

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Dottorato di ricerca
“Stato, persona e servizi nell’ordinamento europeo
e internazionale”:

Indirizzo diritto civile
Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/A1 – DIRITTO PRIVATO

Settore Scientifico disciplinare: IUS/01 – DIRITTO PRIVATO

LA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE AD EFFETTI
ANTICIPATI: SEMPLICE VARIANTE?

Tesi di dottorato presentata da Maria Samantha Esposito

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Chiar.mo Prof. Luigi Balestra

Esame finale anno 2015/2016

INDICE

INTRODUZIONE

.....	9
-------	---

CAPITOLO PRIMO

LA FIGURA DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE C.D. «AD EFFETTI ANTICIPATI»

1. La fattispecie contrattuale: funzioni e ambiti di operatività.	17
2. Sulle origini del contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati».	27
2.1. Cenni sull'evoluzione storica della contrattazione preliminare. Premessa.	28
2.2. Dal diritto romano ai modelli ispiratori: il principio « <i>promesse de vente vaut vente</i> » e la figura del <i>Vorvertrag</i>	28
3. Il contratto preliminare nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale antecedente al Codice del 1942.	37
3.1. Il contratto preliminare nel codice del 1942.	43
...	
4. La nascita del fenomeno dell'anticipazione degli effetti.	45

CAPITOLO SECONDO

LA NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO PRELIMINARE C.D. «AD EFFETTI ANTICIPATI» NEL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Premessa.	49
1. Le conseguenze del diverso inquadramento giuridico.	50
2. Gli effetti anticipati nel pensiero giurisprudenziale.	51
2.1. ...e in quello dottrinale.	54
2.1.1. <i>Pactum de contrahendo</i> .	54
2.1.2. Obbligo di dare e atto traslativo <i>solvendi causa</i> .	58
2.1.3. Contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita.	72
2.1.4. Negozio di configurazione.	74
2.1.5. Contratto atipico.	77
3. L'orientamento delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930).	79
3.1. La posizione della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla ricostruzione del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati quale ipotesi di collegamento negoziale.	83

CAPITOLO TERZO

VERSO UN «RIPENSAMENTO» DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE. LA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

Premessa.	98
-----------	----

Sezione I

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE NELLA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

1. I rimedi contro i vizi e le difformità del bene.	100
1.2. (segue) Il superamento del dogma dell'intangibilità del preliminare.	113
1.3. (segue) La condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi.	116
2. Sull'inapplicabilità dei termini di cui all'art. 1495 c.c.	121
3. Considerazioni finali.	124

Sezione II

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI A TUTELA DEL CONTRAENTE «DEBOLE».

Premessa.	126
-----------	-----

1. L'art. 2932 c.c.: le origini storiche, i motivi ispiratori della scelta del legislatore del '42, gli effetti sulla fattispecie della contrattazione preliminare.	127
2. La trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 <i>bis</i> c.c.).	132
2.1. (segue) Trascrizione del contratto preliminare e privilegio speciale <i>ex art. 2775 bis</i> c.c.	140
3. La tutela del promissario acquirente di immobili da costruire.	149

Sezione III

LA FATTISPECIE DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE OGGI. ACCORDI PRELIMINARI E GRADUALE INTENSIFICARSI DEL VINCOLO

Premessa.	155
1. Contratto preliminare non eseguibile in forma specifica.	156
2. Contratto preliminare eseguibile in forma specifica.	159
3. Contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. (Rinvio).	161
4. Contratto preliminare trascrivibile <i>ex art. 2645 bis</i> c.c.	163
5. Il preliminare di immobile da costruire.	169
6. Il preliminare di contratto preliminare.	172

CAPITOLO QUARTO

**SULL'INQUADRAMENTO GIURIDICO DEL CONTRATTO
PRELIMINARE C.D. «AD EFFETTI ANTICIPATI».**

Premessa.	181
1. La struttura della fattispecie.	182
2. La causa del contratto definitivo e i rapporti preliminare–definitivo	195
3. Sulla disciplina applicabile al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati.	203
3.1. Anticipata consegna del bene e interessi compensativi.	206
4. La proposta di un diverso <i>nomen iuris</i> .	209

CAPITOLO QUINTO

**LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA POSIZIONE DEL
PROMISSARIO ACQUIRENTE IMMESSO ANTICIPATAMENTE NEL
GODIMENTO DELLA *RES***

Premessa. L'importanza dell'esatta identificazione delle prerogative di cui gode il promissario acquirente rispetto al bene oggetto di anticipata consegna.	212
1. La posizione del promissario acquirente nel pensiero dottrinale e giurisprudenziale.	213
2. Possesso e detenzione.	230
2.1. L'interversione del possesso.	235

3. Sulla natura giuridica del possesso e sulla configurabilità della «vendita del possesso».	
.....	237
4. Il trasferimento del possesso nell'ambito di alcune particolari figure negoziali tendenti al trasferimento del diritto reale.	
.....	251
5. Ricostruzione della posizione del promissario acquirente alla luce della natura del contratto preliminare «complesso».	
.....	265
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	
.....	269

Bibliografia

INTRODUZIONE

Accanto alla pluralità di negozi che si concludono in modo istantaneo, trovano spazio ulteriori modelli contrattuali, volti a realizzare l'assetto di interessi programmato attraverso un procedimento articolato in più fasi, ove l'effetto finale è preceduto da una fase meramente obbligatoria, strumentale alla seconda.

L'introduzione di nuove fattispecie contrattuali, diverse da quelle già variamente previste dal legislatore è, invero, frutto dell'esigenza, derivante dalla prassi, di articolare il procedimento negoziale in funzione dei diversi interessi di volta in volta perseguiti dai contraenti.

In questo contesto si colloca il fenomeno della contrattazione preliminare che, diffusosi nel nostro ordinamento a seguito delle numerose influenze provenienti da altri sistemi, è stato definitivamente ammesso e disciplinato dal legislatore in occasione del Codice del 1942. La disciplina offerta risulta, tuttavia, piuttosto scarna; in particolare, il Codice non offre alcuna spiegazione in merito al contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati», nonostante il fenomeno dell'anticipazione delle prestazioni abbia rappresentato, fin dal momento in cui la contrattazione preliminare ha fatto il suo «ingresso» nel nostro ordinamento, lo strumento tipico del quale le parti iniziarono ad avvalersi al fine di superare l'ostacolo del consenso traslativo.

Invero, il contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati» – vera e propria «variante» del contratto preliminare, caratterizzata dall'anticipata esecuzione di tutte o di parte delle prestazioni che normalmente seguono il contratto definitivo – permette ai contraenti di soddisfare numerose esigenze, le quali consentono di individuare immediatamente le ragioni della rapida

diffusione di questo strumento contrattuale: l'anticipata esecuzione delle prestazioni offre alle parti, ad esempio, la possibilità di implementare la funzione di controllo già presente nel preliminare «puro», potendo verificare, in un momento precedente alla conclusione del contratto definitivo, la conformità delle prestazioni rispetto a quanto in precedenza pattuito; ancora, l'immediata corresponsione del prezzo può permettere al promittente venditore-costruttore di ottenere il finanziamento dell'operazione senza dover necessariamente rivolgersi ad un istituto di credito, mentre l'immediata disponibilità del bene può consentire al promissario acquirente di soddisfare un immediato bisogno abitativo o lavorativo.

Quanto premesso in merito all'assenza di una disciplina normativa specificamente diretta a regolare una delle varianti tipologiche più diffuse del contratto preliminare – in particolare, nell'ambito delle compravendite immobiliari, vero terreno di elezione della fattispecie in esame –, consente di spiegare i numerosi dubbi interpretativi e applicativi che, ancora oggi, sono al centro di un acceso dibattito.

La soluzione delle diverse questioni che lo strumento contrattuale oggetto di indagine pone, riveste, invero, un notevole interesse pratico, come testimoniato dal fatto che esse continuano a presentarsi, anche in tempi più recenti, al vaglio della giurisprudenza.

Tanto premesso, il presente lavoro si propone, dunque, l'obiettivo di individuare e di risolvere alcuni problemi di inquadramento e di disciplina applicabile al contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati», la cui soluzione assume particolare rilevanza per i contraenti che si avvalgono di tale tipologia contrattuale.

In particolare, l'esatta qualificazione giuridica dell'istituto consente di determinare, in modo maggiormente compiuto, non solo i rapporti tra preliminare e definitivo ma, altresì, di qualificare, in termini di possesso ovvero di mera detenzione, la posizione del promissario acquirente rispetto al bene oggetto di anticipata consegna, nonché di individuare gli strumenti di tutela da riconoscere a quest'ultimo nell'ipotesi in cui il bene presenti vizi o difformità.

La tesi offre, dunque, in primo luogo, un esame delle diverse applicazioni pratiche della figura del contratto preliminare «ad effetti anticipati», le quali consentono di comprendere i motivi della sua ampia diffusione.

Successivamente, l'attenzione si rivolge alle origini della fattispecie e, in particolare, al dibattito che ha accompagnato l'introduzione della contrattazione preliminare nel nostro ordinamento. Ciò ha reso necessaria una breve analisi delle soluzioni adottate in merito al tema in esame, dapprima nel diritto romano e in quello comune e, in un secondo momento, nell'ordinamento francese e in quello tedesco, i quali, in diverso modo, hanno influenzato le scelte operate nel nostro sistema.

Nella seconda parte della tesi si passa, poi, ad esaminare le diverse teorie elaborate relativamente alla natura del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. In proposito, si è osservato come, in un primo momento, sia stata la giurisprudenza, più che la dottrina, a preoccuparsi del corretto inquadramento giuridico di tale figura negoziale; tuttavia, le prime pronunce in materia negavano qualsiasi autonomo riconoscimento, sul presupposto dell'antinomia derivante dall'inserimento di effetti propri del contratto definitivo nello schema del preliminare c.d. puro, al punto che un simile accordo, è stato spesso ricondotto alla vendita definitiva. Solo in un secondo momento, dunque, le Corti iniziarono a ritenere compatibile la previsione di determinate pattuizioni accessorie con lo schema del preliminare «puro»; ciò in quanto si è dato atto che la presenza di obbligazioni accessorie non esclude che il verificarsi dell'effetto traslativo resti subordinato alla conclusione di un successivo negozio definitivo.

La dottrina si è, invece, dimostrata maggiormente divisa rispetto alla qualificazione della figura. In proposito, è stato possibile individuare un primo orientamento diretto a ricondurre il fenomeno dell'anticipazione delle prestazioni all'interno della fattispecie della contrattazione preliminare «tradizionale», ossia a quell'accordo, fonte di un mero obbligo di concludere un successivo contratto, ove la previsione di pattuizioni accessorie, destinate ad

essere sostituite dal contratto definitivo, consentirebbe di regolare la fase intermedia per soddisfare numerose esigenze dei contraenti e, in particolare, di implementare la funzione di controllo già offerta con il preliminare «puro».

Secondo un diverso orientamento, invece, il preliminare che preveda l'anticipata esecuzione delle prestazioni si distinguerebbe tanto intensamente dalla fattispecie «pura», da consentire di individuare un diverso tipo di procedimento traslativo, che inizia con un contratto, fonte di una vera e propria obbligazione di «dare» e destinato a culminare in un atto «di puro trasferimento» del diritto sul bene. Il definitivo rappresenterebbe, pertanto, un negozio (ovvero, a seconda delle soluzioni offerte, un atto non negoziale) traslativo «con causa esterna», negozio la cui causa andrebbe individuata nell'accordo precedente, mentre il contratto preliminare, lungi dall'essere un mero contratto preparatorio, rappresenterebbe la fonte esclusiva dei diritti e degli obblighi delle parti.

Ancora più estreme sono, poi, quelle tesi dirette ad individuare nel contratto preliminare «ad effetti anticipati» un contratto atipico ovvero una vera e propria vendita definitiva, seppur ad efficacia parzialmente differita.

Da ultimo, si sono pronunciate sulla questione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 27 marzo 2008, n. 7930¹, rintracciando nel collegamento negoziale, il meccanismo che consentirebbe di descrivere tale fattispecie nelle sue plurime articolazioni. In particolare, nel disegno delineato dalla Corte, la consegna anticipata del bene e il versamento, totale o parziale, del prezzo, troverebbero adeguata rappresentazione, rispettivamente, in un contratto di comodato e in un contratto di mutuo gratuito.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite ha destato, tuttavia, numerose perplessità, con riferimento, in particolare, alla scelta di individuare nelle pattuizioni «aggiuntive», autonomi e distinti negozi collegati al preliminare.

Per questi motivi, si è resa necessaria la ricerca di diverse soluzioni, che potessero apparire soddisfacenti, non solo per il giurista ma, soprattutto, per gli operatori del settore.

¹ in *Contratti*, 2008, 11, 995

A tal fine si è ritenuto opportuno esaminare i diversi interventi, sia legislativi che giurisprudenziali, susseguitisi nel corso del tempo in materia di contratto preliminare, i quali risultano, invero, così rilevanti da consentire di poter ipotizzare un generale «ripensamento» della fattispecie in esame.

Nel terzo capitolo della tesi, si procede, dunque, anzitutto, ad un esame dei diversi interventi ad opera della giurisprudenza, la quale, al fine di offrire sempre maggiori spazi di tutela a favore del promissario acquirente, è giunta ad un progressivo superamento del principio dell'intangibilità del preliminare, così ammettendo la possibilità, per il giudice, di intervenire sul contenuto dell'accordo ove, in presenza di determinate sopravvenienze, lo stesso non possa eseguirsi nei medesimi termini pattuiti. In particolare, le Corti hanno, col tempo, riconosciuto al promissario acquirente la possibilità di avvalersi dell'azione di esatto adempimento, sul presupposto della presenza dell'obbligo, derivante dal preliminare e a carico del promittente alienante, di compiere tutta quella attività necessaria ad assicurare il raggiungimento del risultato finale e, dunque, a garantire il trasferimento del bene con le caratteristiche fissate nel preliminare.

Allo stesso fine, si procede, altresì, all'analisi degli strumenti introdotti da parte del legislatore in materia di contrattazione preliminare, anch'essi diretti ad assicurare il raggiungimento del risultato finale. Al riguardo, può richiamarsi, oltre la previsione di cui all'art. 2932 c.c., la disciplina di cui all'art. 2645 *bis* c.c., introdotta dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669 (convertito con L. 28 febbraio 1997, n. 30), che ha consentito la trascrizione del contratto preliminare con effetto «prenotativo» rispetto alla futura stipula del contratto definitivo ovvero la disposizione di cui all'art. 2775 *bis* c.c., la quale ha riconosciuto, a favore del promissario acquirente, un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto, a garanzia dei crediti conseguenti al mancato adempimento, da parte del promittente venditore, del contratto preliminare trascritto. Nell'ottica di garantire il risultato finale attraverso un procedimento negoziale distinto in due fasi, si colloca, altresì, il successivo intervento legislativo, attuato con il D.Lgs., 20 giugno 2005, n. 122, che si è

preoccupato di riconoscere strumenti di tutela più efficaci a favore dei promissari acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, nell'ipotesi di sopravvenuta insolvenza del costruttore-promittente alienante.

I numerosi interventi, sia legislativi che giurisprudenziali, che nel tempo hanno interessato la figura del contratto preliminare, hanno, invero, condotto ad una progressiva valorizzazione della sequenza procedimentale nel suo complesso, consentendo di individuare nel preliminare, non più un mero *pactum de contrahendo* ma un contratto ad efficacia obbligatoria «complessa», in quanto, non essendo estraneo alle prestazioni finali, obbliga le parti alla loro esecuzione ovvero alla loro preparazione.

Quanto testé osservato in merito alla «riconsiderazione» del contratto preliminare, ha permesso, pertanto, di confermare – contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina – la conciliabilità del contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati» con la fattispecie «pura».

Alla luce di ciò, si offre, dunque, un inquadramento giuridico del fenomeno dell'anticipata esecuzione delle prestazioni, avendo particolare riguardo al significato ad esso attribuito dagli stessi contraenti, nonché alle conseguenze che il diverso atteggiarsi dell'accordo nel caso concreto comporta rispetto al tradizionale rapporto tra il contratto preliminare e il contratto definitivo.

In ultimo, i risultati emersi dalla trattazione delle questioni sopra riportate, hanno fornito lo spunto per una riflessione in merito all'inquadramento, in termini di possesso ovvero di mera detenzione, della posizione giuridica del promissario acquirente rispetto al bene oggetto di anticipata consegna.

La questione presenta, a ben vedere, numerosi e importanti risvolti pratici, dal momento che, il nostro ordinamento, prevede una disciplina del possesso che comunemente si ritiene non applicabile alla detenzione; si tratta, ad esempio, delle norme che prevedono l'acquisto del diritto reale per usucapione, della disciplina dei frutti di cui all'art. 1148 c.c., della tutela offerta

con l'azione di spoglio ovvero da quelle azioni, di natura cautelare, previste dagli artt. 1171 e 1172 c.c.

Al riguardo, la trattazione offre, in primo luogo, una ricognizione delle posizioni assunte tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Particolare importanza viene, altresì, successivamente attribuita all'esatta distinzione tra possesso e detenzione, la quale risulta tutt'altro che pacifica.

L'esatta individuazione del potere del promissario acquirente ha richiesto, inoltre, una preliminare analisi della *vexata quaestio* in ordine alla trasferibilità del possesso.

