

Obbligo di trasferire (dare, consegnare e tradere): contenuto e fonti

This is the peer reviewed version of the following article:

Original:

Alpini, A. (2025). Obbligo di trasferire (dare, consegnare e tradere): contenuto e fonti. In P. Perlingieri, A. Fachechi (a cura di), Luigi Cariota Ferrara (pp. 445-460). Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane.

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/11365/1307556> since 2026-05-29T18:40:16Z

Publisher:

Edizioni Scientifiche Italiane

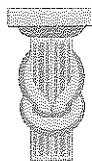
Terms of use:

Open Access

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license.

For all terms of use and more information see the publisher's website.

(Article begins on next page)



Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

Luigi Cariota Ferrara

a cura di

PIETRO PERLINGIERI e ALESSIA FACHECHI

 **UNIVERSITÀ**
DI SIENA 1240
Biblioteca di Area Giuridico -
Politologica "Circolo Giuridico"



Edizioni Scientifiche Italiane

Obbligo di trasferire (dare, consegnare e *tradere*): contenuto e fonti

SOMMARIO: 1. Il dibattito scientifico e il contributo di Luigi Cariota Ferrara. - 2. L'obbligo di trasferire. - 3. Obbligazione civile e naturale. - 4. Contenuto e fonti. 5. - Forma e causa. - 6. Considerazioni conclusive: a) negozi e rapporti preparatori, b) obbligo di trasferire e adempimento: il problema della forma.

1. Il contributo di Luigi Cariota Ferrara si inserisce nell'acceso dibattito che caratterizzò gli inizi del XX secolo su temi fondamentali del diritto civile, quali la natura del negozio giuridico, la distinzione tra contratti reali e consensuali e la problematica del trasferimento del diritto di proprietà¹.

Difronte all'elaborazione del negozio giuridico da parte della dottrina tedesca, il Maestro si distingue per il tentativo di conciliare volontarismo e oggettivismo, sottolineando la rilevanza sia della volontà interna sia della sua manifestazione esterna². Il negozio giuridico si perfeziona con la dichiarazione, ma questa deve corrispondere alla volontà interna del dichiarante. Pur riconoscendo l'importanza degli elementi oggettivi, Cariota Ferrara pone l'accento sulla volontà come elemento costitutivo essenziale del negozio giuridico: la volontà deve essere seria, libera e consapevole, diretta alla produzione di effetti giuridici. In particolare, con riferimento all'atto di trasferimento, Egli tiene a distinguere tra volontà della dichiarazione e volontà del contenuto e, dunque, tra volontà dell'atto e volontà negoziale³.

¹ Per respirare il clima di quel periodo ed apprezzare i contributi dei suoi protagonisti, si leggano le pagine di P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, La cultura del Diritto civile. Studi della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2013, p. 351 ss.

² L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (Napoli 1944-48), rist. Napoli, 2011, p. 73 ss. Cfr., P. PERLINGIERI, *Luigi Cariota Ferrara, un giurista liberale*, in *Arch. Giur.* 2/2015, p. 224.

³ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. Dir. comp. e Studi leg.*, 1950, p. 196, il quale discorre – con riferimento all'atto di trasferimento – di «dichiarazione voluta sia in sé sia nel suo contenuto» (p. 195).

Il principio consensualistico, accolto dal codice del 1865 (art. 1125), confermato dal codice civile del 1942 (art. 1376), secondo il quale il contratto si perfeziona con il consenso delle parti legittimamente manifestato, lasciava aperta la questione sulla distinzione tra contratti reali e contratti consensuali. Egli, con la sua analisi sull'obbligo di trasferire, chiarisce questa distinzione, evidenziando che anche nei contratti consensuali è necessario un atto traslativo che perfezioni il trasferimento⁴. Al contempo, la mancanza di una disciplina organica del trasferimento della proprietà, aveva suscitato la questione sulla natura e sugli effetti del contratto preliminare. A tal proposito, l'A. spiega che il contratto preliminare è la fonte dell'obbligo di trasferire, in quanto tale caratterizzato dalla natura obbligatoria e dalla funzione preparatoria al contratto di trasferimento⁵.

Dalla Sua prospettiva l'obbligo di trasferire non si esaurisce nel semplice consenso delle parti, ma richiede un'ulteriore attività giuridica per il trasferimento effettivo della proprietà. Tale attività può consistere in un atto formale (come la trascrizione nei registri immobiliari per i beni immobili) o in un comportamento materiale (come la consegna del bene mobile)⁶.

Il Suo studio sull'obbligo di trasferire costituisce ancora oggi un punto di riferimento imprescindibile per approfondire la reale portata del principio consensualistico⁷. Se Gino Gorla con *L'obbligazione di dare*⁸ rappresenta per Cariota Ferrara il principale interlocutore per *L'obbligo di trasferire*, dove viene significativamente citato⁹, è Pietro Perlingieri che, nella sua *La compravendita di «cosa futura»*, prendendo le mosse dal concetto di dare inteso con

⁴ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 205.

⁵ ID., *o.n.c.*, p. 206.

