, può condurre alla pronuncia costitutiva del diritto di usufrutto, è quello della promessa al pubblico (art. 1989 c.c.), la cui idoneità a costituire fonte di diritti reali, tuttavia, non è pacifica in dottrina ed in giurisprudenza²¹: sicché, solo se si ammetta che la promessa al pubblico possa produrre l'effetto obbligatorio relativo alla futura costituzione del diritto di usufrutto, potrà trovare applicazione il rimedio disciplinato dall'art. 2932 c.c.

Al contrario, non potrà essere applicato tale rimedio alle fattispecie del contratto a favore di terzo e del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, atteso che, in tali ipotesi, l'effetto reale è ricollegato, senz'altro, al verificarsi delle fattispecie contemplate dalle rispettive norme (artt. 1411 e 1333 c.c.), con la conseguente assenza di obbligazioni aventi ad oggetto la futura costituzione del diritto reale, come tali suscettibili di inadempimento²².

Quanto ai negozi *inter vivos* a titolo gratuito, è noto come uno dei modi più diffusi di costituzione dell'usufrutto sia il contratto di donazione (nella triplice specie della donazione del diritto di usufrutto, della donazione della proprietà con riserva di usufrutto e della donazione *si premoriar*)²³, al qua-

²¹ G. Branca, *Promesse unilaterali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1974, 454, ritiene che la promessa non possa avere ad oggetto l'effetto traslativo o costitutivo di diritti reali, mentre L. Bigliazzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 65, considera gli atti unilaterali quali possibili fonti del diritto di usufrutto, con riguardo alla promessa al pubblico ed alla donazione obnuziale (su cui *infra*, nel testo); Id., *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982, XXXII, 3.

In tal senso, nella giurisprudenza, si veda Cass., 30.1.2007, n. 1967, in *Contr.*, 2007, 11, 957, secondo la quale «la possibilità di costituire l'usufrutto deve ritenersi limitata alle sole figure della promessa al pubblico prevista dall'art. 1989 c.c. e della donazione obnuziale di cui all'art. 785 c.c.»; in senso contrario, nella giurisprudenza di merito, T. Novara, 17.5.2007, in sito *Novaraius.it*, 2007.

²² Sul punto, v. P. Gallo, Beni proprietà e diritti reali, cit., 39.

Si segnala, tuttavia, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, secondo il quale può configurarsi il preliminare a favore di terzo, assistito dalla tutela ex art. 2932 c.c. Si vedano Cass., n. 967/74, in Giur. it., 1975, 1, 534; Cass., n. 891/81, in Foro it., 1981, I, 1614. In dottrina, F. Messineo, Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, 166 ss.; S. Mazzamuto, L'esecuzione forzata, cit., 335; M. Di Marzio, sub art. 2932 c.c., in Comm. Cendon, III, Torino, 1999, 633

²³ Si veda supra, Cap. IV, Sez. III.

le, tuttavia, risulta inapplicabile l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, attesa l'incompatibilità tra l'obbligo giuridico di donare e lo spirito di liberalità, come sinora sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁴; senza considerare, inoltre, che è più che dubbia la validità dell'eventuale contratto preliminare di donazione, il quale non solo dovrebbe rivestire la stessa forma del definitivo (ovvero quella dell'atto pubblico), ma che, secondo un indirizzo dottrinale, darebbe luogo ad una donazione obbligatoria cui seguirebbe un atto traslativo di adempimento, giustificato dalla lettera dell'art. 769 c.c. («La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione»).

Del pari inammissibile è ritenuta l'assunzione dell'obbligo relativo alla donazione obnuziale (art. 785 c.c.), che certamente costituisce un valido strumento di costituzione dell'usufrutto, ma non può formare oggetto di obbligazione di stipulare, per la ragione sopra richiamata, dell'intrinseco contrasto tra l'elemento della spontaneità, posto alla base del negozio, e la doverosità dell'atto cui si vincolerebbe il donante.

Se, infatti, la caratteristica della donazione risiede nella liberalità dell'atto, non è concepibile l'obbligo assunto in favore del donatario, il quale addirittura sarebbe legittimato a richiedere al giudice l'emissione di una sentenza costitutiva degli effetti di una donazione promessa e non compiuta, ciò che significherebbe snaturare completamente il negozio della donazione.

Da ultimo, con riguardo ai negozi *mortis causa*, nel rinviare alla relativa trattazione, si osserva che, ai fini della presente indagine, la costituzione dell'usufrutto mediante sentenza *ex* art. 2932 c.c., può avere luogo unicamente con riferimento alla ipotesi del legato di usufrutto di cosa altrui, unico caso in cui la disposizione testamentaria non è idonea, senz'altro, a produrre effetti reali, giacché necessita del preventivo acquisto del diritto (di proprietà sul bene)²⁵ in capo all'erede; qualora tale acquisto sia avvenuto,

²⁴ Si vedano, al riguardo, Cass., 18.12.1996 n. 11311, in *Contr.*, 1997, 5, 460, con nota di G. Bonilini, *Donazione, preliminare di donazione, donazione di beni futuri da parte di enti pubblici*, in *Contr.*, 1997, 464 ss. e Cass., 12.6.1979 n. 3315, in *Riv. notariato*, 1981, 440; in senso contrario, T. Bergamo, 10.12.2002, in *Giur. it.*, 2003, 2071.