La questione risulta, a ben vedere, strettamente connessa a quella della natura giuridica del possesso e, in proposito, può osservarsi come autorevole dottrina, già a partire dagli anni cinquanta, metteva in discussione l'assunto in base al quale il possesso è una mera situazione di fatto. Il possesso è stato, dunque, ricondotto ora alla categoria del diritto soggettivo, ora a quella del diritto affievolito, ovvero dell'aspettativa giuridica o dell'interesse legittimo. Invero, ove si accogliessero quelle opinioni che individuano nel possesso un diritto soggettivo ovvero un diritto affievolito, si potrebbe superare il disposto di cui all'art. 1470 c.c., intendendo il possesso come «altro diritto» che può costituire oggetto del contratto di compravendita e, tuttavia, tale soluzione non sembra potersi accogliere nel nostro ordinamento, secondo il quale il possesso è una situazione di fatto, ossia l'esercizio di un potere di fatto su un bene, non un diritto.

Al di là dei rilievi testé indicati, si evince, tuttavia, come il contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati» sollevi, anzitutto, un diverso interrogativo rispetto a quello dell'autonoma circolazione del possesso, giacché, in questo caso, si tratta di una fattispecie negoziale pur sempre diretta al trasferimento della proprietà.

In proposito, l'importanza dell'esatto inquadramento del contratto in esame emerge, ancor più chiaramente, solo se si consideri quell'orientamento², diffuso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, secondo il quale, in presenza di contratti mediante i quali, per quanto ad effetti meramente obbligatori, le parti tendono a realizzare il trasferimento della proprietà del bene o di un altro diritto, non troverebbe applicazione il principio per cui solo i contratti con effetti reali sarebbero idonei a determinare l'*animus possidendi* in capo a colui il quale riceve il godimento del bene.

Alla luce di quanto premesso, l'indagine si concentra, dunque, in maniera critica, sulla possibilità di individuare nel contratto preliminare un titolo idoneo ai fini dell'acquisto del possesso e ciò, anche mediante il raffronto tra la struttura del contratto preliminare «complesso» ed altre figure contrattuali in cui la disponibilità anticipata del bene risulti parimenti funzionale al successivo trasferimento del diritto reale.

² *Ex multis*, Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, 2, 169; Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 522 ss; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626.

CAPITOLO PRIMO

LA FIGURA DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE C.D. «AD EFFETTI ANTICIPATI»

SOMMARIO: 1. La fattispecie contrattuale: funzioni e ambiti di operatività. – 2. Sulle origini del contratto preliminare c.d. ad «effetti anticipati». – 2.1. Cenni sull'evoluzione storica della contrattazione preliminare. Premessa. – 2.2. Dal diritto romano ai modelli ispiratori: il principio «*promesse de vente vaut vente*» e la figura del *Vorvertrag*. – 3. Il contratto preliminare nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale antecedente al Codice del 1942. – 3.1. Il contratto preliminare nel codice del 1942. – 4. La nascita del fenomeno dell'anticipazione degli effetti.

1. La fattispecie contrattuale: funzioni e ambiti di operatività.

Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati³ (detto anche preliminare ad esecuzione anticipata⁴ o preliminare complesso⁵) ricorre allorché il

³ L'introduzione di tale formula si deve a quell'orientamento giurisprudenziale che definisce le prestazioni eseguite prima della stipula del contratto definitivo quale anticipazione degli effetti di quest'ultimo. In particolare, tra le prime pronunce che fanno ricorso alla nozione di «consegna anticipata» cfr. Cass. Regno, 10 luglio 1929, n. 2681, in *Foro it. Rep.*, 1929, voce *Vendita*, 69; In proposito, cfr. le osservazioni di CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 1, 40; Id., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, vol. IV, (Atti del convegno svoltosi a Milano 10-12 aprile 1986), Milano, 1986, 95-96, secondo il quale l'espressione «contratto preliminare con effetti anticipati» è una formula «ellittica» e sostituisce quella completa di «contratto preliminare con effetti definitivi anticipati». Secondo l'A., quest'ultima definizione è maggiormente idonea a porre in luce la contraddizione di tale figura, la quale, pertanto, dovrebbe ritenersi inammissibile: ciò che viene anticipata, infatti, è l'esecuzione del definitivo e non i suoi effetti; in proposito cfr., *infra*, cap. IV, § IV. Tale termine deve nondimeno ritenersi certamente improprio con riferimento a quegli orientamenti che individuano la causa traslativa del bene nel

promittente venditore ed il promissario acquirente non si limitano soltanto all'assunzione reciproca dell'obbligo di concludere un contratto, ma prevedono, altresì, che tutto o parte delle prestazioni che seguono al contratto definitivo, vengano eseguite al momento del perfezionamento del contratto preliminare stesso, ovvero in una fase intermedia, purché precedente la stipula del definitivo⁶.

Così, con riferimento al contratto preliminare di vendita, le parti possono convenire che le prestazioni alle quali le medesime sarebbero tenute a seguito del perfezionamento della vendita, vengano eseguite in un momento

contratto preliminare; non si tratterebbe dunque di un'anticipazione degli effetti del definitivo, in quanto le prestazioni troverebbero legittimazione già nel preliminare; per tali osservazioni si rinvia a VITALONE V., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *I contratti preliminari*, Vitalone V.-Mosca A., Torino, 2014, 41.

⁴ CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, in *I Contratti*, 2008, 11, 996; PITTELLA D., *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, in *Notariato*, 2013, 1, 59, il quale sottolinea che se le obbligazioni cd. anticipate trovassero realmente la loro fonte nel contratto definitivo, colui che ha eseguito la prestazione potrebbe, prima della stipula del definitivo, agire ai fini della ripetizione, in quanto indebita.

⁵ In tal modo si distingue dal preliminare "puro", il quale contiene solamente l'accordo di concludere il successivo contratto definitivo. Tale distinzione presuppone che il preliminare complesso sia un normale contratto preliminare cui si aggiungono delle «clausole atipiche» non idonee ad alterarne la struttura. E' quanto affermato, tra gli altri, da GUGLIELMO R., *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, in *Riv. del Not.*, 1988, II, 680; nello stesso senso cfr. ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2° ed., 2011, 618, secondo il quale il preliminare ad esecuzione anticipata costituisce una «variante della figura base»; UGOLINI S., *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contratto e Impresa*, 2002, 1, p. 86 ss., il quale evidenzia come la diversa definizione «contratto preliminare complesso», consente di evitare il rinvio al contratto definitivo, dal momento che non è possibile anticipare gli effetti di un contratto non ancora venuto ad esistenza; PITTELLA D., *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, cit., 59; DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991, 12 ss., la quale evidenzia come le varie denominazioni invalse nel tempo per individuare un simile strumento contrattuale, costituiscono una «mera sintesi terminologica di espressioni più ampie, che adempiono ad una funzione meramente descrittiva del fenomeno, senza tuttavia fornire la chiave per la ricostruzione di questo tipo di figure»; in giurisprudenza cfr. *ex multis* Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 177 ss.; Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630 ss.; la giurisprudenza ha altresì sintetizzato la distinzione fra le due fattispecie negoziali ricorrendo alla diversa formula di contratto preliminare «puro» e «impuro», così, Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giur. it. Mass.*, 2006.

⁶ CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, cit., 996; TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, in *I Contratti*, 2008, 2, 189;

precedente: il promittente venditore consegnerà il bene oggetto del negozio, mentre il promissario acquirente verserà tutto o parte del prezzo pattuito⁷.

Si tratta di una figura di creazione giurisprudenziale, rispetto alla quale manca un'espressa disciplina legislativa, nonostante non si possa negare la sua ampia diffusione⁸ – soprattutto nell'ambito delle compravendite immobiliari⁹ –

⁷ CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, cit., 996;

⁸ CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 29 ss.; Id., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, cit., 88 ss., il quale mette in luce come la progressiva perdita di centralità del contratto di vendita – registratasi in particolare in coincidenza della seconda rivoluzione industriale – può essere imputata, nell'ambito del settore della vendita di immobili ad uso abitativo, all'aumento della domanda stessa di abitazioni e alla conseguente necessità di ingenti capitali. A seguito dell'aumento della domanda, dunque, da un lato, la casa ha inevitabilmente cessato di essere un bene già esistente al momento della stipulazione del contratto e, dall'altro, essendoci la necessità, da parte delle imprese di costruzione, di ottenere il finanziamento dei lavori, si è finito per chiedere ai destinatari dei lavori una partecipazione economica prima dell'acquisto stesso della proprietà; nello stesso senso, TIMPANO E., *Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, in *Riv. not.*, 2008, V, 1089, il quale rinviene la causa della diffusione della fattispecie in esame nel boom economico e nella frequente negoziazione di immobili ancora in corso di costruzione; la diffusione di tale figura negoziale è altresì evidenziata da SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. Impr.*, 1997, 683; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, il quale, a dimostrazione dell'ampia diffusione della fattispecie, segnala come, negli ultimi anni (l'opera citata risale al 1990), le sentenze aventi ad oggetto ipotesi di prestazioni anticipate, rappresentassero oltre l'80% del numero complessivo delle pronunce in materia di contratto preliminare; BALANTE A., *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *I Contratti*, 2009, 5, 530, la quale evidenzia come nella prassi siano più frequenti le ipotesi in cui le parti fanno ricorso al meccanismo dell'anticipazione degli effetti, anziché avvalersi del contratto preliminare c.d. «puro»; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contr. e Impr.*, 1994, 1109.

⁹ SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 36; ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1972, II, 441 ss., il quale evidenzia che il ricorso a tale tipo di preliminare ha riguardato, fin da subito, beni immobili e, soprattutto, fondi agricoli, appartamenti, aziende e, dunque, «beni facilmente e immediatamente sfruttabili economicamente, quasi a permettere al futuro acquirente una verifica più attenta dell'avviamento e in genere della produttività del bene, e consentirgli al tempo stesso la percezione di un reddito da corrispondere, spesso ratealmente al venditore, a titolo di progressivo pagamento del prezzo». Anche in tempi più recenti si registra un'ampia diffusione della contrattazione preliminare nell'ambito delle vendite immobiliari, cfr., tra gli altri, Cass. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. del Notariato*, 2015, 1, 192; CARBONE V., *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 5, 2015, 614 ss., il quale, nell'evidenziare come lo sviluppo del contratto preliminare sia direttamente riconducibile alle esigenze dell'attività economica, individua il momento della scoperta e dei primi impieghi di questo strumento contrattuale nell'«era del diffondersi del cemento armato che sorge tra la fine dell'800 e i primi del '900»; ancora, evidenziano come dietro i primi tentativi di introdurre la figura del contratto preliminare nel nostro ordinamento si celava l'intento di fornire un'utile

e, al contempo, i numerosi problemi interpretativi che derivano dal suo impiego¹⁰.

Tale fattispecie trova le sue origini nella prassi contrattuale, rispetto alla quale ha, fin dall'inizio, rappresentato uno strumento efficace al fine di soddisfare le numerose esigenze sorte a livello operativo¹¹ e la cui struttura consente, altresì, di preferirla rispetto ad altre tipologie contrattuali.

In particolare, l'anticipazione degli «effetti» svolge, in primo luogo, una funzione di «garanzia»¹². Attraverso la consegna anticipata del bene oggetto del negozio, il promissario acquirente può infatti valutarne la conformità rispetto a

strumento di tutela a favore degli imprenditori edili, tra gli altri, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, 11 ss., la quale in particolare evidenzia come la clausola di «anticipazione del prezzo», consentiva all'imprenditore-costruttore di finanziare l'impresa senza necessità di rivolgersi agli istituti di credito, correndo il mero rischio, nell'ipotesi di inadempimento, d'incorrere nell'obbligo del risarcimento del danno (inizialmente, infatti, il risarcimento del danno era l'unico rimedio previsto per l'ipotesi di inadempimento del contratto preliminare), rischio peraltro poco attuale a causa dei tempi della giustizia; COTTURRI G., *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica. II. Un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, in *Dem. e dir.*, 1974, 295 ss.; CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 29 ss.; Id., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, cit., 90 ss.; in questo senso cfr. altresì MORELLI P., *Impugnazione giudiziale del preliminare di compravendita*, in *Il preliminare, Aspetti sostanziali e profili applicativi*, a cura di Natali A. I., Milano, 2012, 334-335, il quale, in modo significativo evidenzia come in «un paese, prima martoriato dalla guerra e completamente da ricostruire, poi euforico nel pieno boom economico, trovò nel "mattone" uno strumento di solida ricchezza diffusa. (...) La crescita degli scambi e la velocità con cui essi dovevano eseguirsi, hanno poi portato ad una sorta di "adeguamento" degli strumenti contrattuali alle esigenze commerciali, così da generare nuovi modelli negoziali»; sottolinea la diffusione della figura in esame soprattutto nel settore edile altresì CAMPIONE R., *Preliminare ad effetti anticipati, vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 6, 2002, 10758 ss.

¹⁰ Al punto che tale figura negoziale è stata definita un «iceberg insidioso», cfr. SALVADORI M. G.-SCALITI G., *op. ult. cit.*, 683; VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Il contratto preliminare*, a cura di Capo G., Musio A., Salito G., *Il diritto applicato-I grandi temi*, collana diretta da Cassano G., Padova, 2014, 519, secondo il quale la figura contrattuale in esame rappresenta «uno tra i più controversi e dibattuti fenomeni diffusi nell'ambito della contrattazione immobiliare».

¹¹ PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corr. giur.*, 2008, 8, 1090, il quale sottolinea come le esigenze scaturite dalla prassi commerciale hanno progressivamente eroso la centralità del contratto di compravendita a favore della stipula di preliminari tendenti a dare preventiva regolamentazione ai rapporti negoziali.

¹² CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2010, 545; evidenzia la funzione di garanzia assoluta da questa particolare fattispecie negoziale, altresì, CAMARDI C., (a cura di), *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999, 10 ss.

quanto pattuito, potendo rifiutare la stipula del successivo contratto definitivo, ovvero agire *ex art. 2932 c.c.*, richiedendo, al contempo (ovvero, anche prima e indipendentemente dall'esercizio di tale azione), l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo convenuto per l'acquisto. Il pagamento anticipato del corrispettivo, soddisfa, invece, tanto l'esigenza del promissario acquirente di evitare il rischio dell'inflazione¹³, che potrebbe verificarsi nelle more della conclusione del contratto definitivo, nonché quella di ottenere un pagamento rateale del prezzo (sempreché non venga pattuita la corresponsione immediata dell'intera somma stabilita), quanto quella del promittente venditore di ottenere immediatamente tutto o parte del prezzo convenuto, escludendo le conseguenze dell'eventuale inadempimento del primo¹⁴.

Ancora, l'immediata corresponsione del prezzo pattuito, consente al promittente venditore di ottenere il finanziamento¹⁵ dell'operazione senza perdere la titolarità del bene e al promissario acquirente di entrare immediatamente nel godimento della *res*, potendo, in questo modo, soddisfare esigenze strettamente personali, quali, ad esempio, l'avvio di un'attività lavorativa, il soddisfacimento di un immediato bisogno abitativo o anche il mero inizio dei lavori di ristrutturazione necessari e, al contempo, di verificare la conformità del bene consegnato rispetto a quanto convenuto.

¹³ In proposito cfr. Cass., 17 gennaio 2001, n. 564, in *Giur. it., Mass.*, 2001.

¹⁴ PITTELLA D., *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, cit., 61.

¹⁵ SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 36; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 250, la quale, nell'affermare le utilità derivanti ai promissari acquirenti dall'impiego di questa figura contrattuale, evidenzia come, prima dell'introduzione della tutela in forma specifica ad opera del Codice del '42, il promittente venditore – spesso anche costruttore – aveva la possibilità di scegliere di non adempiere, correndo il mero rischio di dover risarcire i danni. Si può, inoltre, osservare come nel momento in cui il fenomeno dell'anticipazione degli effetti ha fatto il suo ingresso, soprattutto nel settore degli scambi immobiliari, il medesimo fosse avvertito quale strumento in grado di offrire specifica tutela a un determinato soggetto economico: il contraente «forte», ossia l'imprenditore edilizio. Solo successivamente il preliminare si rivelò strumento idoneo a rispondere alle esigenze del contraente «debole» (ad esempio attraverso il pagamento rateale del prezzo), fino a divenire un importante strumento posto a garanzia di quest'ultimo. La trascrizione del contratto preliminare consente, inoltre, al promittente venditore di iscrivere ipoteca sull'immobile, così aggiungendo al finanziamento ottenuto dai versamenti effettuati dai promissari acquirenti, quelli ottenuti con il rilascio di mutui ipotecari; sul punto cfr., CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 178.

Questi rilievi consentono dunque di individuare le ragioni della rapida diffusione dello strumento contrattuale¹⁶ in esame, nonché di operare un'immediata distinzione rispetto al preliminare c.d. «puro»¹⁷. E, infatti, attraverso il ricorso alla struttura del preliminare «complesso» le parti hanno la possibilità di implementare la funzione di controllo già presente nel preliminare c.d. «puro», potendo verificare la conformità delle prestazioni rispetto a quanto pattuito nel preliminare, prima che il rapporto assuma carattere definitivo¹⁸. Una simile possibilità è certamente offerta anche nel caso in cui all'accordo preliminare non si accompagni l'anticipata esecuzione delle prestazioni, ma è altrettanto evidente che, in questo caso, le possibilità di verifica risultino più limitate.