⁶ Da qui la distinzione tra consenso e atto traslativo. Anche se il contratto di compravendita è validamente concluso, l'atto di trasferimento è necessario per perfezionare il trasferimento del diritto di proprietà. Vedi, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 120 ss.

⁷ Vedi, ad esempio, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

⁸ G. GORLA, *L'obbligazione di dare*, in *Il Foro it.*, 1937, 62, IV, c. 227 ss., Prolusione al corso di diritto civile letta il 14 gennaio 1937 nella Regia Università di Modena. Vedi, in particolare c. 227, dove l'A. cita i *Negozi su patrimonio altrui* di Cariota Ferrara, criticando quanto ivi affermato dal Nostro a proposito della natura dell'atto traslativo.

⁹ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., pp.195-221.

riferimento all'obbligo di trasferire¹⁰, svilupperà in modo del tutto originale l'intuizione del Maestro¹¹.

2. L' "obbligo di trasferire" costituisce la Prolusione al Corso di istituzioni di Diritto Privato, letta da Luigi Cariota Ferrara nell'Università di Napoli il 15 gennaio 1949, pubblicata l'anno successivo nell'Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi, prestigiosa rivista protagonista della ricostruzione del sistema giuridico del dopoguerra.

Il codice civile del 1865 richiama in diverse disposizioni l'obbligazione di dare: nell'art. 1447 che definiva la compravendita come il contratto con cui il venditore si obbliga a dare una cosa; nell'art. 1219 secondo il quale l'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa e di conservarla fino alla consegna. Nonostante l'enunciazione generale del principio consensualistico, si manteneva l'intermediazione dell'obbligazione di dare, pur considerata tacitamente adempiuta per effetto della conclusione del contratto. Il codice civile del 1942 elimina sia il riferimento all'obbligazione di dare di matrice francese, sia la classificazione delle diverse tipologie di obbligazioni¹².

In questo contesto, si rendeva necessaria una precisazione, dal momento che Gino Gorla, scrivendo sull'obbligazione di dare, aveva eccepito a Cariota Ferrara¹³ che l'atto traslativo «non è una prestazione autonoma accanto a quella di procurare il risultato, il diritto, e così non è oggetto di una distinta obbligazione, ma è la prestazione *unica* dell'obbligazione di dare»¹⁴.

Considerando che all'atto di trasferimento può conseguire oppure no l'effetto di trasferimento, Cariota Ferrara avverte di non confondere il piano

¹⁰ P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di «cosa futura»*, Jovene, Napoli, 1962, p. 66, nota 144, il quale cita Luigi Cariota Ferrara con *L'Obbligo di trasferire* ritenendo più appropriata la Sua nozione di dare in quanto più specifica e ristretta rispetto a quella molto ampia elaborata da Raffaele Cicala nel *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*.

¹¹ Il riferimento è, in particolare, alla ammissibilità dell'applicazione della disciplina della condizione adattandola alle specificità del negozio ossia alla sua causa: P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., pp. 79 ss. e 97 ss., cfr. L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 214.

¹² A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 6 ss.

¹³ L. CARIOTA FERRARA, *Negozi su patrimonio altrui*, Padova, 1936, pp. 178 e 195.

¹⁴ G. GORLA, *o.c.*, c. 227.

dell'atto con quello dell'effetto. Mentre l'obbligo di dare - spiega - indica «solo l'obbligo di rendere proprietario un altro, prestando - ove occorra - anche il consenso per il negozio traslativo, non così di regola nell'obbligo di trasferire»¹⁵. Questo consiste nel dovere di porre in essere la dichiarazione di volontà traslativa del diritto di proprietà o costitutiva di diritto reale. Con la conseguenza che la prestazione oggetto dell'obbligo consiste nella cooperazione necessaria per il sorgere del negozio traslativo. Acquista rilievo, in questo passaggio, la distinzione tra volontà della dichiarazione e volontà del contenuto, poiché una volontà animata da una mera volontà di dichiarare e non anche da una volontà negoziale non sarebbe sufficiente.

Volontà dell'atto e volontà negoziale vanno distinte e il loro valore va inquadrato nella teoria generale del negozio giuridico. L'A. chiarisce che la teoria della dichiarazione e quella precettiva finiscono con l'annullare la volontà negoziale, riducendola ad un elemento esterno, ovvero ad un comando destinato a circolare come una entità materiale ed oggettiva¹⁶. L'autonomia della volontà deve, invece, essere conciliata con le esigenze del traffico, come del resto richiede il codice civile. Su questo punto Cariota Ferrara si intrattiene in una densa nota dove, riferendosi al «giurista che voglia essere anche interprete della legge»¹⁷, ammonisce di non farsi abbagliare dai dogmi, ma di interpretare secondo lo «spirito dell'ordinamento giuridico»¹⁸. Egli, in polemica con Carnelutti, tiene a

¹⁵ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 195. Di diverso avviso A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 241 ss., il quale, seguendo l'impostazione di Gino Gorla, dissente dalla tesi di Cariota Ferrara secondo la quale l'obbligazione di dare non si identifica con quella di far acquistare al creditore il diritto di proprietà ma comprende in sé questa obbligazione oltre a quella di compiere il negozio di trasferimento. Per Dalmartello «l'obbligazione di far acquistare al compratore il diritto di proprietà è semplicemente l'obbligazione di dare [...]». L'obbligazione di compiere l'atto traslativo non è un elemento dell'obbligazione di dare, ma è semplicemente una delle possibili forme (non la sola) che può assumere la prestazione ai fini del raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione, e può servire – in questi casi – a qualificare l'obbligazione di dare dal punto di vista del mezzo e dello strumento necessario pel suo adempimento».