In dottrina, per tutti, v. L. Bigliazzi Geri, Usufrutto, uso e abitazione, cit., 69

²⁵ Rileva correttamente L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 96, che l'erede è tenuto ad acquistare il diritto di proprietà non già semplicemente l'usufrutto del bene, giacché, in quest'ultimo caso, il diritto di usufrutto del legatario sarebbe vinco-

ma l'erede non abbia poi proceduto alla costituzione dell'usufrutto in favore del legatario, questi potrà agire in giudizio chiedendo al giudice la pronuncia della relativa sentenza costitutiva. Tuttavia, in applicazione analogica dell'art. 651 c.c., che disciplina il legato di cosa altrui, l'erede potrebbe liberarsi adempiendo l'obbligazione facoltativa di pagare al legatario il giusto prezzo del diritto di usufrutto.

4. Il potere del giudice tra contratto preliminare e sentenza costitutiva del diritto di usufrutto.

L'art. 2932 c.c. richiede la sussistenza di alcuni presupposti, affinché il giudice possa emettere la sentenza che tenga il luogo dell'atto non compiuto.

Nelle pagine che precedono, abbiamo esaminato il primo di tali presupposti, ovvero l'esistenza dell'obbligo di costituire il rapporto giuridico da parte del promittente, scaturito da un fatto (contratto, atto unilaterale, legato) idoneo a produrlo.

Ovviamente è necessario che il giudice accerti l'inadempimento di tale obbligo e, dunque, che non vi siano cause che lo escludano.

Ma il legislatore prevede, altresì, che la sentenza costitutiva possa essere pronunciata «qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo».

Il requisito della possibilità, riferito alla costituzione del diritto di usufrutto, si riflette sulla esistenza e determinatezza del bene al tempo della domanda, nonché sull'appartenenza dello stesso al soggetto obbligato²⁶: ad esempio, con riguardo al legato di usufrutto di cosa altrui, non sarebbe possibile per il legatario ottenere una sentenza costitutiva nei confronti dell'erede, prima che questi abbia acquistato il bene dal terzo.

Tale requisito consente di escludere dal novero delle fattispecie, cui è applicabile il rimedio dell'azione costitutiva, quelle in cui sussista un'impossibilità di fatto, ad esempio il perimento della cosa, oppure un'impossibilità

lato oltremodo al diritto acquistato dall'erede, specie ai fini della sua durata. Sul punto, v. anche G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 259.

²⁶ Cass., n. 5119/91, in *Foro it.*, 1991, I, 3373, con nota di F. Caso; Cass., n. 915/83, in *Dir. e giur.*, 1983, 396, con nota di G. Gabrielli.

Si veda G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 259, il quale ritiene ammissibile che si costituisca con sentenza anche l'usufrutto di un credito, purché esista e spetti all'obbligato.

giuridica, come nei casi di cessione del bene ad un terzo oppure di espropriazione o, ancora, di inesigibilità della prestazione²⁷.

Affinché sia utilmente esperita l'azione offerta dall'art. 2932 c.c., è necessario, inoltre, che tale potere non sia escluso dal titolo. Ciò significa che le parti, nell'esercizio dell'autonomia attribuita loro dal legislatore, possono eliminare a monte la possibilità di chiedere al giudice la costituzione del rapporto giuridico atteso (nel nostro caso, la costituzione dell'usufrutto), ma devono, tuttavia, aver cura di convenire espressamente l'esclusione, non essendo sufficiente, a tal fine, la semplice pattuizione di una penale o l'assunzione dell'obbligo di stipulare l'atto pubblico dinanzi ad un notaio scelto di comune accordo²⁸.

Soltanto a seguito dell'accertamento dei presupposti sopra richiamati, il giudice potrà emettere la sentenza costitutiva del diritto di usufrutto, attuando l'assetto di interessi stabilito dalle parti mediante il contratto preliminare.

È legittimo chiedersi, allora, quale sia il rapporto che intercorre tra l'accordo negoziale e la sentenza del giudice, se questi possa esercitare (e fin dove possa spingersi) il potere di integrare e/o correggere il contenuto del testo contrattuale.