In entrambi i casi, infatti, nell'ipotesi in cui il bene presenti vizi o difformità rispetto a quanto pattuito, il promissario acquirente potrà opporre, nell'ipotesi in cui il promittente alienante agisca per l'esecuzione in forma specifica, l'*exceptio inadimplenti contractus*; laddove, dopo la conclusione del

¹⁶ BOMBELLI M. – IATO M., *Trascrizione del preliminare e tutela dell'acquirente*, Padova, 2012, 78, ove si evidenzia come «proprio la versatilità di tale strumento giuridico ne ha fatto la sua fortuna».

¹⁷ Sottolinea, in particolare, le differenze rispetto al modello classico del contratto preliminare, tra gli altri, TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, cit., 189 ss.

¹⁸ MACARIO F., *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, in *Foro it.*, 1995, 11, 3272; DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 53 ss.; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 170 ss., il quale evidenzia come il contratto preliminare accompagnato da un'anticipata esecuzione delle prestazioni, consenta di allargare le funzioni già svolte dalla fattispecie «pura»; SACCO R., in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Sacco, II, Torino, 2004, 272, il quale evidenzia come il controllo sulla qualità del bene, già offerto dalla sequenza preliminare-definitivo, si «esalti» qualora la cosa venga consegnata al promissario acquirente prima della conclusione del definitivo; MIGLIETTI L., *Minuta contrattuale, contratto normativo (bilaterale) e contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Il preliminare, Aspetti sostanziali e profili applicativi*, a cura di Natali A. I., Milano, 2012, 115; all'interno dell'orientamento secondo il quale il contratto definitivo, stipulato a chiusura della sequenza procedimentale, costituisce un mero atto solutorio, non negoziale, è possibile individuare alcuni A., i quali negano che la fattispecie in esame consenta di operare un controllo delle sopravvenienze, posto che le parti, già al momento della stipula del preliminare, sono orientate alla definitività della loro scelta, senza riservarsi la necessità di controllarne l'esatta portata in un momento successivo. Per una trattazione più ampia, v. *infra*, cap. II.

definitivo, il promissario acquirente è invece costretto ad avvalersi della più limitata disciplina dettata per i vizi della cosa venduta di cui all'art. 1490¹⁹.

E, tuttavia, in caso di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, ai promissari è, altresì, riconosciuta una tutela «anticipata», potendo agire per l'esatto adempimento anche prima e indipendentemente dall'esercizio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c.²⁰

Inoltre, anticipando quanto verrà precisato nel prosieguo, è necessario fin da ora evidenziare che, la funzione riconducibile a tale figura negoziale non è quella di un mero differimento dell'effetto traslativo, perché altri, in tal caso, sarebbero gli strumenti in grado di soddisfare tale esigenza; si pensi, ad esempio, all'ipotesi di vendita con riserva di proprietà²¹, laddove, pur prevedendo l'anticipata corresponsione del prezzo e dell'immissione nel godimento del bene, l'effetto traslativo si produce automaticamente al momento del pagamento dell'ultima rata del prezzo, non consentendo dunque un controllo sull'esecuzione di quanto in precedenza programmato.

I motivi testé esposti consentono, altresì, di preferire il ricorso alla contrattazione preliminare rispetto ad altre figure in grado di realizzare una scissione tra vicenda obbligatoria ed effetto reale, come nel caso della vendita sottoposta a condizione o a clausola risolutiva; in questo caso, infatti, sebbene il

¹⁹ CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1112.

²⁰ Invero, una simile tutela non è esclusa nell'ipotesi di preliminare «puro», ma è evidente che, in tal caso, al promissario acquirente, non avendo il bene nella propria materiale disponibilità, non sarà facile venire a conoscenza dei vizi e/o dei difetti in un momento precedente; in proposito, cfr., più ampiamente, *infra*, cap. III, sez., I.

²¹ Nella vendita con riserva di proprietà, sebbene sia normativamente prevista l'anticipata consegna del bene e l'anticipato pagamento del prezzo, l'effetto traslativo discende direttamente dall'accordo originario e si produce automaticamente con il pagamento dell'ultima rata del prezzo; di contro, nella sequenza preliminare-definitivo, il trasferimento della proprietà è subordinato alla conclusione di un ulteriore atto contrattuale, così consentendo una verifica della conformità a quanto pattuito; cfr., DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 52-53, nt. 2; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1112-1113; AMBROSOLI M., *Tutela del promissario acquirente e vizi del bene*, in *I Contratti*, 6, 2002, 567, il quale evidenzia come, nell'ipotesi di contratto preliminare, le parti potranno rifiutare la conclusione del contratto definitivo ogniqualvolta vi sia il rischio che la controparte non sia effettivamente in grado di adempiere (avvalendosi dell'eccezione di inadempimento o della regola che consente di rifiutare un adempimento inesatto); mentre nell'ipotesi in cui sia stata conclusa una vendita già definitiva, le parti non potranno liberarsi dall'affare, se non avvalendosi della tutela risolutiva, con conseguente onere di provare il grave inadempimento; in proposito, cfr., oltre, *sub cap.* V, § 4.

trasferimento del diritto venga subordinato al verificarsi di un determinato evento, quale, ad esempio, il controllo circa la qualità del bene da parte del promissario acquirente, a quest'ultimo, tuttavia, non è data la possibilità di esercitare un controllo sul processo produttivo dello stesso. Di conseguenza, nell'ipotesi di consegna di un bene non conforme a quanto pattuito, il promissario acquirente non potrà fare altro che venir meno agli impegni assunti²².

Ancora, nel settore delle vendite di appartamenti «sulla carta»²³ (facenti parte di edifici ancora da costruire o da ristrutturare), questo strumento consente di instaurare uno stretto collegamento tra l'attività svolta sul bene stesso e gli adempimenti relativi al pagamento del prezzo²⁴. In particolare, a differenza di quanto avviene con la compravendita di cosa futura, nell'ipotesi di preliminare di vendita avente ad oggetto un bene «futuro», la successiva venuta ad esistenza del bene non produce immediatamente l'effetto traslativo, cosicché – poiché la

²² CAMARDI C., (a cura di), *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, cit., 9 ss., la quale, con riferimento specifico ai beni «da farsi», evidenzia i vantaggi del ricorso alla sequenza preliminare-definitivo, rispetto all'impiego di altri strumenti quali la condizione o la clausola risolutiva espressa; quest'ultimi consentono, infatti, all'acquirente di disfarsi di un bene non conforme alle previsioni, ma non gli consentono di ottenere esattamente il bene che voleva acquistare, a differenza, invece, della contrattazione preliminare che offre la possibilità di controllare la conformità del processo di produzione del bene a quanto pattuito.

²³ Si tratta di quegli immobili per i quali esiste già un progetto per la realizzazione.

²⁴ *Ex multis*, Cass. 17 gennaio 2001, n. 564, cit., nel caso di specie, le parti avevano concluso un contratto preliminare avente ad oggetto la stipula di un successivo contratto per il trasferimento della proprietà di un villino ancora in corso di costruzione, prevedendo la concessione della detenzione al termine dell'esecuzione dei lavori con pagamento integrale del prezzo convenuto prima della stipula del definitivo; pagamento che, secondo quanto accertato dalla Corte, aveva lo scopo di consentire, da un lato, il finanziamento dei lavori e, dall'altro, la lievitazione del prezzo dell'immobile al pari di quanto usualmente accade negli accordi per le compravendite immobiliari con le ditte costruttrici; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 36, il quale evidenzia come in tali ipotesi, il promittente acquirente assuma la funzione di finanziatore *pro quota* dell'operazione; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, (estratto aggiornato da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., vol. XIII, Tomo II), Torino, 3° ed., 2010, 6, il quale evidenzia come, nell'ambito del settore della vendita di immobili da costruire, il ricorso al contratto preliminare divenga uno strumento di finanziamento dell'impresa, prevedendosi, di regola, il pagamento anticipato di parte del prezzo convenuto; al fine di tutelare i diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire dal rischio dell'inadempimento del costruttore, il legislatore, con il D.Lgs. 2 giugno 2005, n. 122, ha previsto l'obbligo, in capo al costruttore, di rilasciare all'acquirente, al momento della stipula del preliminare di vendita, una fideiussione a garanzia della restituzione delle somme già versate a titolo di acconto nell'ipotesi di fallimento del primo, nonché un diritto di prelazione qualora l'acquirente abbia già ottenuto la consegna dell'immobile, cfr., più ampiamente, oltre, cap. III, sez. II, § 3.

consegna del bene avviene normalmente ad una data comunque precedente a quella prevista per la stipula del definitivo – il promissario acquirente avrà la possibilità di verificare la correttezza dell'esecuzione²⁵.

Dall'analisi delle fattispecie sottoposte all'attenzione della giurisprudenza si possono, altresì, individuare ulteriori impieghi della fattispecie negoziale in esame, quali, ad esempio: preliminare di vendita con riserva di usufrutto e pagamento anticipato del prezzo²⁶; preliminare di permuta

²⁵ Sottolinea i vantaggi del ricorso al contratto preliminare ad effetti anticipati in luogo della vendita di cosa futura, CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1113 ss., la quale, in particolare, evidenzia la possibilità di individuare, ove si tratti di un preliminare di vendita di cosa futura, l'esatto momento in cui si realizza l'effetto traslativo; laddove, in caso di compravendita di cosa futura, possono sorgere alcune difficoltà nell'accertare il momento in cui il bene può dirsi venuto ad esistenza; CAMARDI C., (a cura di), *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, cit., 11; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 250 ss., la quale sottolinea come soprattutto in questo settore, il preliminare c.d. ad effetti anticipati si sia rilevato un utilissimo strumento di tutela non solo per il promittente venditore ma anche per il promissario acquirente. Sul tema della contrattazione immobiliare abitativa e, in particolare, per un confronto tra vendita di cosa futura e sequenza preliminare-definitivo, cfr., altresì, DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in *Riv. Not.*, 1991, II, 623 ss.; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 37 ss., il quale, tuttavia, evidenzia come il momento in cui si realizza l'effetto traslativo potrebbe coincidere nelle due ipotesi appena richiamate (preliminare di vendita e vendita di cosa futura), qualora il definitivo venga stipulato solo al momento in cui sia terminata la costruzione, ovvero solo al momento della formazione dell'atto pubblico. L'A. individua, inoltre, un sicuro elemento scriminante nell'intrascrivibilità del contratto preliminare, che consentirebbe al costruttore-venditore di iscrivere ipoteca sull'immobile al fine di ottenere ulteriori finanziamenti, ovvero di decidere di vendere a terzi le unità abitative per trarne un profitto maggiore. Tuttavia, quest'ultima osservazione risulta oggi superata in virtù della disciplina di cui all'art. 3, comma 1°, del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni nella legge 28 febbraio 1997 n. 30, che ha previsto la trascrizione dei contratti preliminari nei registri immobiliari; per i criteri impiegati dalla giurisprudenza ai fini della distinzione tra contratto di compravendita di cosa futura (vendita obbligatoria) e contratto preliminare di bene da costruire, cfr., Cass., 24 gennaio 1980, n. 593, in *Rep. Foro it.*, 1980, I, voce *Contratto in genere*, 123: «La vendita obbligatoria (...) differisce dal contratto preliminare di vendita per il fatto che le parti non assumono l'impegno di concludere una futura vendita (...), ma si obbligano immediatamente, il venditore a trasferire il diritto e il compratore a pagare il prezzo convenuto, anche se l'effetto traslativo del contratto è rinviato ad un momento successivo». Con riferimento alla fattispecie in esame, è stata altresì evidenziata l'improprietà dell'espressione «preliminare di vendita di cosa futura», con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui le parti abbiano subordinato la stipula del contratto definitivo alla venuta ad esistenza del bene; in questo caso, infatti, il definitivo avrebbe ad oggetto un bene presente e non futuro; così, FURGIELE G., *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, 120 ss.; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 54, nt. 5.

²⁶ Un simile accordo viene spesso utilizzato per soddisfare l'esigenza di persone anziane di continuare ad abitare nell'immobile e di realizzare, nel contempo, il prezzo della vendita del medesimo.

di area edificabile con appartamento da costruirsi sulla stessa e consegna anticipata del terreno²⁷; preliminare di vendita con clausola per sé o per persona da nominare e pagamento anticipato del prezzo²⁸ o ancora, più frequentemente, preliminare di vendita con consegna anticipata del bene e pagamento rateale del prezzo²⁹.

Tale figura si presta, infine, ad essere impiegata al fine di eludere divieti legali temporanei di contrarre, senza perdere l'affare nell'attesa del loro venir meno³⁰.

Inoltre, lo schema è stato utilizzato anche negli acquisti per interposta persona, consentendo di creare una situazione di particolare favore per l'intermediario. Quest'ultimo, infatti, pur intervenendo nella vicenda traslativa come reale acquirente con il pagamento del prezzo e come reale venditore nel definitivo, tuttavia ne rimane estraneo sotto il profilo della responsabilità³¹.

²⁷ In questo modo il promittente permutante ha la possibilità di cautelarsi contro il rischio di inadempimento dell'altro contraente (costruttore del bene), prevedendo il trasferimento della proprietà del terreno solo al momento in cui si realizzerà il medesimo effetto rispetto al bene venuto successivamente ad esistenza; Cass. 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. it.*, I, 1987, 501 ss.; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 61 ss.;

²⁸ In questo modo il promissario acquirente può lucrare sulla differenza tra il prezzo corrisposto al promittente venditore – per il quale è indifferente la persona del futuro acquirente (che verserà l'intero prezzo al promissario acquirente) – e quello che consegue attraverso l'*electio amici*; in questo senso cfr., PITTELLA D., *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, cit., 61; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 64 ss.

²⁹ Questo modello può essere impiegato quando, pur non disponendo immediatamente dell'intera somma necessaria all'acquisto, il promissario acquirente ha un'immediata esigenza di utilizzare il bene o anche solo di riservarsi il suo acquisto. Il proprietario dell'immobile sarà, invece, comunque tutelato attraverso la fissazione del termine per la stipula del definitivo, coincidente con il versamento dell'intero prezzo, e potrà altresì prevedere un prezzo maggiore quale corrispettivo del godimento anticipato; per un richiamo delle diverse decisioni giurisprudenziali che si sono occupate di una simile fattispecie, cfr., DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 56 ss.

³⁰ BOMBELLI M. – IATO M., *Trascrizione del preliminare e tutela dell'acquirente*, cit., 78; si tratta, dunque, di quelle ipotesi in cui le parti promettono di acquistare e vendere beni soggetti ad inalienabilità temporanea, purché la data fissata per la conclusione del definitivo sia successiva alla scadenza del termine del divieto; cfr., tra le altre, Cass., 30 marzo 1995, n. 3799, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 740; Cass., 1 dicembre 1972, n. 3477, in *Rep. Foro it.*, 1972, I, voce *Contratto in genere*, 288; [contra, Cass., 23 agosto 1985, n. 4492, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3007 ss. (con riferimento ad un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto alloggi di edilizia popolare ed economica)]. Inoltre, in presenza di divieti temporanei di alienazione, si ammette altresì la possibilità, per i contraenti, di concludere un preliminare sottoposto a condizione o a termine iniziale.

³¹ Si tratta, dunque, della conclusione di un contratto per persona da nominare, mediante il ricorso alla fattispecie del contratto preliminare. In questo modo, le parti riescono, infatti, a

2. Sulle origini del contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati».

Quanto premesso, consente, dunque, di comprendere i motivi della rapida diffusione della figura in esame.

Pur non essendo possibile individuare l'esatto momento in cui tale strumento contrattuale ha iniziato ad essere impiegato nella pratica degli affari, nondimeno troviamo alcune pronunce – aventi ad oggetto controversie sorte successivamente alla stipula di un contratto preliminare nel quale era stata prevista l'anticipata esecuzione delle prestazioni – già a partire dai primi anni del secolo scorso³².

Nei primi anni di impiego di tale figura contrattuale, le prime pronunce in materia negavano, tuttavia, qualsiasi autonomo riconoscimento, sul presupposto dell'apparente antinomia derivante dall'inserimento di effetti propri del contratto definitivo nello schema del preliminare c.d. puro³³.

A ciò si aggiunga che, nel momento in cui lo schema del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati ha fatto il suo ingresso, il dibattito intorno al contratto preliminare era ancora tutt'altro che sopito.

E, infatti, prima ancora della questione in merito alla legittimità dell'anticipazione degli effetti propri del contratto definitivo, dottrina e giurisprudenza dovettero interrogarsi sulla figura del contratto preliminare, ossia di quel contratto, privo di effetti traslativi, dal quale sorge l'obbligo di concludere un nuovo contratto.

sottrarsi alla forte tassazione cui i primi sono assoggettati, nonché al breve termine di tre giorni per l'esecuzione dell'*electio amici*; in questo senso cfr., DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 54 ss.; sull'argomento cfr., altresì, BERNARDINI M., *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 2, 687 ss.; MORELLO U., *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, (Atti del convegno svoltosi a Milano 10-12 aprile 1986), Milano, 1986, 99-131.

³² Uno dei primi precedenti in materia viene individuato in Cass. 10 luglio 1929, n. 2681, cit.

³³ Cfr. NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2013, 3, 162.

E' opportuno, dunque, ripercorrere, seppur brevemente, le origini che hanno condotto all'introduzione (o, più precisamente, al riconoscimento dell'ammissibilità) della contrattazione preliminare nel nostro ordinamento³⁴.