¹⁶ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit. p. 196.

¹⁷ ID., *o.u.c.*, cit. p. 196, nota 3.

¹⁸ ID., *o.u.c.*, *L'obbligo di trasferire*, cit. p. 196, nota 3.

precisare che la teoria generale va utilizzata evitando pericolose generalizzazioni e amplificazioni di concetti¹⁹.

Da qui la delimitazione dell'obbligo di trasferire dall'obbligo di intestare i beni ad altri. Il Nostro porta l'esempio della simulazione, per cui si compie un atto con il quale i beni sono riportati al finto alienante, atto che non è un trasferimento dal momento che i beni non sono mai usciti dal patrimonio dell'alienante se non apparentemente²⁰. Tale atto consiste, dunque, in una mera volontà di dichiarare e non richiede una volontà negoziale. Infatti, nell'ipotesi di rifiuto a compiere tale atto, interviene la sentenza del giudice che, a differenza di quella per l'attuazione del vero obbligo a trasferire, è meramente dichiarativa²¹.

L'obbligo di trasferire non corrisponde neppure all'obbligo di rendere effettivamente proprietario. Questo obbligo può, infatti, essere un effetto del contratto definitivo, con la conseguenza che non vi sarebbe inadempimento dell'obbligo di trasferire qualora l'obligato abbia prestato la cooperazione necessaria per il compimento del negozio traslativo, ma questo per un impedimento non abbia prodotto l'effetto traslativo²². Sì che obbligo di trasferire e obbligo di rendere effettivamente proprietario o titolare del diritto reale possono nascere in tempi diversi e con atti diversi, come accade nel susseguirsi di contratto preliminare e contratto definitivo²³.

Intuitiva appare la distinzione dell'obbligo di trasferire da quello di consegnare che ha per oggetto la materiale consegna della cosa (*datio rei*) senza la necessità di emettere alcuna dichiarazione di volontà negoziale²⁴.

Più complessa, invece, la distinzione con l'obbligo di *tradere*, poichè in questa ipotesi la consegna materiale della cosa realizza contemporaneamente il trasferimento della stessa nel patrimonio dell'*accipiens*. La funzione traslativa si lega - in questo caso - all'atto di

¹⁹ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 196. Sull'uso delle generalizzazioni e sulla necessità di studiare il caso particolare, cfr. P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 31 ss.

²⁰ Nella pratica si discorreva impropriamente di un obbligo dell'acquirente apparente di «ritrasferire» i beni al finto alienante. Vedi, Cass., 23 luglio 1948, in *Mass. Foro it.*, 1948, c. 256, n. 1219.

²¹ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 197.

²² ID., *o.u.c.*, p. 198.

²³ Cass., 12 luglio 2002, n. 10144, Cass., 20 giugno 2013, n. 15483, Cass. 8 gennaio 2016, n. 811, in *de jure*.

²⁴ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 199.

consegna senza alcuna dichiarazione negoziale. Si che nei contratti *ad tradendum*, il creditore che non vuole aderire alla consegna è in *mora accipiendi*, ma l'obbligo del *tradens* non si estingue. Nei contratti preliminari, invece, il promittente resta immediatamente liberato se lo stipulante non manifesta la sua volontà nel termine prefissato²⁵.

3. Luigi Cariota Ferrara, pur nella consapevolezza che l'obbligo di trasferire nella sua configurazione di obbligazione civile, dà luogo alle conseguenze più rilevanti, approfondisce anche i casi in cui quello assume la natura di obbligazione naturale. Se si ritiene che i genitori abbiano l'obbligo imposto dalla coscienza sociale di dare beni ai figli che vanno a nozze, tale obbligazione corrisponde a quella civile di trasferire. Una perfetta corrispondenza vi sarebbe quando fosse precedentemente sorto un obbligo di trasferire estinto poi per prescrizione²⁶.

Una ipotesi sulla quale l'A. si intrattiene riguarda la fiducia testamentaria, per la quale sia il vecchio sia il nuovo codice parlano di disposizioni fatte in favore di persona indicata nel testamento che sia soltanto apparente e in realtà riguardante altra persona. La questione che Egli solleva è se sia possibile una interposizione fittizia nella fiducia testamentaria. Considerato che non si può ammettere una interposizione fittizia se non invocando una simulazione o la riserva mentale, il Maestro rileva che la prima non può darsi nei negozi *mortis causa*, la seconda sarebbe meramente negativa, nel senso che non acquisterebbe né il fiduciario né il terzo beneficiario con il quale occorrerebbe una intesa, o sarebbe nulla come patto successorio. In effetti l'uso della espressione «disposizioni apparenti» a favore della persona indicata nel testamento, è improprio, mentre l'espressione nel comma successivo «trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore» presuppone un primo trasferimento reale²⁷. Da questa prospettiva, si può configurare l'obbligo di trasferire: tuttavia, se i beni devono pervenire a incapaci di ricevere, non v'è alcun obbligo, neppure naturale di trasferire²⁸.

