

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE – MILANO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

MONOGRAFIE E STUDI

3

RAFFAELLA MURONI

L'AZIONE *EX ART.* 2932 C.C.

CONTRIBUTO ALLO STUDIO
DEL GIUDICATO COSTITUTIVO



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

JOVENE EDITORE 2018

INDICE

INTRODUZIONE

- I. Il rimedio contro l'inadempimento dell'obbligo a contrarre progettato da Chiovenda attraverso la figura del diritto potestativo diviene l'archetipo per sistemare l'intera categoria delle sentenze costitutive p. 1
- II. (*Segue*) Le sentenze costitutive quale forma di "esecuzione non forzata" del diritto potestativo esercitato con la domanda giudiziale e le gradualità incertezze maturate in ordine alla sistemazione della sentenza *ex art.* 2932 c.c. » 4
- III. L'indagine sulle criticità del binomio diritto potestativo-azione costitutiva con l'evolversi della teoria dell'azione in senso astratto. La sentenza *ex art.* 2932 c.c. sul crinale tra le sentenze di condanna e costitutive: i differenti risvolti pratici » 7
- IV. Le due direttrici di indagine per sistemare la sentenza *ex art.* 2932 c.c.: lungo la prima si snoda l'analisi della natura del potere del contraente fedele di chiedere al giudice la produzione degli effetti promessi e mancati » 14
- V. (*Segue*) La seconda linea di indagine guarda alla natura dell'*art.* 2932 c.c. quale norma materiale di modificazione giuridica che il giudice applica al caso concreto, anziché norma processuale di esecuzione specifica del diritto alla produzione degli effetti promessi nel preliminare, anche per chiarire il coordinamento con il rimedio di cui all'*art.* 614-*bis* c.p.c. » 18

CAPITOLO PRIMO

L'AZIONE EX ART. 2932 C.C. NELL'EVOLUZIONE DELLA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO PRELIMINARE E DELL'AZIONE

- 1. I rimedi contro l'inadempimento dell'obbligo a contrarre in seno al dibattito dottrinale sulla sequenza contratto preliminare e contratto definitivo. La genesi dell'*art.* 2932 c.c. e la contrapposizione della tesi di Chiovenda e di Calamandrei » 22

2. La collocazione della sentenza *ex art. 2932 c.c.* ai margini del sistema della tutela costitutiva *ex art. 2908 c.c.* in ragione della sua indiscussa funzione esecutiva. I dubbi sull'esistenza di un diritto potestativo sostanziale sotteso alla relativa azione p. 32
3. I risvolti pratici dell'inquadramento di tale pronuncia quale sentenza costitutiva *ex art. 2908 c.c.* anziché di accertamento e strettamente esecutiva » 47
4. (*Segue*) L'inquadramento della sentenza *ex art. 2932 c.c.* nella giurisprudenza quale sentenza costitutiva *ex art. 2908 c.c.*, ma anche rimedio attuativo dell'obbligo a contrarre: ulteriori spunti di indagine » 51
5. (*Segue*) L'alternatività del rimedio *ex art. 2932 c.c.* con quello condannatorio alla stipula del contratto definitivo prima e dopo l'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c.: l'ulteriore ragione per definire la natura della sentenza produttiva degli effetti negoziali promessi e mancati » 55
6. L'esigenza di sistemazione della sentenza *ex art. 2932 c.c.* quale rimedio contro l'inadempimento dell'obbligo a contrarre. Le due direttrici di indagine: la natura sostanziale o processuale del potere sotteso a questa azione e la natura materiale o processuale della norma di cui all'art. 2932 c.c. » 59
7. (*Segue*) Un punto da tenere fermo per ragioni di diritto positivo: la distinta "sequenza" domanda *ex art. 2932 c.c.* - sentenza, rispetto alla sequenza originaria mancata. La maggiore complessità dell'accertamento compiuto dal giudice ai fini dell'accoglimento di tale domanda rispetto al mero accertamento dell'obbligo a contrarre violato » 64
8. (*Segue*) La tesi classica di Chiovenda ed il binomio diritti potestativi-sentenze costitutive: criticità originarie di quel binomio e criticità sopravvenute con l'evoluzione della teoria dell'azione in senso astratto e della teoria dinamica del processo » 71
9. (*Segue*) La strumentalità dei diritti potestativi quali poteri "ideali". Nuovi spunti di indagine » 91

CAPITOLO SECONDO

LE AZIONI COSTITUTIVE NEL SISTEMA DEI POTERI
DI MODIFICAZIONE GIURIDICA

10. Il potere potestativo di modificazione giuridica sostanziale quale facoltà "ideale" prima del suo esercizio ed il suo esercizio in concreto. Il dibattito sulla configurabilità di un rapporto giuridico potestativo sostanziale nei diritti potestativi stragiudiziali e nelle azioni costitutive » 98