2.1 Cenni sull'evoluzione storica della contrattazione preliminare.

Premessa.

Per poter ripercorrere le diverse fasi che hanno caratterizzato la nascita e lo sviluppo del contratto preliminare, è necessario comprendere i motivi che hanno spinto a ricercare uno strumento in grado di rispondere alle esigenze provenienti dal commercio; prima di ciò, occorre, tuttavia, soffermarsi sul fondamentale ruolo svolto da due ordinamenti, il francese e il tedesco, che influirono in diverso modo sulle scelte operate nel nostro sistema³⁵; e, ancor prima, sembra opportuno ripercorrere brevemente le diverse scelte operate in merito al fenomeno in esame, prima, al tempo del diritto romano e, successivamente, all'epoca del diritto comune.

2.2. Dal diritto romano ai modelli ispiratori: il principio «*promesse de vente vaut vente*» e la figura del *Vorvertrag*.

³⁴ Sul contratto preliminare in generale, cfr., tra gli altri, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit.; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit.; ALABISO A., *Il contratto preliminare*, Milano, 1966; GIUSTI A. – PALADINI M., *Il contratto preliminare*, in *Il diritto privato oggi*, Serie a cura di Cedon P., Milano, 1992; PALERMO G., *Contratto preliminare*, Padova, 1991; ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, Padova, 2008.

³⁵ Sono molti gli autori che hanno offerto una ricostruzione della figura in esame partendo dalle influenze esercitate nel nostro ordinamento dalle tendenze, legislative e culturali, maturate in Francia e in Germania, cfr., tra gli altri, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 16 ss.; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 2 ss.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 4 ss. e 138 ss.; ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 3 ss.

Il diritto romano classico non conosceva la figura del contratto preliminare; le espressioni *pactum de contrahendo* o *pactum de ineundo contractu*, spesso impiegate per designare tale fattispecie contrattuale, non appartenevano, infatti, alla terminologia romana, ma iniziarono ad essere utilizzate solo in un'epoca successiva.

Il diritto romano distingueva, però, la promessa di vendita dalla vendita e, tuttavia, anche la promessa, per essere vincolante, aveva bisogno di una *causa civilis obligandi*; la promessa, dunque, poteva essere ricondotta solo tra i *nuda pacta*, e, pertanto, affinché alla stessa potesse essere riconosciuta efficacia giuridica, era necessario ricorrere alla forma solenne della *stipulatio*³⁶.

L'ordinamento romano contemplava, infatti, un meccanismo traslativo che, presupponeva la scissione tra una fase meramente obbligatoria ed un'altra propriamente reale: anche la compravendita non era intesa, quale contratto immediatamente traslativo, ma piuttosto quale negozio ad effetti obbligatori: l'*emptio* obbligava, infatti, «a trasferire», per il tramite della *stipulatio*, il possesso, mentre ai fini dell'acquisto del diritto era necessario un apposito atto traslativo (*mancipatio, in iure cessio* o *traditio*).

Successivamente, se nel diritto giustiniano si iniziò a riconoscere efficacia giuridica agli atti compiuti senza il rispetto di rigide formalità (i *pacta*), tuttavia, è solo nel diritto comune che il concetto di obbligazione *de contrahendo*, iniziò ad affermarsi in modo chiaro. Al suo riconoscimento seguì, però, un ampio dibattito all'interno della dottrina, in merito alle conseguenze derivanti dall'inadempimento di un simile obbligo: a coloro i quali

³⁶ Al riguardo, cfr. le osservazioni di GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 2, il quale evidenzia come, nonostante sussistessero delle differenze rispetto alla vendita definitiva con riferimento al passaggio del rischio, la promessa di vendita si presentava, nel diritto romano, quale una sorta di duplicato; ciò, in quanto, la *traditio* non era un ripetersi del consenso al trasferimento della proprietà, ma rappresentava la mera *solutio* dell'obbligazione derivante dall'accordo precedente. Evidenzia questa caratteristica della promessa di vendita nel diritto romano, FUNAIOLI C. A., *La tradizione*, Padova, 1942, 34; sul punto cfr., altresì, la precisa ricostruzione di MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, 127, il quale evidenzia come, a differenza della vendita, la *stipulatio* non obbligava a trasmettere il possesso *ad usucapionem*, ma a trasferire (a dare); pertanto, la *iusta causa* che sorreggeva la *traditio* effettuata per dare esecuzione ad un'obbligazione sorta con la *stipulatio*, doveva essere individuata, non nell'accordo precedente, ma nell'accordo solutorio che accompagnava la consegna.

individuavano il rimedio nel risarcimento dei danni, si opposero coloro i quali sostenevano la possibilità di ammettere lo strumento dell'esecuzione in forma specifica; all'interno di quest'ultimo orientamento era poi possibile distinguere tra coloro i quali ritenevano che occorresse una sentenza che tenesse luogo del contratto non concluso e altri che suggerivano, invece, di far seguire all'inadempimento, la condanna alla consegna del bene oggetto dell'accordo.

Proprio l'ultimo orientamento illustrato si ritiene che sia uno dei motivi alla base del definitivo accoglimento, da parte del *Code Napoleon*, del principio del consenso traslativo. Col tempo iniziò, infatti, a farsi strada l'idea secondo la quale, se alla promessa di vendita può far seguito la condanna al rilascio del bene, allora tale promessa equivale necessariamente ad una vera e propria vendita³⁷.

* * *

Nell'ordinamento francese, al momento dell'introduzione del *Code civil*, i redattori si trovarono ad operare in un clima caratterizzato dalla coesistenza della tradizione del diritto romano, di quella del diritto consuetudinario francese, nonché dall'influenza derivante dalle correnti del pensiero giusnaturalistico³⁸.

Quanto alla vendita nel diritto romano, come detto, quest'ultima produceva effetti meramente obbligatori, mentre l'effetto traslativo derivava dalla *traditio* del bene, realizzando, in questo modo, la perfetta scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*³⁹. In questo modo si giungeva ad affermare che il diritto di proprietà non corrisponde all'astratta signoria sulla cosa, ma si identifica con l'effettivo potere del suo sfruttamento, sicché per il suo

³⁷ Così, ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 3.

³⁸ Cfr. MORELLO U., *Culpa in contrahendo, accordi ed intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, cit., 109 ss.; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 3.

³⁹ Cfr. TALAMANCA M., voce *Vendita (dir. romano)*, in *Enc. Dir.*, vol. 46, Milano, 1933, 309 ss.

trasferimento, non è sufficiente la mera volontà, essendo, altresì, necessaria la *traditio* e, dunque, l'attribuzione del possesso medesimo.

Per la tradizione consuetudinaria francese, il trasferimento della proprietà si realizzava, invece, con la presa di possesso, secondo la sequenza *dessaisine-saisine* (spossessamento-impossessamento); e, tuttavia, per i beni immobili, tale forma era ormai divenuta una clausola di stile, inserita anche implicitamente nel contratto notarile di compravendita o donazione, con la conseguenza che, in mancanza di prova contraria della diversa volontà delle parti, si riteneva realizzata la *traditio ficta*. In questo modo, il trasferimento della proprietà derivava automaticamente dal solo contratto di compravendita, dal quale si presumeva l'avvenuta consegna del bene⁴⁰.

Infine, vi erano le influenze del giusnaturalismo, le quali distinguevano, con riferimento ai modi di acquisto della proprietà, tra il diritto naturale e quello civile: il primo, diretto ad affermare il prodursi dell'effetto traslativo per effetto del mero consenso, quale incontro della volontà dismissiva dell'alienate e di quella acquisitiva dell'acquirente⁴¹; il secondo, invece, che riteneva fosse indispensabile la *traditio*.

Da quanto premesso, appare evidente che l'affermazione del principio consensualistico nell'ordinamento francese non derivò, in realtà, da un'evoluzione naturale della tradizione; e, infatti, come detto, era ancora

⁴⁰ Tuttavia, al di fuori delle ipotesi di vendita e donazione, per le quali operava la *traditio ficta*, ai fini della produzione dell'effetto reale rimaneva necessaria la consegna. Al riguardo, molti autori ritengono che, attraverso l'accoglimento del principio consensualistico, l'ordinamento francese abbia recepito tale prassi estendendo la presunzione secondo la quale il contratto obbligatorio comprenda già una forma di costituito possessorio, al di là delle ipotesi di vendita o donazione immobiliare; cfr., BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, 2° ed., VII, a cura di Napoli e Vecchi, Torino, 1993, 82 ss.; CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 74 ss., il quale evidenzia come il *Code Napoléon* avesse, da ultimo, proclamato la sufficienza del solo contratto per produrre l'effetto traslativo, eliminando l'elemento, ormai divenuto mera clausola di stile, della *traditio ficta*.

⁴¹ Proprio per questa distinzione, si evidenzia come, in realtà, il ruolo delle correnti giusnaturalistiche non fu realmente incisivo per l'affermarsi del principio del consenso traslativo. Permaneva, infatti, il riconoscimento dell'importanza della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* rispetto alle esigenze derivanti dai traffici; in questo senso, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità"*. *Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 40 ss., (la quale si riferisce in particolare al pensiero di GROZIO U., *De iure belli ac pacis*, 1625, ed. Lausannae, 1758, II, 344).

possibile individuare, tanto all'interno delle tradizioni consuetudinarie (al di fuori delle ipotesi di vendita e donazione), che all'interno delle correnti giusnaturalistiche, l'antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

Per questi motivi, molti autori ritengono che la soluzione del legislatore francese, fu, per certi versi, «completamente innovativa»⁴². In questo contesto, la scelta del legislatore del 1804, fu, infatti, quella di accogliere il principio consensualistico, riassumendolo nella formula dell'art. 1589 del *code civil*, ai sensi del quale «*la promesse de vente vaut vente*⁴³, *lorsqu'il y a consentment reciproque de deux parties sur la chose et sur le prix*»⁴⁴.

Con la disposizione testé richiamata, l'ordinamento francese ha, pertanto, accolto il principio del consenso traslativo, prevedendo che la promessa di vendita, contenente l'accordo delle parti sul bene e sul prezzo, quali elementi essenziali del contratto previsti dalla legge, sia già una vendita definitiva che, in quanto tale, non necessita di ulteriori adempimenti o manifestazioni di volontà⁴⁵.

La *ratio* della perfetta equiparazione tra promessa di vendita e vendita, si individuava nella volontà di soddisfare esigenze di ordine pubblico; vi era, infatti, la necessità di rimuovere la scissione tra *titulus acquirendi* (il contratto

⁴² Così, tra gli altri, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 42, la quale evidenzia come, in realtà, l'intento del legislatore francese fosse proprio quello di recuperare la tradizione e, dunque, le consuetudini locali, più «razionali», in quanto diffuse nella prassi e, perciò, maggiormente rispondenti alle reali esigenze del commercio.

⁴³ In merito alle origini di tale formula, cfr., ASTUTI G., «*Promesse de vente vaut vente*», in *Riv. storia dir. it.*, 1953-1954, 247 ss.; sul punto, cfr. altresì, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 24 ss., la quale, in particolare, evidenzia come l'introduzione dell'equiparazione della promessa di vendita alla vendita, rispondeva, in primo luogo, a precise esigenze di tutela del contraente adempiente.

⁴⁴ Invero, dalle disposizioni introdotte dal *Code civil*, non emerge chiaramente la volontà di abbandono del sistema romano caratterizzato dalla scissione *titulus/modus acquirendi*; l'interpretazione del codice quale strumento di affermazione della regola del consensualismo e, dunque, di un contratto di compravendita ad effetti immediatamente reali, si deve, invece, all'opera della dottrina e della giurisprudenza successiva. Si vedano, a tal proposito, le considerazioni di MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 44 ss.

⁴⁵ MORELLO U., *Culpa in contrahendo, accordi ed intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, cit., 109 ss.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 42 ss., l'A. evidenzia come l'intento del legislatore francese fosse quello di allontanarsi dalle tradizioni romanistiche al fine di consentire l'affermarsi di un «diritto nazionale», in corrispondenza della nascita del nuovo regime.

obbligatorio) e *modus acquirendi* (l'atto formale di trasferimento) propria della vendita, in quanto si risolveva in un'ingiustificabile vantaggio per la classe aristocratica, consentendo di mantenere determinati controlli sui trasferimenti della proprietà⁴⁶.

L'ordinamento francese riconobbe, dunque, la rilevanza del contratto preliminare, ma ricollegò ad esso, come effetto, gli effetti propri del contratto definitivo, ritenendo, in questo modo, sufficiente il *titulus* per operare il trasferimento del diritto. In quest'ultimo sistema, pertanto, si affermò il principio per cui, la semplice promessa di vendita, munita del consenso sugli elementi essenziali, equivale ad una vendita definitiva, senza necessità di ulteriori adempimenti formali (art. 1583 *Code Nap.* «*La propriété est acquise de droit à l'acheteur (...) dès qu'on est convenu de la chose et du prix*»).

Il principio consensualistico, introdotto per offrire adeguata tutela al ceto borghese, non tardò, tuttavia, a mostrare i suoi limiti e a rivelarsi un vero e proprio freno per il commercio, limite al quale, in tempi più recenti, si tentò in vario modo di porvi rimedio, mediante l'elaborazione di nuove fattispecie dirette a realizzare, con riferimento a determinati settori dell'ordinamento, un'attenuazione del divieto di scissione tra consenso e atto traslativo⁴⁷.

⁴⁶ L'introduzione di una regola che consentisse il trasferimento della proprietà per effetto del solo consenso, velocizzando di conseguenza gli scambi, risultava vantaggiosa per il ceto borghese, che aveva interesse all'eliminazione dei controlli sui trasferimenti della proprietà a discapito dell'aristocrazia terriera; cfr., le osservazioni di SPECIALE R., *op. ult. cit.*, 3.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 48 ss.; sul punto cfr., altresì, GIUSTI A., *Funzione, elementi essenziali, vizi*, in Giusti A. – Paladini M., *Il contratto preliminare*, in *Il diritto privato oggi*, Serie a cura di Cedon P., Milano, 1992, 24.

⁴⁷ I motivi d'ordine pubblico che avevano condotto all'affermazione della regola consensualistica, primi fra tutti, la necessità di soddisfare le esigenze provenienti dalla classe borghese, vennero successivamente meno; di contro, si avvertiva il bisogno di individuare regole meno rigide che potessero agevolare gli scambi. Una parte della dottrina francese tentò di porre rimedio ai limiti derivanti dal principio consensualistico, elaborando la nozione di *avant-contrat* (cfr., tra gli altri, BOYER L., *Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contracts*, in *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1949, 1 ss.), la quale, però, finì per descrivere una categoria disomogenea di accordi precontrattuali, spesso di carattere unilaterale; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 3; in proposito cfr. altresì, ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 12, il quale sottolinea come tale fattispecie subì l'influenza della disciplina di cui all'art. 1589 *code civil*, la quale, nonostante facesse riferimento solamente alla vendita, finì per trovare applicazione con riferimento a qualsiasi tipo di contratto, così impedendo l'introduzione dell'autonoma figura del contratto preliminare; in questo senso cfr.,

* * *

Notevolmente diverse rispetto all'esperienza francese sono, invece, le vicende che hanno interessato l'ordinamento tedesco.

Occorre in primo luogo osservare che in Germania, la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* è organica all'operazione traslativa⁴⁸; la categoria del *Vertrag* comprende, infatti, al suo interno il contratto volto a creare effetti

altresi, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 72 ss. Ampia diffusione ebbe, invece, la promessa unilaterale non rientrante nel dettato dell'art. 1589 *code civil*. A livello legislativo, venne, altresì, successivamente riconosciuta ai privati la possibilità di ricorrere ad un *contrat préliminaire* in due ipotesi: con la L. 67-3 del 3 gennaio 1967, completata dalla L. n. 67-547 del 7 luglio 1967 e dal D. n. 67-1166 del 22 dicembre 1967 (e successive modifiche), dedicata alla vendita di immobili in corso di costruzione e con l'art. 3, L. 12 luglio 1984 n. 84-595 (e successive modifiche), che disciplina la *location-accession*, la quale offre un utile strumento a favore dei locatari che intendono acquistare l'immobile locato, ma non dispongono della somma necessaria. La disciplina, introduce un modello contrattuale molto simile al preliminare ad effetti anticipati, frutto della prassi italiana, prevedendo, in particolare, l'obbligo, da parte del venditore, a trasferire la proprietà dell'immobile a seguito di un'ulteriore manifestazione di volontà e l'obbligo dell'acquirente di corrispondere in modo frazionato il prezzo pattuito nonché di versare un canone fino all'esercizio del diritto d'opzione. Il contratto di *location-accession*, può, altresì, essere preceduto dalla conclusione di un contratto preliminare, mediante il quale, previo deposito di garanzia effettuato su un conto speciale, il venditore si impegna a riservare all'acquirente l'immobile o parte di esso; cfr. SPECIALE R., *op. ult. cit.*, 165 ss.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 72 ss.; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 3 ss.; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Milano, 2000, 16 ss.; MORELLO U., *op. ult. cit.*, 110.