4. L'obbligo di trasferire può consistere nell'obbligo di «trasferire ulteriormente» ovvero di «ritrasferire al primo disponente». Nella *fiducia cum*

²⁵ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p.199.

²⁶ ID., *o.u.c.*, p. 201.

²⁷ ID., *o.u.c.*, p.202 ss.

²⁸ ID., *o.u.c.*, p.203.

amico si assume dal fiduciario l'obbligo di trasferire al terzo, mentre nella *fiducia cum creditore* si assume l'obbligo di retrotrasferire al fiduciante appena esaurito lo scopo di garanzia. Nella rappresentanza indiretta si ha sempre l'obbligo di trasferire ulteriormente in quanto i beni non devono mai tornare a chi ne era il titolare²⁹.

Si discorre di obbligo di trasferire e non di alienare poiché quest'ultimo evoca l'effettiva produzione dell'acquisto del diritto per l'*accipiens* - che invece consegue al preciso obbligo di rendere proprietario o titolare del diritto l'altro soggetto.

L'A. tiene a sottolineare anche la distinzione sostanziale tra trasferire e lasciare *mortis causa*, dal momento che l'obbligo di lasciare, inserito in una disposizione *inter vivos*, viola il divieto dei patti successori in quanto relativo all'eredità del promittente.

L'obbligo di trasferire ha la sua fonte nella legge e nel negozio, nelle leggi speciali e nel codice civile, si pensi all'enfiteusi e alle servitù. Il Nostro si sofferma sulle norme sul pagamento dell'indebito e sull'arricchimento senza causa per verificare se possano costituire fonte dell'obbligo di trasferire³⁰.

Quanto al pagamento dell'indebito, l'azione di ripetizione ha natura personale e l'obbligazione non è limitata alla restituzione del possesso ma si estende al trasferimento del diritto di proprietà sulla cosa. Quanto all'arricchimento senza causa, l'azione ha natura personale e può essere diretta alla restituzione di cosa determinata e precisamente al trasferimento del diritto di proprietà su di essa, oltre che alla restituzione del possesso. Entrambi, tuttavia, si configurano come obblighi *ad tradendum*, poiché la loro attuazione ha luogo con un unico atto al contempo reale e traslativo, ovvero con il pagamento³¹.

Pertanto, se l'obbligo di trasferire può derivare dal negozio giuridico, da un contratto e anche da un atto unilaterale, non così per la promessa di pagamento, poiché si tratta di un negozio obbligatorio *ad tradendum* al quale segue la immediata e reale dazione di somma di denaro, mentre l'obbligo di

²⁹ Cfr. S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, 1953, III, c. 73 ss., secondo il quale il ritrasferimento si risolve in realtà in un «surrogato di trasferimento» è cioè un «trasferire a sua volta» che valorizza «l'instabilità dell'acquisto, la sua ulteriore destinazione».

³⁰ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 205.

³¹ ID., *o.u.c.*, p. 206.

trasferire comporta solo il dovere di emettere una dichiarazione negoziale. La promessa al pubblico è promessa di prestazione in senso stretto che non include quella particolare prestazione che è il *contrabere*.

Il contratto fonte dell'obbligo di trasferire è il contratto preliminare ad un contratto traslativo, ovvero quel contratto che dà luogo all'obbligo di trasferire nel senso di prestare la necessaria cooperazione per un contratto definitivo traslativo. Non vi rientrano, dunque, i contratti preliminari a contratti reali e obbligatori, né i contratti già definitivi e traslativi sebbene condizionati, né i contratti con i quali si conferisce un diritto di prelazione o di opzione³².

Anche la disposizione modale nel testamento può imporre all'onorato di trasferire ad altri il bene. Oltre ai contratti preliminari e disposizioni modali, vi sono altre fonti dell'obbligo di trasferire, quali i negozi fiduciari e i negozi indiretti, entrambi volti a ritrasferire i beni al fiduciante o alienante, ovvero ad un terzo.

Cariota Ferrara tiene conto dei dubbi sollevati in dottrina con riferimento ai negozi fiduciari di trasferimento e contro quelli indiretti ad essi affini (come ad es. la vendita a scopo di garanzia), in ordine alla volontà e alla causa³³. Si interroga se siano negozi reali o piuttosto simulati, se i negozi causali tipici possano essere adattabili a fini diversi. La risposta è positiva dal momento che sono ammessi meri trasferimenti o retrotrasferimenti *causa solutionis* derivanti dai patti obbligatori che sottostanno ai trasferimenti *fiduciae causa*³⁴. Sono altresì ammessi i negozi causali di trasferimento adattati a fini diversi e minori, dai quali derivano obblighi di ulteriori negozi causali di trasferimento con una causa propria

³² Per la distinzione tra vendita condizionata e contratto preliminare, vedi P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 57 ss.