La giurisprudenza più risalente e la dottrina tradizionale ritenevano, in ossequio al dogma della identità di contenuto tra preliminare e sentenza, che al giudice non fosse minimamente consentito distaccarsi dalle pattuizio-

²⁷ Sul punto, si vedano V. Roppo, *Questioni in tema di formazione del consenso*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 159 ss.; S. Satta, *L'esecuzione forzata*, cit., 277; *contra*, S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 355, il quale evidenzia che ricondurre il requisito della possibilità all'istituto della impossibilità sopravvenuta, alla inesigibilità della prestazione ed agli altri casi di impossibilità giuridica, significherebbe svuotare tale inciso di un «utile significato normativo» ed attribuirgli un semplice significato ricognitivo, mentre esso «esplicita l'esigenza che il preliminare sia idoneo a "definitivizzarsi"» ed attiene, pertanto, «all'ampiezza dei poteri del giudice in sede di determinazione del regolamento di interessi». L'Autore rileva, inoltre, come la giurisprudenza incorra in un errore di prospettiva quando estende l'ambito della impossibilità ad ogni ipotesi di non perfetta coincidenza tra preliminare e definitivo, ignorando i poteri di integrazione del giudice.

²⁸ Concorde l'orientamento della dottrina; al riguardo: tra gli altri, F.D. Busnelli, Dell'esecuzione forzata, in Comm. Cendon, Torino, 1990, 378; S. Mazzamuto, L'esecuzione forzata, cit., 355; L. Montesano, Sull'incapacità dell'obbligato da contratto preliminare, in Temi, 1972, 140 ss.; contra, G. Gabrielli, Il contratto preliminare, cit., 50, il quale ritiene che l'esclusione del rimedio ex art. 2932 c.c. si possa desumere anche dal comportamento delle parti successivo alla stipula del preliminare, secondo le regole sull'interpretazione del contratto, previste dagli artt. 1362 ss. c.c.

Nella giurisprudenza, v., per tutte, Cass., 26.11.1971, n. 3445, in Giust. civ., 1971, I, 899.

ni negoziali e che, pertanto, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto dovesse essere negata, qualora la situazione di fatto esistente al momento della sentenza differisse (anche di poco) da quella prospettata nel testo negoziale come, ad esempio, nel caso in cui il bene oggetto del contratto fosse venuto ad esistenza con caratteristiche diverse da quelle previste.

Attraverso l'evoluzione giurisprudenziale in materia di attribuzione (e di ampiezza) dei poteri integrativi e correttivi del giudice rispetto agli accordi negoziali, si è giunti a ritenere ammissibile il divario (talvolta anche rilevante) tra il regolamento negoziale e il definitivo assetto di interessi di cui la sentenza giudiziale è fonte.

Non v'è dubbio, infatti, che la fonte del rapporto giuridico – nel caso di specie, dell'usufrutto – non è (e non potrebbe essere) il negozio, che non si è mai realizzato tra le parti, bensì il provvedimento giudiziale che tiene il luogo del negozio stesso, pur con le dovute considerazioni in ordine alla realizzazione di una fattispecie complessa, di cui fanno parte sia il provvedimento giudiziale, sia il contratto preliminare (o, comunque, l'atto da cui scaturisce l'obbligo a contrarre), il quale, tuttavia, costituisce oggetto di interpretazione nonché di eventuale integrazione da parte del giudice, sulla base di criteri desumibili dal regolamento contrattuale.

Ad esempio, di fronte al mutamento delle circostanze di fatto o di elementi di diritto rispetto alla situazione in cui era stato assunto l'obbligo, la dottrina si è spinta a ritenere ammissibile l'indagine da parte del giudice circa la volontà virtuale dei contraenti, qualora avessero avuto contezza della modificazione.

Si tratta di una prospettiva completamente rovesciata rispetto all'epoca in cui insigni giuristi discutevano se dovesse avere ingresso nel nostro ordinamento il potere del giudice di costituire rapporti giuridici mediante sentenza.

Ammoniva il giurista: «la facoltà di disposizione dei privati resta ancora riconosciuta: ma al di sopra di essa lo Stato, a difesa di interessi pubblici che potrebbero esser compromessi se tale facoltà di disposizione restasse inerte, tiene in riserva la esecuzione giurisdizionale forzata, forse preannunciatrice della legislazione che verrà domani» ²⁹.

²⁹ P. CALAMANDREI, La sentenza come atto di esecuzione forzata, in Studi in onore di Ascoli, Messina, 1930, 219 ss.

A distanza di oltre mezzo secolo, si discute, invece, quale sia il confine invalicabile del potere esercitato dal giudice in sede di emissione della sentenza *ex* art. 2932 c.c.: l'unico limite pacificamente individuato è quello della indeterminabilità assoluta di uno degli elementi essenziali del contratto definitivo, che, invece, devono essere determinati (o, quanto meno, determinabili) in base al regolamento contrattuale posto in essere dalle parti promittenti³⁰, essendo altrimenti irrealizzabile l'effetto giuridico voluto dal promittente, nella specie, la costituzione del diritto di usufrutto.

³⁰ Cass., 12.1.1996, n. 179, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 30; Cass., 1.2.1993, n. 1219, in *Foro it.*, 1993, I, 1459.