11. (*Segue*) La ricostruzione del diritto potestativo sostanziale in termini di rapporto potere-soggezione p. 103
12. (*Segue*) Il potere potestativo di modificazione giuridica, quale potere intrinsecamente ideale e dinamico, non è suscettibile di lesione: la carenza di interesse ad agire per il suo accertamento prima del suo esercizio » 106
13. L'inquadramento sistematico di Falzea dei diritti potestativi quali diritti aventi per oggetto la modificazione giuridica, intesa come bene: la critica di Garbagnati » 109
14. (*Segue*) La ricostruzione di Falzea delle azioni costitutive quali diritti esercitati con la domanda giudiziale ed attuati in via fisiologica con la sentenza, che attribuisce il bene che ne costituisce l'oggetto. Critica » 115
15. La valenza negoziale della domanda costitutiva e la configurazione delle azioni costitutive quali fattispecie sostanziali a formazione successiva. L'aspettativa sostanziale alla produzione dell'effetto modificativo sottesa all'esercizio delle azioni costitutive. Critica » 121
16. Il potere di azione costitutiva è processuale nelle modalità del suo esercizio e quale potere non può essere solo ipoteticamente affermato, così come non è suscettibile di mero accertamento positivo o negativo » 129
17. (*Segue*) La strumentalità dei poteri di modificazione giuridica: anche le sentenze strettamente costitutive di diritti sono modificative di un preesistente rapporto giuridico tra le parti » 135
18. (*Segue*) L'azione di comunione forzosa del muro e di servitù coattiva di passo per fondo intercluso » 143
19. (*Segue*) La strumentalità dei poteri di modificazione giuridica è confermata dal regime della circolazione non autonoma di questi poteri e dal regime di decadenza che li contraddistingue » 146
20. (*Segue*) Il potere processuale di azione costitutiva ha fondamento sostanziale: la dimensione ipotetica di tale azione rispetto al suo fondamento sostanziale e la sua componente concreta nella pretesa alla pronuncia della modificazione giuridica da parte del giudice » 151
21. (*Segue*) La domanda costitutiva non è individuata solo dal *petitum*, ma anche dalla ragione giuridica sostanziale posta a suo fondamento » 155
22. (*Segue*) La cognizione del giudice in ordine all'esistenza del rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, quale situazione giuridica legittimante l'esercizio del potere di azione costitutiva » 157

23. (*Segue*) La struttura della sentenza costitutiva e la peculiare natura della norma sostanziale che il giudice è chiamato ad applicare nel caso concreto: il “fare stato” quale vincolo per le parti alla modificazione del rapporto giuridico sostanziale disposta dal giudice. Critica alla tesi del doppio oggetto del giudizio costitutivo e della identità strutturale tra sentenze costitutive e sentenze di condanna p. 162
24. (*Segue*) L'azione costitutiva quale azione semi-concreta e non già diritto alla modificazione sostanziale. La stabilità del giudicato costitutivo e rilievi sistematici sulla tutela costitutiva *ex art.* 2908 c.c. quale tutela tipica » 168

CAPITOLO TERZO

L'AZIONE *EX ART.* 2932 C.C.
E L'ACCERTAMENTO COSTITUTIVO
IN FUNZIONE ESECUTIVA

25. La funzione esecutiva della sentenza *ex art.* 2932 c.c. e la sua riconducibilità al sistema della tutela costitutiva *ex art.* 2908 c.c.: premessa dell'indagine » 172
26. La tesi di Di Majo sulla natura e sugli effetti della sentenza *ex art.* 2932 c.c.: il mero accertamento in funzione esecutiva. Critica. La valenza sistematica dell'art. 2653 n. 2 c.c. ed il tenore letterale dell'art. 2932 c.c. ai fini della ricostruzione della sentenza in esame quale sentenza di accertamento costitutivo in funzione esecutiva » 174
27. Nostre conclusioni: la fattispecie *ex art.* 2932 c.c. è una norma di modificazione giuridica, di cui il giudice fa applicazione nel caso concreto, distinta e più complessa della originaria fattispecie di modificazione costituita dal contratto preliminare. La prima è in funzione esecutiva ed attuativa della seconda: la spiegazione della combinazione tra l'accertamento costitutivo della sentenza e la sua funzione esecutiva » 181
28. L'azione *ex art.* 2932 c.c. quale pretesa verso lo Stato di ottenere la modificazione giuridica sulla base del rapporto contrattuale preliminare inadempito. La sua peculiarità rispetto alle altre azioni costitutive è che l'effetto costitutivo dà attuazione al rapporto sostanziale inadempito » 186
29. Le due tecniche di tutela dell'inadempimento dell'obbligo a contrarre: la tutela costitutiva e la tutela coercitiva indiretta *ex art.* 614-*bis* c.p.c. » 191

30. (*Segue*) Il concorso del rimedio della sentenza costitutiva con quello dell'esecuzione coercitiva indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.*: la sopravvenuta stipula del contratto definitivo in pendenza di appello non determina la cessazione della materia del contendere ... p. 193
31. La sentenza *ex art. 2932 c.c.* non è strettamente costitutiva di un rapporto giuridico sostanziale tra le parti, bensì a sua volta modificativa: gli effetti finali hanno fonte e natura giurisdizionale (da cui il relativo regime di stabilità, che si misura sul giudicato), ma il rapporto negoziale così modificato continua ad essere soggetto alla relativa disciplina legale » 195
32. L'efficacia *ex nunc* della sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* » 197
33. La fattispecie di cui all'art. 2932 II comma c.c.: critica alla figura della sentenza condizionata » 202
34. (*Segue*) Il recente contrasto giurisprudenziale sulla figura della condizione in seno alla sentenza di divisione e traslativa *ex art. 2932 c.c.* » 208
35. (*Segue*) La carenza di potere del giudice di apporre un meccanismo condizionale alla produzione degli effetti costitutivi della sentenza » 212
36. (*Segue*) La *ratio* del comma II dell'art. 2932 c.c. è l'attribuzione alla sentenza della funzione attuativa del sinallagma e così non solo strettamente costitutiva: la figura del capo costitutivo complesso e dei sottocapi condannatori nella pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 4059 del 2010 » 216
- Indice dei nomi* » 221