³³ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 209.

³⁴ La richiesta del fiduciante non è sufficiente a procurare tale ritrasferimento: essa rappresenta una dichiarazione di volontà non negoziale che rende attuale l'interesse al ritrasferimento e così l'obbligo alla relativa esecuzione: L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 209 ss., cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, rist. Napoli, 1980, p. 350 ss., M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., I, Torino, 1958, p. 468. Il trasferimento deve avvenire tramite un negozio giuridico con effetti traslativi, compiuto a titolo di adempimento, quale prestazione esecutiva di un obbligo precedentemente assunto, ossia un atto compiuto *solvendi causa*, cfr. M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 66 ss., G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e trasferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 934 ss., G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 139.

tipica, per i quali sono compiute dichiarazioni in adempimento dell'obbligo di trasferire³⁵.

L'obbligo di trasferire può anche scaturire dalla rappresentanza indiretta, infatti, se si ammette che il mandato ad alienare in nome proprio beni del mandante ha come effetto un primo acquisto del diritto di proprietà sui beni medesimi da parte del mandatario, deve ammettersi che questi è tenuto a trasferirli ad un terzo. Così pure nel mandato ad acquistare in nome proprio e nell'interesse del mandante³⁶.

5. Cariota Ferrara si chiede se sia possibile dedurre dalle norme del codice civile che prescrivono la forma scritta per i contratti preliminari (art. 1351 c.c.), per il mandato e la procura (art. 1392 c.c.), che ogni contratto costitutivo di obbligo di trasferire immobili debba rivestire la forma scritta *ad substantiam*. Mentre la giurisprudenza della Cassazione riteneva essenziale la forma scritta argomentando proprio dalla norma sul mandato con rappresentanza diretta e sul preliminare, giungendo a sostenere l'esistenza dell'atto scritto per le convenzioni relative ad immobili³⁷, Egli ravvisa la necessità di verificare l'esistenza di un principio sulla forma in una determinata materia che deroghi a quello generale della libertà della forma.

Dalle norme del codice civile (artt. 1351, 1302, 1702), secondo il Maestro non si può dedurre un principio della forma perché si tratta di rapporti diversi, alcuni dei quali non contemplano l'obbligo di trasferire inteso come obbligo di emettere dichiarazione traslativa in nome proprio. Inoltre, a scoraggiare una simile deduzione, si aggiunge la considerazione che l'obbligo di trasferire assume un contenuto specifico a seconda che discenda dai contratti preliminari, per i quali si richiede espressamente una data forma, ovvero dagli altri casi nei quali pur sussistendo l'obbligo di trasferire, non vi sono norme sulla forma.

³⁵ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 209.

³⁶ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 210. Vedi, tuttavia, p. 219 e *infra* par. 5.

³⁷ Vedi Cass., 18 marzo 1948, in *Mass. Foro it.*, 1948, c. 89, n. 427. Negli ultimi anni la giurisprudenza, con particolare riferimento al mandato ad acquistare beni immobili e al patto fiduciario immobiliare, ha ribaltato il precedente orientamento: vedi, fra tutte, Cass., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 268 ss. In dottrina, di recente, A. LUMINOSO, *La forma dei contratti costitutivi di un'obbligazione di dare ad oggetto immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2024, p. 788 ss.

Cariota Ferrara intuisce il nesso di collegamento tra forma e causa. L'obbligo che deriva dal contratto preliminare scaturisce da un contratto causale obbligatorio che ha per oggetto la prestazione del consenso al compimento di un negozio definitivo causale e traslativo. Se ne deduce la necessità di impostare un esame dei rapporti e delle reciproche influenze tra contratti preliminari e contratti definitivi. Innanzitutto si tiene in considerazione il fatto che il contratto causale deve contenerne gli estremi e di conseguenza la determinazione di tali elementi esclude che si possa agire per l'annullamento o la rescissione di quello definitivo, in base a vizi degli stessi elementi. La nullità del contratto preliminare non può determinare quella del definitivo, dato che questo ha una sua causa³⁸.

Il Maestro va alla ricerca della causa sia del preliminare sia del definitivo ipotizzando una concorrenza di «causa prossima» e «causa remota»³⁹. Tuttavia esclude questa ipotesi dato che le vendite non devono essere necessariamente precedute dalle promesse. Inoltre, la dazione della cosa trova la sua giustificazione nel pagamento del prezzo e viceversa.

Occorre, dunque, spostare l'attenzione sul piano delle dichiarazioni. Anche se il preliminare è nullo, il venditore e il compratore hanno dichiarato di vendere e di acquistare, sì che i loro obblighi sono estinti con le dichiarazioni e dunque la causa si rintraccia nel trasferimento⁴⁰.

Tuttavia, non pare ammissibile ricorrere alla *condictio* come rimedio generale valevole sul terreno dei rapporti contrattuali, dal momento che nel nostro ordinamento mancano i negozi astratti. Neppure si può ricorrere alla azione di ripetizione dell'indebito, dato che essa è concessa solo contro il pagamento o contro la dazione di cosa determinata e tende alla restituzione

³⁸ Il Maestro rileva una lacuna sul punto nella letteratura, riferendosi al limitato spazio dedicato da parte del Bechmann e dal Coviello: L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 212.