⁴⁸ Il procedimento diretto al trasferimento della proprietà in Germania, è caratterizzato, infatti, da una perfetta scissione tra atto di disposizione del bene e negozio astratto di trasferimento. Più precisamente, nell'ordinamento tedesco la vendita prevede la conclusione di un primo contratto obbligatorio, con il quale il venditore assume un'obbligazione di dare, ossia di trasferire la proprietà del bene al compratore. Seguono poi due successivi negozi di adempimento: il primo, costituito dall'accordo delle parti, con il quale dichiarano rispettivamente di trasferire la proprietà e il prezzo pattuito, mentre il secondo è rappresentato dalla consegna del bene per i beni mobili, ovvero dalla trascrizione di tale trasferimento nei registri immobiliari, in caso di beni immobili. Affinché la vendita si perfezioni è, dunque, necessario il compimento di questi due ulteriori contratti. Quanto evidenziato giustifica il motivo per il quale, nell'ordinamento tedesco la conclusione di un contratto preliminare costituisca un'eccezione rispetto alla regola dell'immediata formazione dell'accordo definitivo; in argomento, SPECIALE R., *op. ult. cit.*, 150 ss.; Id., *Il «Vorvertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 45 ss.; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 5;

obbligatori e quello diretto a creare effetti reali: quest'ultimo non ha causa⁴⁹ e richiede necessarie formalità, quali la consegna della cosa mobile o l'iscrizione nei libri fondiari, in caso di immobili.

Ciononostante, è proprio nella dottrina tedesca che viene elaborata, in modo maggiormente compiuto, la figura del *Vorvertrag*, quale contratto da cui deriva solo l'obbligo di concludere il contratto promesso e che, tuttavia, a differenza della *promesse de vente*, non ne produce gli effetti⁵⁰.

Le ragioni che portarono la dottrina tedesca ad approfondire la figura del *Vorvertrag* sono profondamente diverse da quelle che condussero la dottrina italiana ad interrogarsi sull'ammissibilità della figura del contratto preliminare.

Nell'ordinamento tedesco, infatti, il sistema di trasferimento della proprietà, caratterizzato da tre distinti negozi giuridici, consentiva alle parti di poter contare su una scissione tra il momento del consenso e quello successivo del trasferimento del diritto, permettendo loro di effettuare un controllo sulle eventuali sopravvenienze, ovvero di ottenere i finanziamenti o le autorizzazioni necessarie.

⁴⁹ Si parla a tal proposito di «principio dell'astrattezza», ove la validità del negozio di trasferimento è indipendente rispetto alle vicende che coinvolgono il contratto obbligatorio precedente. Il rigore di tale principio è, tuttavia, mitigato dalla disposizione del § 925 BGB, la quale prevede l'obbligo per il pubblico ufficiale, abilitato a ricevere la dichiarazione diretta al trasferimento della proprietà dell'immobile, di accertare la validità del contratto obbligatorio; la mancanza di un simile controllo non incide sulla efficacia della dichiarazione, comportando solamente, ove si accerti l'invalidità del contratto obbligatorio, una responsabilità disciplinare del pubblico ufficiale; e, tuttavia, proprio in virtù di tali conseguenze, il principio di astrazione ne risulta notevolmente scalfito; in questo senso cfr., CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 105 ss.

⁵⁰ BERNARDINI M., *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 2, 687 ss.; nonostante gli ampi dibattiti dottrinali sollevati dalla figura del *Vorvertrag*, si arrivò a riconoscerne l'ammissibilità. L'utilità di tale fattispecie contrattuale, seppur limitata, poteva venire in considerazione ogni qualvolta si fosse verificato un ostacolo all'immediata conclusione del contratto definitivo; in proposito cfr., SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 146, ove l'A. riporta alcuni esempi in cui potrebbe essere utile per le parti il ricorso alla figura del *Vorvertrag*. All'interesse della dottrina e della giurisprudenza in merito alla possibilità di riconoscere la figura del contratto preliminare, non fece seguito alcuna disposizione al riguardo all'interno del BGB; e, tuttavia, tale silenzio venne interpretato nel senso della possibilità di ammettere un simile strumento contrattuale in virtù del principio di autonomia contrattuale, il quale comprende anche la libertà dei privati di obbligarsi alla conclusione di un futuro contratto; in proposito, cfr. MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 121.

Se, dunque, nel nostro ordinamento, per il quale, in linea con la soluzione francese, era sufficiente il consenso ai fini del trasferimento della proprietà, scopo del contratto preliminare sarebbe stato quello di consentire una diminuzione dell'impegno assunto dalle parti; nell'ordinamento tedesco – ove il sistema della compravendita (il quale, come detto, ha da sempre rappresentato il campo di applicazione più diffuso della fattispecie negoziale in esame) consentiva già ai contraenti la possibilità di avvalersi di un determinato intervallo di tempo, intercorrente tra la manifestazione del consenso e il successivamente trasferimento della proprietà – il *Vorvertrag*, pur non rivelandosi uno strumento utile al fine di determinare un rinvio dell'effetto traslativo, avrebbe, tuttavia, consentito di rafforzare l'affidamento in merito alla successiva realizzazione del rapporto contrattuale e di rendere, pertanto, più sicure le contrattazioni⁵¹.

Le questioni più importanti che seguirono al riconoscimento dell'ammissibilità di tale strumento contrattuale nell'ordinamento tedesco, riguardarono, in particolare, la forma che il preliminare avrebbe dovuto rivestire e il grado di determinatezza del suo contenuto (*Bestimmtheit*)⁵².

Quanto alla forma del preliminare, non vi era unanimità di opinioni.

La giurisprudenza ha, inizialmente, richiesto la stessa forma prevista per l'*Hauptvertrag*, per poi ammettere, comunque, delle eccezioni sulla base dello scopo e del contenuto dello stesso.

In dottrina, alcuni autori sostenevano l'esigenza di un'identità di forma, altri, invece, non ne vedevano la ragione dal momento che si trattava di contratti tra loro indipendenti; la dottrina maggioritaria, invece, ponendosi in

⁵¹ Cfr., MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 118 ss.; la quale riporta il pensiero di DEGENKOLB H., considerato uno dei padri della dottrina del *Vorvertrag*.

⁵² Per un esame più approfondito della figura del *Vorvertrag* e delle questioni sorte in merito ai suoi requisiti nonché alla sua utilità pratica, qui solo brevemente tratteggiate, cfr., tra gli altri, SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 146 ss.; Id., *Il «Vorvertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, cit., I, 45 ss.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 120 ss.; in merito al contratto preliminare nell'ordinamento giuridico tedesco, cfr., altresì, HENRICH D., *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, 691 ss.

posizione intermedia fra le due opposte soluzioni prospettate, suggeriva di risolvere il problema caso per caso, avendo riguardo allo scopo per il quale era richiesta la forma scritta.

E', comunque, la questione circa il livello di determinatezza che deve assumere il contenuto del *Vorvertrag*, ad aver creato i maggiori contrasti.

In proposito, se in un primo momento si affermava la necessità che il preliminare contenesse non solo tutti gli elementi necessari del contratto, ma anche quelli accessori, comportando, così, la necessaria identità di contenuto rispetto al contratto definitivo, nel tempo la soglia di determinatezza necessaria per poterlo ritenere formato è stata progressivamente ridotta. Ciò dimostra l'acquisita consapevolezza, da parte della dottrina tedesca, che un'eccessiva rigidità del preliminare risulta in controtendenza rispetto alle moderne tecniche di formazione del contratto.

Ad ogni modo, la mancanza di elasticità del preliminare e la difficile convivenza con un sistema contrattuale già suddiviso in due distinte fasi che consentono di realizzare un risultato non dissimile, aiutano a comprendere perché il *Vorvertrag* abbia occupato, nel diritto tedesco, un ruolo sempre più marginale.

3. Il contratto preliminare nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale antecedente al Codice del 1942.

Sotto il vigore del codice abrogato del 1865⁵³, la dottrina italiana dovette confrontarsi con il silenzio del legislatore; quest'ultimo, infatti, da un lato non aveva disciplinato il contratto preliminare, rinnegando in tal modo la scissione romanistica tra *titulus e modus acquirendi* e, dall'altro, non aveva

⁵³ Con riferimento invece alla posizione dei codici preunitari intorno alla promessa di vendita, cfr., le puntuali ricostruzioni di ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 4 (nota 13) e 14 e di MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 140 ss.

neppure riprodotto l'art. 1589 del *code civil* e, dunque, il principio del consenso traslativo⁵⁴; consentendo, così, di ipotizzare, tanto l'ammissibilità di accordi preliminari in nome del riconoscimento dell'autonomia privata, quanto di ritenere superflua l'espressa previsione normativa di un simile principio, in quanto già implicitamente riconosciuto dall'ordinamento⁵⁵.

L'ambiguità della scelta del legislatore diede vita ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che da allora, seppur evolutosi, non si è in realtà mai spento⁵⁶.

Al riguardo, in un primo momento, prevalse – sia in dottrina che in giurisprudenza – l'opinione maggiormente fedele al modello francese, secondo la quale l'assenza di una esplicito richiamo al principio consensualistico

⁵⁴ Invero, si evidenzia come neppure in Francia l'espressa indicazione del Principio consensualistico era stata sufficiente per fare definitiva chiarezza sul punto. I giuristi dell'epoca dovettero, infatti, confrontarsi con le reali esigenze del mercato, per le quali si dovette privilegiare un'interpretazione evolutiva dell'anzidetto principio; cfr. MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 147-148.

⁵⁵ Al riguardo, alcuni autori hanno definito la situazione scaturente dalle scelte del codice del 1865, quale realtà normativa «aperta», cfr., GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 4; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 148. L'A. osserva, inoltre, come il problema relativo alla possibilità di ammettere l'autonomia della promessa di vendita, nascesse dallo scontro fra due diversi principi, entrambi fondamentali nel nostro ordinamento: il principio consensualistico e il principio della libertà contrattuale (Id, *op. ult. cit.*, 155-156 ss.). L'A. evidenzia, dunque, come la nascita del preliminare testimoni l'esigenza di superare le regole codicistiche a favore della libertà privata, al punto di poter parlare di vera e propria «fuga dal consensualismo», cfr., Id, *op. ult. cit.*, 12 ss.

⁵⁶ In proposito si osserva che, in realtà, non si trattava della scelta fra due diversi istituti, quello francese e quello tedesco: i due diversi orientamenti che si svilupparono in Italia intorno alla figura della promessa di vendita non risultavano, invero, sovrapponibili. I due orientamenti richiamati, infatti, prendevano in considerazione il fenomeno sotto profili differenti: da un lato, la dottrina fedele al modello francese, equiparava la promessa di vendere alla vendita definitiva; dall'altro, gli autori che seguivano il modello tedesco, guardavano al contratto preliminare come categoria autonoma. Gli ambienti culturali da cui derivavano queste opposte tendenze erano profondamente diversi: in quello francese il contratto era legato alla produzione dell'effetto reale; in quello tedesco, invece, si privilegiava la tendenza all'astrazione e si discuteva sulla compatibilità di un atto dovuto rispetto alla categoria dell'atto negoziale; in proposito, cfr. MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 167-168.

trovava la propria *ratio* nell'essere, tale principio, già implicito nel nostro ordinamento, e quindi tale da non necessitare di alcuna espressa previsione⁵⁷.

Di conseguenza, si affermava l'impossibilità di ammettere un accordo già perfetto di tutti gli elementi essenziali e che, tuttavia, rinviasse, ad un momento successivo, la produzione degli effetti traslativi⁵⁸.

Diversamente, altri orientamenti non tardarono a sostenere che, a fronte della mancata riproduzione del principio consensualistico, non vi fossero ostacoli ad ammettere la legittimità di un contratto che obbligasse alla conclusione di un successivo contratto⁵⁹.

Le difficoltà che in un primo momento impedivano il riconoscimento del contratto preliminare, trovavano, dunque, la loro ragion d'essere, nel riferimento specifico ai principi dettati in materia di vendita dal Codice del 1865. Ed è proprio per questo motivo che tali difficoltà vennero superate solo nel momento in cui si diffuse la concezione del preliminare quale contratto mediante il quale «*le parti si obbligano a concludere un ulteriore contratto già interamente determinato nei suoi elementi essenziali*⁶⁰»; inoltre, in quanto categoria generale, esso sarebbe suscettibile di precedere qualsiasi tipo contrattuale⁶¹.

⁵⁷ In giurisprudenza *ex multis*, Cass. Napoli, 2 ottobre 1909, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 130 ss.: «*La promessa di vendita equivale senza dubbio ad una vera vendita ogni volta che contenga gli elementi insiti all'assenza del contratto*».

⁵⁸ In particolare, l'orientamento che negava la possibilità di distinguere la promessa di vendita dalla vendita, fondava la propria interpretazione del silenzio serbato dal legislatore sui principi generali dell'ordinamento, di cui agli artt. 1125 e 1148 c.c. abr., i quali si ritenevano espressione del principio consensualistico; per un approfondimento in merito alla posizione della giurisprudenza contraria all'autonoma configurabilità della promessa di vendita, cfr., DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 22 ss.

⁵⁹ CUTURI T., *Della vendita, della cessione e della permuta*, Napoli-Torino, rist. 2° ed., 1923, 75 ss.; il quale evidenziava come il rinvio ai principi generali operato dal legislatore avrebbe dovuto, in realtà, condurre all'indagine della comune intenzione dei contraenti. Inoltre, occorre riconoscere all'A. il tentativo di distinguere tra il consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo, da quello sul trasferimento della proprietà; solo in quest'ultimo caso infatti si sarebbe di fronte ad una vendita definitiva, ove nel primo caso sorgerebbe solamente un obbligo di prestare un futuro consenso al trasferimento della proprietà.

⁶⁰ La definizione si deve a COVIELLO L., cfr., tra gli altri, Id., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur. it.*, vol. III, parte III, sez. II, Milano, 1902, 68 ss.

⁶¹ Per tali osservazioni, cfr., DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit.,

Negli anni successivi, si ebbe, infatti, una decisiva inversione di rotta⁶², che portò ad abbandonare il modello francese e, dunque, l'equiparazione della promessa di vendita alla vendita definitiva, in luogo del modello tedesco, con conseguente riconoscimento dell'autonomia del contratto preliminare⁶³.

Le ragioni di una simile scelta, lungi dall'essere frutto di «*una mera moda dettata dalle influenze culturali del tempo*»⁶⁴, devono essere individuate

26 ss., la quale evidenzia come proprio la configurazione del contratto preliminare quale contratto che «obbliga a contrarre», consentì di riconoscere, senza derogare al principio consensualistico, autonoma rilevanza causale a quell'accordo che consente di attuare, sotto il profilo esecutivo, la scissione tra effetti obbligatori ed effetti reali.

⁶² Evidenziano il passaggio dal modello francese a quello tedesco che si verificò tra la fine dell'800 e i primi anni del '900, tra gli altri, ALABISO V. A., *Il contratto preliminare*, cit., 14; Non si è, tuttavia, trattato del susseguirsi di due prospettive contrapposte di uno stesso fenomeno, ma dell'affermarsi di modelli semplicemente differenti; ciò in quanto, come detto, l'orientamento tedesco e quello francese, non erano perfettamente sovrapponibili. Di conseguenza, mentre l'orientamento fedele alla scelta francese, equiparava la promessa di vendita alla vendita definitiva, l'orientamento che abbracciava il modello tedesco considerava il contratto preliminare quale categoria autonoma; cfr., al riguardo, le osservazioni di MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 167.

⁶³ Si abbandona così, almeno a livello teorico, la figura della promessa di vendita per ammettere, più in generale, la figura del contratto preliminare. Un primo importante contributo rivolto a negare l'affermazione del principio consensualistico, si deve a COVIELLO L. (sul punto, cfr. MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 166; ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 13 ss.), il quale fu il primo a parlare di «contratto preliminare» (invero, si evidenzia come l'espressione fosse usata anche anteriormente alla monografia di Coviello; cfr. ALABISO A., *op. cit.*, 13, nota 43), definendolo come quel contratto che obbliga a concludere «un ulteriore contratto già interamente determinato nei suoi elementi essenziali». La giurisprudenza accolse la soluzione proposta solo in un momento successivo, ma, mentre la dottrina considerò fin da subito il contratto preliminare quale categoria astratta e generale, distinta dalla promessa di vendita, le prime decisioni in materia rimasero ancorate al binomio promessa di vendita-vendita definitiva, rispetto alle quali, tuttavia, per la prima volta si affermava l'autonomia in nome del principio della libertà contrattuale; in altri termini, la giurisprudenza non negò l'inderogabilità del principio del consenso traslativo, ma semplicemente lo evitò attraverso il riconoscimento della rilevanza della volontà contrattuale, *ex multis*, Cass. Roma, 28 novembre 1921, in *Foro it.*, 1922, I, 97 ss.; Cass., 17 dicembre 1923, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 78, la quale viene in particolare identificata come la decisione che segna il *revirement* giurisprudenziale in materia; Cass. 17 dicembre 1923, in *Giur. it.* 1924, I, 1; 78; Cass. Regno, 17 gennaio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 146 ss., ove si evidenzia come la promessa di vendita, a differenza della vendita, contenga soltanto un'obbligazione dei contraenti a prestare un successivo consenso al trasferimento della proprietà; per tali considerazioni cfr. DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 21 ss.; MUSTARI M., *op. cit.*, 181.

⁶⁴ Così, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 169, la quale, in particolare, nega l'opinione di quanti ritengono di poter ravvisare, nell'introduzione del contratto preliminare nel nostro ordinamento, un «*generale fenomeno di mera ripetizione di esperienze giuridiche straniere*», cfr. p. 179, *op. cit.*;

nell'esigenza di tutelare e giustificare, anche sotto il profilo normativo, una prassi diffusa nel mercato edilizio dell'epoca⁶⁵.