³⁹ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 213. Il Maestro utilizza l'espressione «causa remota» per la quale rinvia a E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, 1943, p. 117 ss. Il Nostro considera innanzitutto il Betti, non soltanto perché Egli aveva scritto sul tema più recentemente degli altri autori che si erano occupati del tema, ma soprattutto perché aveva ricondotto la causa remota ad un rapporto giuridico preesistente, coevo o futuro, limitando il concetto ad un nesso oggettivo, vale a dire finendo per sovrapporre la causa remota con un presupposto oggettivo della causa tipica. Contro tale impostazione Cariota Ferrara eccepisce che soltanto alcune cause richiedono l'esistenza di un presupposto oggettivo. Per questa ragione, con riferimento alla *causa solvendi* rispetto alla *causa venditionis*, Egli preferisce discorrere di «causa accidentale» riconoscendogli un valore non essenziale.

⁴⁰ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 214.

del denaro o della *res certa*, cui non possono equipararsi le emissioni di dichiarazioni negoziali rispetto alle quali non c'è possibilità di ripetizione. Né si può fare ricorso alla azione generale di arricchimento, poiché non può configurarsi siffatto arricchimento rispetto alla semplice emissione della dichiarazione.

Altre figure di obbligo di trasferire si rintracciano nella fiducia e nella rappresentanza indiretta⁴¹. Il Maestro distingue tra obbligazioni naturale e civili.

Se preesiste l'obbligazione naturale, occorre chiarire l'essenza dell'adempimento. Questo non si può equiparare al pagamento inteso in senso proprio, poiché richiede una volontà di rivolgere la prestazione all'adempimento del dovere, volontà negoziale vera e propria che si esclude per il pagamento. L'adempimento dell'obbligazione naturale è un contratto traslativo ed anche reale, perché occorrono la manifestazione della volontà negoziale e la consegna della cosa. Con la conseguenza che l'obbligazione naturale di trasferire è fuori dal campo delle obbligazioni *ad tradendum*, nonostante l'elemento necessario della consegna. Ne deriva che il negozio traslativo che si ponga in essere senza la volontà di prestare in esecuzione dell'obbligazione e di ricevere a tale titolo, può essere qualificato non come un adempimento ma come una donazione.

Dalla prospettiva della obbligazione civile, con riferimento alla fiducia *inter vivos*, deve rilevarsi che qualora si attui con mero trasferimento *fiduciae causa*, con lo stesso atto sarà attuato pure il ritrasferimento; se, invece, si attui con negozio causale di trasferimento, si avrà altro negozio causale di trasferimento. Tuttavia, secondo il Maestro, nel sistema italiano non vi è la libertà di concepire cause atipiche divergenti dalle fondamentali categorie in cui possono sussumersi quelle tipiche⁴².

Pertanto, con riferimento ai negozi causali costitutivi dell'obbligo di trasferire si può ipotizzare: uno causale definitivo seguito da un mero trasferimento *solutionis causa*, per esempio a seguito di una donazione fiduciaria. Tuttavia, se il trasferimento per il fiduciario segue *solutionis causa*, rispetto al fiduciante sarà *donationis causa*. Sí che il trasferimento segue a titolo

⁴¹ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 216.

⁴² L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 217. Tuttavia, una cosa è la tipicità dei diritti reali, altra è la tipicità degli atti di trasferimento:

di due distinte cause⁴³. La difficoltà deriva anche in questo caso dalla mancanza nel nostro ordinamento di negozi traslativi astratti⁴⁴.

Cariota Ferrara, pur ritenendo che la causa sia riferita al negozio e non all'attribuzione, intuisce che quando un negozio si collega ad altri per l'attuazione di un risultato che interessa soggetti diversi da quelli del primo negozio, la qualificazione causale dei rapporti va fatta con riferimento all'attribuzione patrimoniale che tra essi si realizza⁴⁵.

Per quanto riguarda la rappresentanza indiretta, se si ammette che per il mandato ad alienare in nome proprio, la proprietà passa prima al mandatario, deve dedursi che si attua un primo trasferimento a scopo di mandato, e poi un altro trasferimento che per il terzo è acquisto, permuta, etc. Per il mandatario vi è anche la ragione di adempimento, essendo obbligato a vendere. Da questa prospettiva, Cariota Ferrara nega che vi sia il primo trasferimento, sia sotto il profilo volitivo, sia in ragione di insufficienza di causa, con la conseguente inconfigurabilità in capo al rappresentante di un obbligo di trasferire *stricto sensu*, supponendo questo un primo acquisto che però, nel caso concreto, non vi sarebbe. Nel mandato ad acquistare, il primo negozio tra rappresentante e terzo sarà vendita, permuta etc., il secondo tra rappresentante e mandante si presenta, dal lato del primo, *causa solutionis*, cioè compiuto in adempimento dell'obbligo di trasferire, dal lato del mandante, il negozio è *causa venditionis*.

L'A. tiene a precisare che l'espressione «*causa solutionis*» è intesa in senso generale, vale a dire che esprime il rapporto tra l'atto di trasferimento e un *qualunque* obbligo preesistente di trasferire che si attua con il primo (e non quel particolare atto consistente nel pagamento)⁴⁶.

In conclusione, il Maestro prende posizione sulla teoria del Carnelutti che contrappone negozio giuridico, inteso come esercizio del diritto soggettivo, all'atto dovuto inteso come adempimento dell'obbligazione⁴⁷. Secondo tale tesi, vi sarebbe comunque interferenza tra l'uno e l'altro, considerato che il promittente una vendita che stipula col promissario il contratto definitivo adempie al suo obbligo ma insieme esercita il suo

⁴³ L. CARIOTA FERRARA, *o.c.*, p. 219.

⁴⁴ Pietro Perlingieri inserirà questa problematica nel collegamento tra rapporti: P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su "edificio da costruire"*, Jovene, Napoli, 1966, p. 91

⁴⁵ L. CARIOTA FERRARA, *o.c.*, p. 218.

⁴⁶ *Id.*, *o.c.*, p. 219.

⁴⁷ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale*, Padova, 1923, p. 220

diritto. Tuttavia, se la differenziazione, Egli precisa, sta nel fatto che nel negozio la volontà è sovrana, poiché se l'agente non lo vuole l'effetto non si produce essendo esclusa l'esecuzione specifica, allora occorre riconoscere che tale differenziazione si sia affievolita in quanto la promessa è capace nel nuovo codice di esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.).

Sì che, secondo il Maestro occorre valutare la causa e la volontà: mentre, infatti, il pagamento è dovuto - come pure la vendita promessa con contratto preliminare o imposta con testamento -, tuttavia vi è una profonda differenza sotto il profilo della relazione tra causa e atto⁴⁸. L'adempimento e quindi il pagamento è *causa solvendi*; il contratto definitivo preceduto dal preliminare è *causa venditionis*. Nel primo caso, la preesistenza dell'obbligazione giustifica l'atto e la prestazione che è l'oggetto; nel secondo, la emissione della dichiarazione negoziale di volontà si può riportare alla preesistenza dell'obbligo di dichiarare. Per questo, se manchi lo spontaneo adempimento nel primo caso, è possibile l'esecuzione forzata sui beni del debitore; se, invece, vi è il rifiuto di emettere le dichiarazioni nel secondo caso, è possibile un'esecuzione specifica per sostituire con sentenza la dichiarazione o le dichiarazioni delle parti, mentre per ottenere l'esecuzione forzata occorrerà servirsi della sentenza costitutiva⁴⁹.

Sul piano della teoria generale, tali considerazioni si traducono nella constatazione che il collegamento degli atti con i rapporti giuridici non incide direttamente sulla natura degli atti e non può essere considerato un valido criterio della loro classificazione come negozi giuridici⁵⁰.

6. *L'obbligo di trasferire* di Luigi Cariota Ferrara mette a nudo il procedimento di trasferimento isolando l'obbligo di trasferire e al contempo inserendolo attentamente nelle sequenze dell'«obbligazione di dare». Egli non solo riporta all'attenzione della dottrina italiana la scomposizione romanistica di *titulus* e *modus acquirendi*, ma imposta il discorso sul principio consensualistico nel modo che oggi è unanimemente accolto, vale a dire non come un dogma ma nella sua funzione. Tuttavia, a volte tale apertura appare frenata dalla rigorosa attenzione alla specificità italiana che rigetta l'astrattezza dei negozi traslativi e che lo induce a non assegnare la dovuta

⁴⁸ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 219.

⁴⁹ ID., *o.m.c.*, p. 221.

⁵⁰ ID., *o.m.c.*, p. 221.

importanza alla distinzione tra tipicità dei diritti reali e negozi di trasferimento.

La delimitazione dell'obbligo di trasferire realizzata dal Maestro e il Suo approfondimento della relazione tra atti e rapporti giuridici ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza di compiere una evoluzione nel segno della attenzione alla specificità dei congegni e degli istituti giuridici, sempre alla luce della *ratio* delle disposizioni e senza mai abbandonare lo sguardo teleologico e sistematico.

Diversi sono gli orizzonti dischiusi dal Maestro che ancora oggi costituiscono problematiche attuali. Tra queste, quelle strettamente connesse al contributo analizzato sulle quali è utile soffermarsi riguardano a) i rapporti preparatori e b) la forma.

a) Nell'ipotesi di trasferimento differito, come accade nella vendita di bene futuro, il successivo trasferimento non è effetto dell'adempimento dell'obbligo di trasferire, ma è automatico in quanto si ricollega ad un fatto oggettivo. In tale caso, dunque, non si può parlare di obbligo di trasferire⁵¹.

L'obbligo di trasferire non si può, infatti, confondere con quello di far acquistare la proprietà della cosa⁵². La cd. vendita obbligatoria non è, dunque, un contratto meramente obbligatorio perché mira pur sempre al trasferimento del diritto anche se in un momento successivo alla conclusione del contratto. Sí che la vendita obbligatoria è quella vendita nella quale l'effetto reale è sospeso fino alla venuta in esistenza della cosa⁵³. Allo stesso modo il negozio costitutivo di servitù su fondo futuro è un negozio che, pur avendo in sospeso l'efficacia di taluni effetti ad esso peculiari, è sempre negozio costitutivo di servitù e non solo obbligatorio.