Il progressivo riconoscimento del contratto preliminare – che al pari del *Vorvertrag* tedesco⁶⁶, rappresentava una categoria autonoma e perfetta, distinta dal contratto definitivo, nonché lontana dal binomio promessa di vendere-vendita definitiva – si deve, in particolare, all'esigenza di salvaguardare rilevanti interessi economici, legati, soprattutto, al settore delle compravendite

il riferimento è in particolare a COTTURRI G., *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica. II. Un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, cit., 303, secondo il quale la nascita del contratto preliminare nel nostro ordinamento sarebbe manifestazione di un fenomeno di mera ripetizione «nominalistica» di fattispecie nate in altri contesti giuridici. Esclude che si tratti di mera ripetizione di mode culturali straniere altresì, SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 9; BIANCA C. M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, 139, il quale evidenzia come la dottrina italiana dell'inizio del secolo scorso fosse diretta al perseguimento di determinati scopi pratici, derivanti dall'esigenza di superare gli ostacoli dell'immediatezza e della staticità che del principio consensualistico.

⁶⁵ In proposito, non è un caso che uno dei primi giuristi che per primo tentò di introdurre la figura del contratto preliminare nel nostro ordinamento si occupasse anche della pratica del foro e fosse pertanto certamente più attento alle esigenze dei rapporti commerciali (lo stesso A. afferma che l'ammissibilità del contratto preliminare è diretta conseguenza del «vivo interesse pratico» delle parti a non impegnarsi immediatamente, cfr. COVIELLO L., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur. it.*, Milano, 1902, 68); per simili osservazioni si rinvia, per un approfondimento, a MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 171 ss.; sul punto cfr. altresì GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 1 ss., il quale evidenzia come l'introduzione del contratto preliminare si fosse resa necessaria al fine di rispondere alle esigenze derivanti dai traffici commerciali e, ancor prima, per poter riparare i danni provocati da precedenti scelte ideologiche.

⁶⁶ Occorre nondimeno osservare come, nonostante il contratto preliminare abbia fatto ingresso nel nostro ordinamento in virtù degli insegnamenti provenienti dall'area tedesca, non sia possibile compiere una perfetta sovrapposizione tra la figura che andava diffondendosi nel nostro ordinamento e il *Vorvertrag* tedesco. Per la dottrina tedesca, infatti, il *Vorvertrag* era il contratto preparatorio di un vincolo definitivo che non consentiva ripensamenti, a meno che questi non provenissero da entrambe le parti; di contro, il contratto preliminare nel nostro ordinamento (secondo il modello derivante dagli insegnamenti di Coviello) era un contratto sì completo, ma che lasciava spazio al ripensamento anche solo di una parte (a fronte di un mero sacrificio economico); ciò, d'altro canto, conferma come la previsione di questo strumento contrattuale nel nostro ordinamento, risultasse funzionale alle esigenze degli operatori economici dell'epoca; al riguardo, cfr. le osservazioni di MUSTARI M., *op. cit.*, 198; COTTURRI G., *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica II. Un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, cit., 298 ss. L'utilità pratica del contratto preliminare si rinveniva proprio nella possibilità che esso offriva alle parti di riflettere sul rapporto destinato a sorgere, lasciando eventualmente spazio alla possibilità di non addivenire alla stipula del definitivo.

immobiliari⁶⁷, rispetto al quale maggiore era l'esigenza di impiego dell'istituto in esame⁶⁸.

Se, dunque, nell'ordinamento tedesco la figura del contratto preliminare trovò scarsa applicazione, in quanto avrebbe fatto precedere una fase obbligatoria ad un'altra sempre obbligatoria, l'introduzione nel nostro ordinamento di tale strumento contrattuale rispondeva a ben precise esigenze pratiche, consentendo ai contraenti di superare la rigidità della regola consensualistica⁶⁹.

In proposito, proprio l'esame del settore immobiliare consente di affermare – anticipando quanto verrà trattato nel prosieguo – che il contratto preliminare «nasce in Italia come preliminare di vendita ad effetti anticipati»⁷⁰, dal quale derivano, altresì, gli obblighi di pagamento del prezzo e/o di consegna del bene, senza che ciò porti al trasferimento della proprietà. Un simile strumento contrattuale, pertanto, consentiva, all'impresa di ottenere il finanziamento dei lavori senza necessariamente dover ricorrere agli istituti di credito, nonché di poter fermare l'affare, pur in assenza – a quella data – delle necessarie autorizzazioni amministrative per il compimento dell'opera.

⁶⁷ Evidenziano come il contratto preliminare, fin dalla sua introduzione, trovi maggior diffusione nel settore del mercato immobiliare, tra gli altri, CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 35-36; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 9 ss.; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 5 ss.

⁶⁸ MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 177 ss., la quale evidenzia come le ragioni che spinsero la dottrina italiana ad accogliere il modello tedesco, vadano individuate nell'esigenza di favorire gli imprenditori edilizzi dell'epoca, offrendo loro un utile strumento al fine di fermare l'affare in attesa delle necessarie autorizzazioni amministrative, nonché per evitare il ricorso agli istituti di credito per ottenere il finanziamento necessario all'esecuzione dei lavori.

⁶⁹ Evidenzia i diversi contesti in cui si trovarono ad operare la figura del contratto preliminare e quella del *Vorvertrag*, altresì, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 46 ss.

⁷⁰ DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 29; la quale evidenzia come la fattispecie che fece ingresso nel nostro ordinamento avesse in realtà poco in comune con il *Vorvertrag*; e, infatti, sebbene a livello teorico si qualificasse il contratto preliminare come quel contratto che obbliga a contrarre, in occasione delle singole decisioni sottoposte all'esame della giurisprudenza, quest'ultimo venne spesso identificato come quell'accordo che obbliga all'immediato pagamento del prezzo e/o alla consegna del bene ma rinvia l'effetto traslativo ad un successivo atto; condivide simili affermazioni altresì MUSTARI M., *op. cit.*, 178.

3.1. Il contratto preliminare nel codice del 1942.

E' solo con il Codice del 1942⁷¹ che il contratto preliminare ottiene esplicito riconoscimento anche sotto il profilo normativo.

Il Codice tuttavia offre una disciplina piuttosto scarna; la stessa definizione giuridica dell'istituto risulta assente, tanto che, la sua elaborazione è stata rimessa all'autonomia privata e alla giurisprudenza.

Del pari, non è prevista un'esplicita definizione di promessa di vendita. Tuttavia, la distinzione tra promessa di vendere e vendita può ricavarsi dal dettato di cui all'art. 1470 c.c., che, nell'offrire una definizione di vendita, non contiene alcun riferimento all'effetto obbligatorio⁷².

Le uniche disposizioni che, nell'impostazione originaria del codice, regolano il contratto preliminare, sono l'art. 1351 c.c., dedicato alla forma, che dev'essere, a pena di nullità, la stessa che la legge prescrive per il contratto definitivo, e l'art. 2932 c.c.⁷³, relativo all'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto rimasto inadempito. Infine, l'art. 2652, n. 2, c.c., che permette al promissario acquirente di opporre tempestivamente ai terzi la sentenza di accoglimento della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 c.c.*

⁷¹ Invero, si rinviene la prima disciplina in materia nel Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927, il quale si occupava della promessa di vendere e del contratto preliminare; successivamente, il Progetto ministeriale, all'interno del titolo dedicato alla formazione del contratto, introduceva una definizione di carattere generale di contratto preliminare [art. 190, Ministero di Grazia e giustizia, *Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. II, *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Istituto Poligrafico dello Stato – Roma, 1942, anno XX, 57]; tale definizione non è stata riprodotta nel testo definitivo del Libro delle obbligazioni, il quale tuttavia contiene un implicito riferimento alla distinzione tra promessa di vendere e contratto definitivo nell'art. 1740; cfr. ampiamente MUSTARI M., *op. cit.*, 210 ss.

⁷² MUSTARI M., *op. cit.*, 212.

⁷³ In proposito cfr., cap. III, sez. II, § 1.

A questo nucleo essenziale di norme ha fatto seguito, nel 1997 (d.l. 669/1996, convertito in L. n. 30/1997), l'art. 2645 *bis* c.c.⁷⁴, che sancisce, a determinate condizioni, la trascrivibilità del contratto preliminare immobiliare; nonché l'art. 2775 *bis* c.c., il quale riconosce un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare in caso di mancata esecuzione del medesimo.

Successivamente, il legislatore ha introdotto strumenti di tutela più efficaci a favore dei promissari acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, nell'ipotesi di sottoposizione del promittente venditore-costruttore a procedure concorsuali o espropriative⁷⁵.

Anche la giurisprudenza ha svolto un ruolo molto importante rispetto alla regolamentazione del contratto preliminare nel nostro ordinamento e ciò, in particolare, al fine di riconoscere un'adeguata tutela, a favore del promissario acquirente, nell'ipotesi in cui il bene consegnato risulti viziato o privo dei requisiti pattuiti⁷⁶.

A ben vedere, il contratto preliminare e, in particolare, il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, non riceve nel nostro ordinamento

⁷⁴ La possibilità di trascrivere alcuni contratti preliminari, è stata introdotta dall'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con L. 28 febbraio 1997, n. 30; al riguardo, cfr. *infra*, cap. III, sez. II, § 2.

⁷⁵ Invero, sono numerosi gli interventi legislativi che si sono susseguiti nel tempo al fine di colmare una lacuna del nostro ordinamento, rappresentata dalla mancanza di tutela del promissario acquirente, soprattutto del promissario acquirente di immobili, in pendenza di una procedura concorsuale. Si tratta di strumenti che non sempre si sono rivelati realmente efficaci, ma che si caratterizzano per una progressiva intensità della tutela apprestata. Così dopo la previsione della trascrivibilità del contratto preliminare nonché del riconoscimento, a favore del promissario acquirente, di un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del preliminare, il legislatore è intervenuto con il decreto legislativo del 20 giugno 2005, n. 122 (attuativo della legge delega 2 agosto 2004, n. 210), introducendo una serie di disposizioni dirette ad apprestare maggiore tutela a favore del promissario acquirente di immobile da costruire o in corso di costruzione. Tra le novità introdotte può segnalarsi, in particolare, l'obbligo per il costruttore, in caso di stipula di un contratto diretto al trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, di consegnare all'acquirente una fideiussione di importo corrispondente alle somme che sono già state o saranno comunque riscosse dal costruttore prima del trasferimento del diritto reale. A ciò hanno fatto seguito numerose modifiche progressivamente introdotte alla legge fallimentare, dapprima con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito in L. 14 maggio 2005 n. 80), poi con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed infine con il successivo D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (correttivo della riforma della legge fallimentare).

⁷⁶ In proposito, cfr., più ampiamente oltre, cap. III, sez. I.

un'esaustiva specificazione normativa, motivo per il quale appaiono pienamente giustificabili i dubbi interpretativi e applicativi che, ancora oggi, sono al centro di un acceso dibattito.

4. La nascita del fenomeno dell'anticipazione degli effetti.

Come anticipato, il fenomeno dell'anticipata esecuzione, lungi dal porsi quale mera evoluzione della fattispecie «pura», ha rappresentato, fin dal momento in cui la contrattazione preliminare ha fatto il suo «ingresso» nel nostro ordinamento, lo strumento «tipico» del quale le parti iniziarono ad avvalersi per superare l'ostacolo del consenso traslativo.

In particolare, si riconduce la nascita del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati nel nostro ordinamento alla forte crisi che – tra la fine dell'800 e gli inizi del '900 – la seconda rivoluzione industriale ha causato sul settore dell'edilizia abitativa.

In quegli anni, infatti, l'aumento delle aree riservate alle costruzioni industriali comportò una conseguente riduzione degli spazi destinati ad uso abitativo e, dunque, ad un aumento rilevante del loro prezzo.

In questo periodo iniziò a diffondersi la figura dell'imprenditore-costruttore, il quale assumeva direttamente l'incarico dell'edificazione senza l'intermediazione di un'impresa appaltatrice. Per far ciò, tuttavia, il costruttore aveva bisogno di reperire altrove gli ingenti capitali necessari per la realizzazione dell'opera; si tentò, pertanto, di porre rimedio a tale esigenza chiedendo ai promissari acquirenti di anticipare il prezzo convenuto per l'acquisto e ciò, nella maggior parte dei casi, attraverso un pagamento frazionato legato direttamente alla realizzazione dell'opera⁷⁷.

⁷⁷ Collega la nascita della contrattazione preliminare ad effetti anticipati, in particolare, al settore delle compravendite di immobili ad uso abitativo in corso di costruzione, CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 35 ss.; Id., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*.

Ed è proprio nell'esigenza di sostenere gli imprenditori edili che possono essere individuate le ragioni che spinsero la dottrina dell'epoca ad abbandonare la rigida impostazione dettata dal legislatore francese e ad avvicinarsi alla figura del *Vorvertrag* tedesco.

Ancora, proprio il riferimento alle esigenze del settore edilizio, consente di spiegare il motivo per il quale, il dibattito intorno alla figura del contratto preliminare sviluppatosi nel nostro ordinamento, fosse in realtà molto differente rispetto a quello sorto intorno al modello tedesco di riferimento⁷⁸.

Inoltre, in un simile contesto, mentre la dottrina dell'epoca, maggiormente interessata al profilo teorico, tentava di elaborare una figura di contratto preliminare generale, astrattamente idonea – al pari del *Vorvertrag* – a precedere qualsiasi tipo contrattuale, la giurisprudenza – impegnata a risolvere le questioni derivanti dalla realtà dei traffici – si trovò, nella maggior parte dei casi, a dirimere controversie derivanti da una promessa di vendita, quasi sempre accompagnata dal pagamento del prezzo e/o della cosa⁷⁹.

Ed è per questo motivo che, nelle declamazioni giurisprudenziali, il riconoscimento del contratto preliminare procedeva, in un primo momento, inquadrato nella promessa di vendita; quest'ultima, intesa quale accordo che obbliga all'effetto traslativo tramite il compimento di un successivo atto negoziale – spesso subordinato al previo pagamento del prezzo – riuscì ad acquisire autonoma rilevanza rispetto alla vendita, sì da offrire un valido

Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza, cit., 90 ss.; COTTURRI G., *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica II. Un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, cit., 308-309; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 6, il quale evidenzia come il contratto preliminare finisca per trasformarsi in uno strumento di finanziamento a favore dell'impresa; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 176 ss.

⁷⁸ Al riguardo, cfr., quanto detto *sub* nota 66.

⁷⁹ DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 29 ss. Sul punto cfr., altresì, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 178, la quale evidenzia come l'ingresso nel nostro ordinamento del contratto preliminare, quale preliminare di vendita ad effetti anticipati, consenta di dimostrare come, in realtà, il riferimento al modello tedesco del *Vorvertrag* abbia rappresentato una mera «strumentalizzazione», derivante dall'esigenza di sopperire alla mancanza, nel nostro ordinamento, della figura della vendita obbligatoria assimilabile a quella tedesca e austriaca e, in generale, per cercare di aggirare l'ostacolo del consenso traslativo.

schema negoziale ad una prassi tanto diffusa. Inizialmente, dunque, nel contesto delle singole pronunce, la promessa di vendita veniva identificata con quell'accordo che obbliga le parti al pagamento del prezzo e/o alla consegna del bene, finendo, in tal modo, per legittimare accordi finalizzati al mero compimento dell'effetto traslativo, in violazione del principio del consenso traslativo⁸⁰.

Proprio il contratto preliminare, quale accordo che obbliga a concludere un futuro contratto, poteva allora rappresentare lo strumento necessario per garantire il rispetto del principio consensualistico.

La giurisprudenza si trovò, quindi, a dover ricondurre, nell'ambito dello schema della contrattazione preliminare, le fattispecie prima inquadrare all'interno della promessa di vendita.

Si spiega, così, il ricorso alla formula del «contratto preliminare ad effetti anticipati», che avrebbe consentito di ricondurre l'adempimento delle obbligazioni al contratto preliminare, quale anticipata esecuzione delle prestazioni del contratto che le parti si erano obbligate a concludere. Tale formula rappresentò, pertanto, *«il momento di passaggio dalla concezione della promessa di vendita come contratto che obbliga all'effetto traslativo, a quella del preliminare di vendita come accordo che obbliga alla conclusione di un futuro contratto di compravendita»*⁸¹.

Trattasi, tuttavia, di una formula «impropria», la quale fa riferimento all'anticipata esecuzione di prestazioni non ancora sorte e che rende evidente le

⁸⁰ La giurisprudenza configurò, dunque, promesse di vendita seguite dalla consegna del bene e/o dal pagamento del prezzo, intese quale contratto obbligatorio diretto alla conclusione di un ulteriore atto puramente traslativo del diritto. In questo senso, cfr., App. Bologna, 20 gennaio 1938, in *Temi emil.*, 1938, 70, secondo la quale, con la promessa di vendita, distinta dalla vendita, le parti *«oltre ad accordarsi sulla cosa e sul prezzo si limitano ad assumere l'obbligo di trasferire»*; Cass. Regno, 10 gennaio 1931, n. 5, in *Rep. Foro it.*, 1931, voce *Vendita*, 34-36.