Il negozio costitutivo su fondo futuro può produrre *medio tempore* gli effetti caratteristici di ogni negozio condizionato che costituiscono il rapporto preliminare condizionale di origine contrattuale, avente la funzione essenziale di conservare la possibilità della nascita del diritto reale⁵⁴.

⁵¹ Si tratta dello studio di P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 58 ss., sul negozio condizionato che prende proprio le mosse da quanto dimostrato da L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 195 ss.

⁵² P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 58.

⁵³ ID., *o.u.c.*, p.168.

⁵⁴ ID., *o.u.c.*, p. 170.

L'obbligo di trasferire svolge, come spiegato da Cariota Ferrara, una funzione preparatoria nella sequenza di due momenti distinti dove il precedente, pur nella sua autonomia, si pone come strumento, titolo attraverso il quale effettuare l'atto di trasferimento e tutto ciò che è necessario al conseguimento dell'effetto.

Tuttavia, tale funzione si può concretizzare anche senza che si diano due cause. Nel negozio condizionato, come efficacemente dimostrato⁵⁵, si realizza un rapporto preliminare strumentale alla preparazione e conservazione della funzione che tende a realizzare. Proprio questa stretta interdipendenza giustifica il rapporto preliminare come nozione a contenuto variabile idonea a preparare la nascita tanto di un rapporto reale quanto di un rapporto obbligatorio⁵⁶.

b) L'indagine sulla forma necessaria per la validità dei contratti dai quali nasce un obbligo di trasferire è oggetto di tesi opposte sia in dottrina sia in giurisprudenza⁵⁷.

L'orientamento più recente ribalta completamente il precedente che per circa mezzo secolo ha ritenuto che il mandato ad acquistare beni immobili e il negozio fiduciario con oggetto immobiliare, per essere validi, avrebbero dovuto essere stipulati per atto scritto secondo quanto previsto dall'art. 1351 c.c. La ragione dell'estensione della disciplina prevista per il contratto preliminare al mandato ad acquistare immobiliare e al negozio fiduciario immobiliare, risiederebbe nella affinità esistente sotto il profilo effettuale, dal momento che ognuno di tali contratti vincola le parti a stipulare un successivo negozio⁵⁸.

A partire dal 2013 la Cassazione ha cominciato ad aderire alla libertà della forma, prima del mandato e poi del *pactum fiduciae*, fino alla sentenza del 2020 a sezioni unite dove esclude qualsiasi affinità di queste figure con il contratto preliminare, dal momento che mentre dal contratto preliminare nasce un obbligo alla conclusione di un contratto causale tipico, diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario, analogamente a

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *I negozi di beni futuri*, cit., p. 58 ss.

⁵⁶ P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare*, cit., p. 91 ss.

⁵⁷ A. LUMINOSO, *La forma dei contratti costitutivi di un'obbligazione di dare ad oggetto immobiliare*, cit., p. 788 ss.

⁵⁸ In questo senso: A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2007, p. 61 ss. Nel senso della libertà della forma, fra tutti, M. GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in Studi in onore di Cicu, Milano, 1951, p. 411 ss.

quanto attiene al mandato senza rappresentanza, si ha un'ipotesi di pagamento traslativo. Il ragionamento si fonda sulla distinzione tra contratti a struttura debole (senza la forma) e contratto a struttura forte (comprensivi di forma), secondo la quale, però, è la norma e non il principio di libertà della forma alla base della morfologia del contratto⁵⁹.

Tale impostazione, come è stato ben rilevato⁶⁰, ignora le diverse angolazioni dalle quali la stessa realtà economico-sociale può essere analizzata. La ragione giustificatrice del requisito formale è difficilmente ricostruibile in termini unitari, in quanto individuabile soltanto a seguito della valutazione degli interessi in gioco.

Luigi Cariota Ferrara aveva intuito che non si può dedurre un principio della forma in quanto «si tratta di rapporti diversi, alcuni dei quali non contemplano l'obbligo di trasferire inteso come obbligo di emettere una dichiarazione traslativa»⁶¹.

Il passaggio dalla norma isolata al confronto con altre norme e soprattutto con i principi costituzionali apre ad una diversa visione della forma del contratto. È stato, infatti, autorevolmente affermato che la libertà della forma nella negoziazione va intesa più che come autonomo e separato principio quale precipua espressione dell'autonomia dei privati, sì che «scegliere la forma del negozio significa rispondere ad interessi meritevoli e costituzionalmente legittimi»⁶².

⁵⁹ N. IRTI, *Idola libertatis: tre esercizi sul pluralismo giuridico*, Milano, 1985, *infra* e p. 90.

⁶⁰ G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sessioni unite della Cassazione*, in *Persona e mercato*, 3/2020, p. 164 ss.

⁶¹ L. CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, cit., p. 210 ss.

⁶² P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 152.