⁸¹ Così, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit. 42, la quale, tuttavia, evidenzia come in realtà non vi potesse essere perfetta sovrapposizione del contratto preliminare con la promessa di vendita; se, infatti, la promessa di vendita esprimeva una volontà già diretta alla realizzazione dell'effetto traslativo, la funzione tipica del preliminare era, invece, quella di consentire alle parti di riservarsi un'ulteriore possibilità di valutazione dell'affare, nonché – in un momento in cui non era ancora stata introdotta la disciplina di cui all'art. 2932 c.c. – di svincolarsi a fronte di un mero risarcimento del danno.

difficoltà derivanti dal tentativo di conciliare la figura della promessa di vendita – ove la volontà delle parti era già diretta alla realizzazione del rapporto in essa previsto – e la figura del contratto preliminare, con il quale i contraenti, pur volendo vincolarsi immediatamente ad un determinato affare, intendevano al contempo riservarsi un'ulteriore possibilità di valutazione del regolamento di interessi introdotto⁸².

L'espressione *testé* richiamata non ha, pertanto, agevolato i tentativi di ricostruzione della figura in esame, contribuendo, al contrario, ad accrescere i dubbi e, di conseguenza, la varietà di soluzioni interpretative offerte, tanto a livello giurisprudenziale che dottrinale.

⁸² Per tali osservazioni cfr., DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 42 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO PRELIMINARE C.D. «AD EFFETTI ANTICIPATI» NEL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: Premessa. – 1. Le conseguenze del diverso inquadramento giuridico. – 2. Gli effetti anticipati nel pensiero giurisprudenziale. – 2.1. ...e in quello dottrinale. – 2.1.1. *Pactum de contrahendo*. – 2.1.2. Obbligo di dare e atto traslativo *solvendi causa*. – 2.1.3. Contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita. – 2.1.4. Negozio di configurazione. – 2.1.5. Contratto atipico. – 3. L'orientamento delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930). – 3.1. La posizione della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla ricostruzione del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati quale ipotesi di collegamento negoziale.

Premessa.

La legittimità del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati non è oggi messa in discussione⁸³, cionondimeno, rimangono aperte numerose

⁸³ La stessa Corte di Cassazione ha, nel tempo, ammesso questa figura, cfr., tra le altre, Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669 ss.: «*l'anticipazione della consegna, come l'anticipato pagamento del prezzo, (...) è in perfetta coerenza con la regola generale che riconosce alle parti la più ampia libertà nella predisposizione del contenuto negoziale*»; VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 519-520, il quale sottolinea come non si possa dubitare della legittimità di tale figura negoziale, in quanto risponde ad evidenti interessi meritevoli di tutela; in merito agli interessi dei contraenti che il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati è in grado di soddisfare, cfr., ampiamente, *supra*, cap. I § 1.

questioni tutt'altro che marginali. Invero, numerosi e non ancora sopiti sono stati i dibattiti attorno alla natura giuridica di questa fattispecie negoziale.⁸⁴

In particolare, tra i diversi interrogativi che la ricostruzione di tale strumento contrattuale solleva abbiamo:

A) esatto inquadramento dell'istituto;

B) strettamente connessi alla precedente, gli strumenti di tutela dei contraenti, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di concludere il successivo contratto, nonché i rimedi riconosciuti al promissario acquirente nell'ipotesi di vizi o mancanza di qualità del bene consegnato;

C) qualificazione giuridica del potere del promissario acquirente rispetto al bene anticipatamente consegnatogli.

1. Le conseguenze del diverso inquadramento giuridico.

Le diverse denominazioni che, nel corso del tempo, sono state utilizzate dalla giurisprudenza per richiamare la figura negoziale in esame, caratterizzata – in occasione della stipulazione del contratto preliminare ovvero, ad ogni modo, in un momento precedente all'accordo definitivo – dall'anticipata esecuzione delle prestazioni tipiche del contratto definitivo, rappresentano una semplice sintesi terminologica con funzione meramente descrittiva della fattispecie, le quali, tuttavia, non offrono uno strumento utile ai fini della ricostruzione in termini giuridici⁸⁵.

L'anticipata esecuzione delle prestazioni oggetto del definitivo ha, d'altro canto, portato giurisprudenza e dottrina ad interrogarsi sull'incerta morfologia della figura e, dunque, sull'esatto inquadramento giuridico del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati.

⁸⁴ TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, cit., 189 ss.

⁸⁵ In senso critico, cfr. DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 12 ss.

Le differenti posizioni assunte⁸⁶, lungi dal porsi quale mera diatriba teorica, rivestono, in realtà, un notevole rilievo pratico⁸⁷.

Il collegamento che si voglia riconoscere tra la fattispecie complessa e il preliminare c.d. puro, incide, infatti, in primo luogo, sulla disciplina applicabile al primo, e, in particolare, sulla possibilità di estendere le diverse soluzioni adottate con riferimento alla fattispecie tradizionale.

Ancora, la ricostruzione del rapporto intercorrente tra preliminare e definitivo è destinata, altresì, ad incidere sulla disciplina dell'invalidità del contratto preliminare e delle sue conseguenze sulla validità del definitivo assetto di interessi⁸⁸.

Infine, la diversa ricostruzione della fattispecie in esame, si ripercuote, inevitabilmente, sulla qualificazione della posizione del promissario acquirente che sia stato immesso anticipatamente nel godimento della *res*.

2. Gli effetti anticipati nel pensiero giurisprudenziale.

Inizialmente, più che la dottrina, è stata la giurisprudenza ad occuparsi di tale figura⁸⁹.

⁸⁶ Per una puntuale ricostruzione delle opinioni espresse in merito alla natura giuridica del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, cfr., tra gli altri, DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 66 ss.;

⁸⁷ VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 520 e 523, il quale evidenzia come la corretta ricostruzione della fattispecie in esame non riguardi solamente il coordinamento con l'istituto del contratto preliminare, ma investa, altresì, profili fondamentali del diritto privato, quali il principio consensualistico e la centralità della causa, oltreché il problema dell'individuazione dei rimedi concessi al promissario acquirente, nell'ipotesi in cui il bene, anticipatamente consegnato, risulti affetto da vizi.

⁸⁸ DE RADA D., *Il contratto preliminare di diritti reali immobiliari*, Torino, 2010, 14 ss.

⁸⁹ Cass. Regno, 10 luglio 1929, n. 2681, cit.; altri esempi di pronunce che si sono occupate del tema si rinvencono in Cass., 12 marzo 1942, n. 673, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce «Vendita», 31; per un'ampia ricostruzione cfr. GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, in *Notariato*, 2008, 4, 385 ss.; sottolinea l'iniziale indifferenza da parte della dottrina nei confronti di tale fattispecie negoziale, GABRIELLI E., *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. Dir. comm.*, 1986, II, 314; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 5, il quale osserva che il motivo per il quale della fattispecie negoziale in esame se ne sia occupata

Le prime pronunce in materia erano, tuttavia, contrarie all'ammissibilità del contratto preliminare che prevede l'anticipazione di alcune prestazioni proprie del definitivo⁹⁰, al punto che, un simile accordo, è stato a volte ricostruito in termini di vendita definitiva⁹¹, ovvero come contratto misto formato da elementi del preliminare e della vendita⁹²; altre volte ancora, l'obbligazione di consegna del bene è stata, invece, ricondotta alla figura della locazione, ritenuta, pertanto, compatibile con il contratto preliminare⁹³ o, ancora, è stata qualificata ricorrendo alla figura della concessione precaria⁹⁴.

Solo in un secondo momento, dunque, la giurisprudenza ha iniziato a ritenere compatibili con lo schema causale del contratto preliminare l'esecuzione di determinate prestazioni tipiche del contratto definitivo⁹⁵; e ciò, in quanto, la presenza di obbligazioni accessorie non esclude che il verificarsi dell'effetto traslativo resti subordinato alla conclusione di un successivo negozio definitivo⁹⁶.

prima la giurisprudenza che la dottrina, sia dovuto al fatto che si trattava di una figura lontana rispetto agli schemi codicistici o, perlomeno, dall'istituto che la dottrina e la giurisprudenza – basandosi sulle indicazioni legislative contenute nelle disposizioni di cui agli artt. 1351 e 2932 c.c. – avevano delineato; tali fattispecie, dunque, non potevano essere esaminate in astratto dalla dottrina, ma sono state, invece, oggetto di esame caso per caso da parte dei giudici. L'iniziale silenzio della dottrina, è stato da qualche autore, altresì, interpretato nel senso che una simile fattispecie non sollevasse alcun dubbio, potendo di fatto essere facilmente risolta in base all'esame dell'effettiva volontà delle parti; così, CAMPAGNOLI G., *In tema di contratto preliminare di vendita*, in *Dir. giur.*, 1953, I, 207-208.

⁹⁰ Per una precisa ricostruzione delle diverse soluzioni inizialmente offerte dalla giurisprudenza con riferimento alla fattispecie in esame, cfr., ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 441 ss.

⁹¹ Cass. Sez. Un., 8 ottobre 1925, in *Monit. Trib.*, 1926, 455; Cass., 3 agosto 1933, in *Monit. Trib.*, 1933, 819.

⁹² Cass., 3 settembre 1947, n. 1561, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 640, 433.

⁹³ Cass., 16 gennaio 1942, n. 131, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Vendita*, 10, 29.

⁹⁴ Cass. Regno, 10 luglio 1929, n. 2681, cit.

⁹⁵ Cass., 1 dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it.*, 1963, I, 1, 1475 ss.; Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, cit.; Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, in *Rep. Foro it.*, 1977, II, voce *Vendita*, 92; Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, cit.; Cass., 5 novembre 1980, n. 5940, in *Rep. Foro it.*, 1980, I, voce *Contratto in genere*, 121-122; Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 126.

⁹⁶ Una simile conclusione appare oggi ancor più corretta, alla luce delle più recenti ricostruzioni offerte dalla giurisprudenza in merito alla figura del contratto preliminare; quest'ultima, ha, infatti, nel tempo ammesso che dal preliminare deriverebbe, oltre all'obbligo di concludere il definitivo (*pactum de contrahendo*), l'obbligo, immediato, di eseguire tutte quelle attività necessarie per garantire la conformità del definitivo assetto di interessi a quanto in precedenza pattuito. In questo senso, cfr., tra le altre, Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; Cass.

Ammessa, dunque, la compatibilità della consegna anticipata del bene e/o del pagamento del prezzo con il contratto preliminare, la giurisprudenza ha, tuttavia, a lungo oscillato nell'individuare la fonte dell'esecuzione anticipata di tali prestazioni.

In particolare, secondo un orientamento inizialmente prevalente, la fonte dell'anticipata esecuzione delle prestazioni doveva essere individuata nel contratto definitivo⁹⁷.

Successivamente, non riuscendo a giustificare la possibilità dell'esecuzione di un'obbligazione non ancora sorta, le Corti hanno iniziato a ricondurre le clausole di anticipazione degli effetti del definitivo al contratto preliminare⁹⁸, del quale costituirebbero delle obbligazioni aggiuntive.

Ad ogni modo, in un primo momento le Corti si sono occupate delle clausole di anticipazione degli effetti soprattutto in funzione della loro incidenza sulla qualificazione della fattispecie negoziale, ossia, con riferimento alla questione in merito alla possibilità di individuare, nel primo accordo, un contratto preliminare ovvero un vero e proprio contratto definitivo, mentre raramente si sono preoccupate di fornire precise giustificazioni del fenomeno e, in particolare, delle conseguenze in merito all'inadempimento degli obblighi riguardanti l'anticipata consegna del bene e/o del pagamento del prezzo.

Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *I Contratti*, 2006, 11, 975. In proposito v., ampiamente oltre, *sub cap.* III, sez. I. Con riferimento alla compatibilità delle obbligazioni accessorie con lo schema causale del preliminare, è, tuttavia, possibile individuare alcune decisioni che si sono orientate in senso opposto, individuando nella fattispecie un'ipotesi di vendita definitiva; in questo senso, *ex multis*, App., Venezia, 7 maggio 1947, in *Temì*, 1947, 528.

⁹⁷ Cass., 30 dicembre 1968, n. 4090, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 666 ss.; a questo primo orientamento può, invero, ricondursi la formula usata per identificare la fattispecie in esame di «contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati» (del definitivo); formula che, tuttavia, deve ritenersi impropria per le ragioni che verranno esposte nel prosieguo della trattazione.

⁹⁸ Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, cit., ove si evidenzia come non sia possibile ravvisare, nella consegna del bene e nel pagamento del prezzo, un'anticipata esecuzione di prestazioni derivanti dal contratto definitivo ancora non concluso; Cass. 11 agosto 1982, n. 4562, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Vendita*, 15; MUSTARI M., *op. cit.*, 352 ss.; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 43.

2.1. ...e in quella dottrinale.

Anche la dottrina si è dimostrata ampiamente divisa rispetto alla qualificazione del fenomeno.

2.1.1. *PACTUM DE CONTRAHENDO*.

Secondo un primo orientamento, l'anticipata consegna del bene e/o corresponsione del prezzo, non sarebbe di per sé idonea ad escludere la presenza di un contratto preliminare: poiché l'unica distinzione tra contratto preliminare puro e complesso risiede nel fatto che, nel primo caso, l'esecuzione della prestazione è rinviata alla stipulazione del definitivo ove, nel preliminare ad effetti anticipati, l'esecuzione si realizza immediatamente, entrambe le fattispecie possono ricondursi al medesimo tipo negoziale⁹⁹.

⁹⁹ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 15 aprile 1982, n. 2268, in *Rep. Foro it.*, 1982, II, voce *Vendita*, 13; Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1553, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 264; Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, in *Banche dati De Jure*; Cass., 14 novembre 2006, n. 24290, in *Contratti*, 2007, 6, 578; Trib. Avellino, 14 luglio 1952, in *Dir. giur.*, 1953, 204 ss., ove si afferma espressamente la compatibilità del contratto preliminare con l'esecuzione anticipata delle prestazioni; in particolare, si legge che: «*se è esatto ritenere che una tale obbligazione (l'anticipata consegna del bene) esula di regola da un semplice negozio preliminare, nulla osta peraltro che la libertà di determinazione delle parti disciplini la convenzione con talune clausole minori divergenti dalla normativa fissata dal legislatore, senza peraltro alterarne la valutazione generale e complessiva che del negozio dev'essere fatta per trarre la definizione della sua natura. (...), d'altro canto, la causa del negozio giuridico dev'essere individuata al lume della sua funzione e non già desunta dalle clausole di deroga della disciplina fissata dal legislatore*»; in dottrina, cfr., tra gli altri, CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1127; DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, cit., 623 ss.; PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. Not.*, 5, 2001, 1089 ss.; UGOLINI S., *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, cit., 91 ss.; TOSCHI VESPASIANI F., *Il contratto preliminare. L'obbligo di dare ed i limiti di cumulabilità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. Civ.*, 2007, 10, 792 ss.; SERENI C., *Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*, in *Notariato*, 2, 2005, 176 ss.; ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, cit., 73 ss.; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 170 ss.; Id., *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1987, 415 ss.; ROPPO V., *Il contratto*, cit., 619; MORELLI P., *Impugnazione giudiziale del preliminare di compravendita*, cit., 334; CAMPAGNOLI G., *In tema di contratto preliminare di vendita*, cit., 208 ss., secondo il quale, se la vendita definitiva e la promessa di vendita si distinguono, in

L'anticipata esecuzione delle prestazioni, dunque, non è di per sé idonea ad incidere sulla causa del negozio, che rimarrebbe sempre quella di concludere il contratto definitivo. In altre parole, tale filone di pensiero afferma che, l'adempimento di tali prestazioni, in quanto connesse all'obbligo principale (consistente nel prestare il consenso alla conclusione del successivo negozio), configurerebbe una mera anticipazione di prestazioni finali già assunte con l'obbligo a contrarre.

All'interno di questo orientamento, tuttavia, troviamo alcuni autori che distinguono a seconda che le parti si siano obbligate ad anticipare l'integrale esecuzione delle prestazioni e, dunque, alla completa attuazione del rapporto finale in un momento precedente alla conclusione dell'accordo definitivo, dalle ipotesi in cui, le parti abbiano previsto di anticipare solo parzialmente l'esecuzione delle prestazioni. Nel primo caso, infatti, il contratto preliminare si porrebbe esso stesso quale definitivo, con la conseguenza che il successivo accordo rappresenterebbe una mera attività di ripetizione del contratto definitivo già concluso¹⁰⁰.

quanto, nella prima, è essenziale la volontà delle parti al trasferimento del diritto (anche ad effetti differiti), mentre nella seconda, ciò che la caratterizza, è la volontà diretta, non al trasferimento, ma unicamente alla stipulazione del futuro contratto di vendita, allora «*non v'è chi non veda come la consegna della cosa e il pagamento del prezzo non possano distruggere l'efficacia della volontà, e far considerare come già voluto ciò che le parti si propongono di volere solo in un momento successivo*». In altre parole, secondo l'A., ciò che conta è verificare se, nel caso concreto, la volontà dei contraenti fosse diretta a vendere ovvero semplicemente ad assumere un'obbligazione di vendere in futuro; mentre nessuna rilevanza assume l'anticipata esecuzione delle prestazioni proprie della vendita definitiva, giacché, queste ultime, non risultano da sole idonee a dar luogo ad una valida vendita, se non risulta una precisa volontà a ciò diretta.

¹⁰⁰ BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Milano, 2° ed., 2000, 186, secondo l'A., solo la parziale anticipazione delle prestazioni sarebbe compatibile con il contratto preliminare; diversamente, si sarà in presenza di un vero e proprio contratto definitivo. In particolare, secondo quest'ultimo, mentre nell'accordo con cui le parti si siano obbligate a stipulare un successivo contratto definitivo, senza prevedere l'anticipata esecuzione delle prestazioni, ovvero prevedendo solo un'esecuzione parziale delle stesse, il successivo contratto dovrà ritenersi la fonte di tutti gli effetti sia obbligatori che reali e non, dunque, una mera ripetizione del contratto preliminare; di contro, ove le parti abbiano previsto di anticipare integralmente l'esecuzione delle prestazioni, l'accordo dovrà essere qualificato come un vero e proprio contratto definitivo, in quanto l'intento delle parti è già rivolto al trasferimento del diritto, mentre, nel successivo contratto, dev'essere, invece, ravvisata una mera attività di ripetizione; GABRIELLI G., *Contratto preliminare*, (*Riv. dir. civ.*) cit., 439, il quale sembrerebbe, da ultimo, confermare la tesi che individua nell'anticipata esecuzione integrale delle prestazioni un diverso tipo di accordo; CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra*

In senso critico rispetto all'opinione testé richiamata, si è posto l'accento, non solo sulle profonde differenze, tanto strutturali che funzionali, che caratterizzano il preliminare «puro» e quello «complesso» ma, altresì, sulla disciplina del contratto preliminare che, al di là dell'obbligo formale di cui all'art. 1351 c.c., regola, all'art. 2932 c.c., esclusivamente l'ipotesi della mancata prestazione del consenso. Di conseguenza, deve ritenersi che effetti diversi dal sorgere dell'obbligo di prestare il consenso alla futura conclusione del contratto definitivo, esulino dalla funzione propria del preliminare¹⁰¹.

Parzialmente diversa è, invece, quell'opinione che qualifica la fattispecie del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati come un contratto tipico con clausola atipica, la quale manterrebbe immutata la causa del negozio a fronte di una parziale modifica di taluni effetti¹⁰²; tale clausola andrebbe, pertanto, ad arricchire il contenuto del preliminare, prevedendo un'obbligazione aggiuntiva – rispetto all'obbligo di concludere un successivo contratto – che non trova la propria fonte nel definitivo, ma nel preliminare.

Una differenza molto importante tra la tesi da ultimo illustrata e quella che individua, nelle prestazioni oggetto di immediata esecuzione, un'anticipazione degli effetti del definitivo, è data dalla circostanza che, seguendo la prima impostazione, non vi sarebbe, di fatto, alcuna anticipazione

collegamento negoziale e atipicità, cit., 545, secondo il quale, l'integrale anticipata esecuzione delle prestazioni, dovrebbe interpretarsi nel senso che le parti hanno voluto concludere un contratto definitivo; *contra*, tra gli altri, ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, cit., 73 ss., secondo il quale, il contratto preliminare può mantenere la propria funzione, anche nell'ipotesi di totale anticipazione degli effetti del definitivo; ciò che conta è, invece, l'indagine circa l'effettiva volontà delle parti, ossia sarà necessario verificare se le medesime intendessero trasferire immediatamente la titolarità del diritto, ovvero semplicemente anticipare gli effetti del definitivo.

¹⁰¹ In questo senso, CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, 3, 1014-1015; LENER A., *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, I, 669 ss.; CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, cit., 81 ss.; Id., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 29 ss.; GIORGIANNI M., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 68;

¹⁰² TIMPANO E., *Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, cit., 1092; GUGLIELMO R., *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, in *Riv. Not.*, 1988, II, 679-680.

degli effetti in senso giuridico: è solo, infatti, da un punto di vista meramente economico che tali prestazioni risultano idonee a produrre degli effetti simili a quelli conseguenti alla stipula del contratto definitivo.

Alla ricostruzione testé richiamata sembra potersi ricondurre quella offerta da altra autorevole dottrina¹⁰³, secondo la quale l'espressione «contratto preliminare ad effetti anticipati» andrebbe intesa in senso economico e non giuridico: si tratterebbe, pertanto, di un ordinario preliminare al quale si aggiungono pattuizioni provvisorie, destinate a regolare la fase intermedia. Si ritiene, pertanto, che attraverso l'anticipata esecuzione delle prestazioni «*come se*» le parti convenissero, accanto al contratto preliminare, un contratto di mutuo gratuito e di comodato¹⁰⁴, al fine di consentire, alla controparte, di disporre di una somma e di lucrare gli interessi, ovvero di godere anticipatamente della cosa, salvo, in entrambi i casi, l'obbligo di restituzione, in caso di mancata esecuzione del preliminare. In assenza di un titolo traslativo, tali attribuzioni provvisorie assumerebbero mera natura obbligatoria, mediante le quali, le parti si obbligano a non ripetere le prestazioni già eseguite. A seguito della stipula del contratto definitivo, si realizzerebbe, con riferimento alla restituzione degli importi già corrisposti, una compensazione con quanto dovuto a titolo di prezzo, mentre in relazione al bene si verificherebbe la *traditio brevi manu* e, dunque, muterebbe solamente il titolo della materiale disponibilità da parte del promissario acquirente. Pertanto, secondo tale impostazione, il contratto preliminare ad effetti anticipati non rappresenterebbe un'ipotesi di contratto atipico o complesso, piuttosto, in tale fattispecie negoziale, è possibile ravvisare un ordinario preliminare, cui si aggiunge una pattuizione destinata a regolare la fase intermedia.

¹⁰³ GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. notariato*, 2001, 3, 723 ss.

¹⁰⁴ Che consentono, rispettivamente, al promittente venditore di poter disporre della somma di danaro, lucrandone i frutti e senza dover pagare alcun interesse per il prestito e, al promissario acquirente, di godere dell'immobile a titolo gratuito (salvo la pattuizione di un maggior corrispettivo per l'acquisto).

Alla luce di ciò, se si vuole utilizzare il termine «effetti anticipati» (del definitivo), è necessario chiarire che ciò, è vero, solo sotto un profilo economico e non giuridico; ciò, in quanto, non essendosi verificato l'effetto traslativo, le attribuzioni poste in essere dai promittenti si giustificano in termini meramente obbligatori.

2.1.2. OBBLIGO DI DARE E ATTO TRASLATIVO *SOLVENDI CAUSA*.

Un secondo orientamento, svalutando il ruolo del definitivo, ha ravvisato nel contratto preliminare l'unica fonte delle attribuzioni patrimoniali¹⁰⁵.

Il contratto definitivo rappresenterebbe, pertanto, un mero atto esecutivo, ossia un comportamento dovuto, il cui contenuto è già predeterminato dal preliminare. In particolare, si pone l'accento, tanto sulla circostanza che il contratto definitivo possa essere sostituito da una sentenza che tenga conto del consenso non prestato, quanto sulla disciplina di cui all'art.

¹⁰⁵ A sostegno di tale orientamento, si è, altresì, posto l'accento sulle condizioni alle quali, il secondo comma dell'art. 2932 c.c., subordina l'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre avente ad oggetto contratti traslativi. Quest'ultima norma – riprendendo la formulazione di cui all'art. 1736 c.c. – condiziona l'accoglimento della domanda all'esecuzione della prestazione da parte dell'altro contraente o, quanto meno, alla sua offerta nei modi stabiliti dalla legge. La disciplina appena richiamata presuppone, dunque, che l'obbligazione di pagare il prezzo sia già esigibile, cosicché la sua fonte non potrebbe che essere rinvenuta che nel contratto preliminare; tali considerazioni, dunque, conducono a ravvisare un espresso e autonomo riconoscimento normativo della c.d. anticipazione degli effetti; in questo senso, cfr., DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 140 ss. In senso critico, si è, tuttavia, osservato che, sebbene la tesi sopra richiamata abbia avuto il pregio di sottolineare che la prestazione cui è tenuto l'attore, ai sensi del comma 2, dell'art. 2932 c.c., possa derivare da un titolo diverso dalla sentenza costitutiva emessa all'esito del medesimo giudizio (e ciò vale, dunque, in tutte quelle ipotesi in cui la prestazione sia già esigibile), la stessa, tuttavia, non offre alcun elemento utile ai fini della corretta qualificazione della fattispecie; così, CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1016-1017.

1351 c.c. che, imponendo l'osservanza di una particolare forma per la stipula del preliminare, individuerebbe, in quest'ultimo, il vero contratto¹⁰⁶.

Pertanto, secondo l'orientamento da ultimo richiamato, la fattispecie in esame, pur essendo riconducibile alla categoria del contratto preliminare, intesa quale fattispecie dalla quale deriva un obbligo di contrarre, si distinguerebbe rispetto al preliminare c.d. «puro», in quanto, oltre all'obbligo testé richiamato, sarebbe possibile individuare la presenza di una vera e propria obbligazione di dare.

Con il preliminare complesso, le parti non assumerebbero, dunque, un mero obbligo di contrarre ma, altresì, un vero e proprio obbligo di trasferire¹⁰⁷, la cui attuazione sarebbe rimessa al compimento di un atto di «puro trasferimento» del diritto sul bene.

Più precisamente, si afferma che, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di preliminare c.d. puro, ove l'introduzione e l'attuazione del regolamento di interessi fra le parti, è interamente affidato alla stipulazione del successivo accordo definitivo, il quale, pertanto, configurerebbe un contratto causalmente autonomo, al pari di quello posto in essere in via definitiva, la

¹⁰⁶ GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Notariato*, 1997, 45; ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 445 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. 14 marzo 1986, n. 1741, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 673 ss. (il caso sottoposto all'esame della Corte aveva ad oggetto un preliminare di vendita ad effetti anticipati di un bene immobile appartenente solo parzialmente all'alienante); Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Foro it.*, 1988, I, 1606 ss.

¹⁰⁷ Questa impostazione richiama quella di un altro autore, il quale ha sostenuto che dal preliminare deriverebbe non solo un mero obbligo di contrarre, ma anche di trasferire, nel senso che un simile accordo sarebbe produttivo di un vero e proprio diritto alla prestazione che forma oggetto del contratto; così, DI MAJO A., *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 1631 ss.; Id., *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 2, 1997, 131 ss.; secondo l'A., proprio la figura del preliminare «complesso», agevola il «progressivo avvicinamento del contratto preliminare verso un comune contratto traslativo con effetti obbligatori»; in proposito l'A., parla di «normalizzazione» del preliminare, inteso quale possibilità di ricondurlo ad un «normale» contratto fonte di obbligazioni. Tale autore, tuttavia, riconosce nel definitivo un contratto dotato di una propria causa e non un atto di adempimento di un obbligo preesistente. Individua nel preliminare ad esecuzione anticipata la fonte di un'obbligazione di dare in senso «tecnico», altresì, LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, 27 ss.; Id., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso-Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998, 98, ove evidenzia che, a differenza del preliminare c.d. puro, il quale rappresenta un contratto con causa meramente preparatoria, il contratto preliminare ad effetti anticipati sarebbe un contratto con causa «traslativa».

pattuizione «anticipatoria» degli effetti che dovrebbero derivare dal definitivo, andrebbe ad incidere tanto intensamente sul contratto preliminare, da consentire di individuare un diverso tipo di accordo.

In tale prospettiva, il contratto preliminare, lungi dall'essere un mero contratto preparatorio, rappresenterebbe la fonte esclusiva dei diritti e degli obblighi delle parti, mentre, il contratto definitivo, consentirebbe unicamente il verificarsi dell'effetto traslativo¹⁰⁸. Il successivo negozio costituirebbe, pertanto, un mero atto traslativo *solvendi causa* del primo, derivante dall'impegno in precedenza assunto. In questo modo, dunque, si riproporrebbe l'antica scissione tra *titulus e modus acquirendi*, che l'accoglimento del principio consensualistico aveva fatto venir meno¹⁰⁹.

¹⁰⁸ DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 171 ss., la quale, pertanto, ravvisa, nella sequenza derivante dalla fattispecie in esame, un contratto obbligatorio che assolve la funzione di *titulus acquirendi* e un contratto traslativo di adempimento che opererebbe, invece, come *modus acquirendi*, privo di una propria autonoma causa e che, tuttavia, troverebbe idonea giustificazione nel precedente accordo; LENER A., *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 672, secondo il quale, nel contratto preliminare di vendita c.d. ad effetti anticipati, la vendita sarebbe inclusa in un procedimento in cui l'atto traslativo viene compiuto alla fine; quest'ultimo, pertanto, si configurerebbe, come un nudo atto traslativo con causa «esterna». Tuttavia, nella prassi, possono darsi ipotesi in cui le parti rinviando al momento del compimento dell'atto «definitivo», la determinazione di alcuni elementi; in questo caso, l'atto finale non sarebbe meramente traslativo e, tuttavia, non configurerebbe neppure una vendita vera e propria, «bensì il momento negoziale conclusivo di un procedimento che può, se si vuole, definirsi "procedimento di vendita" nel suo insieme»; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 36, il quale condivide l'opinione di quella dottrina secondo la quale, i c.d. «effetti anticipati», sarebbero, in realtà, effetti immediati di un contratto incompleto sul piano procedimentale, mentre la realizzazione della vicenda traslativa sarà affidata ad un atto finale di puro trasferimento del diritto; tuttavia, secondo l'autore, il legislatore, con la disposizione di cui all'art. 2645 bis, comma 2°, c.c., avrebbe riconosciuto alle parti la possibilità di scegliere se concludere la vicenda traslativa con un contratto definitivo ovvero con un atto traslativo con causa esterna.

¹⁰⁹ Con specifico riferimento ai contratti preliminari trascrivibili ex art. 2645 bis c.c., un recente orientamento ha evidenziato come la nuova fattispecie (del preliminare trascrivibile) sembri completare «il lungo iter verso la realtà del preliminare». Se, infatti, il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati è già molto vicino ad un contratto definitivo, lo sarebbe ancor di più il preliminare trascrivibile (che invero è spesso un preliminare con anticipazione degli effetti); in altre parole, si afferma che la trascrizione, rendendo opponibile il preliminare *erga omnes*, consentirebbe di distinguerlo dalla vendita solo per l'assenza dell'effetto traslativo, il quale sembrerebbe essere ormai l'unica funzione del definitivo; cfr. MUSTARI M., *op. cit.*, 267 ss. (in merito a tale orientamento si rinvia a quanto precisato *sub cap. III, sez. III, § 4; contra*, ritiene che la disciplina della trascrizione non abbia alterato le «linee» della tradizionale distinzione tra contratto preliminare e definitivo, se non per un'«accentuazione della valenza

Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, sarebbe, pertanto, la fonte di un'obbligazione di dare (ossia di trasferire), seguito da un atto di «puro trasferimento» *solvendi causa*¹¹⁰ (negoziale o meno a seconda delle diverse ricostruzioni offerte). Il contratto definitivo rappresenterebbe, pertanto, un negozio traslativo «con causa esterna» (o «prestazione traslativa isolata»)¹¹¹,

procedimentale della sequenza preliminare-definitivo», LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 98.

¹¹⁰ In questo senso, tra gli altri, cfr., DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 171, la quale evidenzia come l'anticipata esecuzione delle prestazioni che dovrebbero conseguire al definitivo, «*incide tanto intensamente sull'accordo preliminare da rilevare come elemento caratterizzante di un diverso tipo di accordo*».

¹¹¹ E non, dunque, un negozio astratto, il quale non sarebbe ammesso nel nostro ordinamento. Con riferimento alla figura dell'atto traslativo con «causa esterna», può evidenziarsi come la dottrina tradizionale abbia sempre negato l'ammissibilità dell'obbligazione di dare e del conseguente atto di adempimento (in questo senso, tra gli altri, PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 413 ss.) e, tuttavia, la configurabilità di tale fattispecie sembra ormai essere confermata dalla dottrina più recente (per una ricostruzione del dibattito dottrinale svoltosi in merito alla configurabilità, nel nostro ordinamento, dei c.d. «pagamenti traslativi», cfr., tra gli altri, LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, cit., 6; MATTIANGELI L., *Obbligazione di dare, pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Vita not.*, 2005, 1, 603 ss.; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, 738 ss.). In proposito, può osservarsi come l'ordinamento francese e quello tedesco offrano, come anticipato, soluzioni opposte al problema. Nel sistema francese, si è assistito, infatti, ad una compenetrazione tra atto traslativo e contratto consensuale; di conseguenza, non può, in detto ordinamento, configurarsi un'obbligazione di dare che non sia immediatamente eseguita. L'ordinamento tedesco, invece, non ha accolto il principio consensualistico, ma è rimasto, invece, fedele alla tradizione romanistica; quest'ultimo, dunque, ai fini dell'acquisto della proprietà, ha conservato l'antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, *modus* che è tuttavia rappresentato da un atto traslativo astratto (al riguardo, sembra opportuno evidenziare come parte della dottrina ritenga che, in realtà, nel diritto romano la *traditio* si configurasse come un atto traslativo di carattere causale e non astratto: la causa della *traditio* doveva essere individuata nell'accordo con il quale le parti stabilivano l'affare e determinavano il significato economico della *traditio*; in questo senso cfr., tra gli altri, CANNATA C. A., «*Traditio* causale e «*traditio*» astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di Sacco*, a cura di Cendon P., Milano, 1994, 154; sul punto cfr., altresì, MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., 124), mentre dal *titulus* deriverebbe sempre un'obbligazione di dare. Nel nostro ordinamento, l'ammissibilità di atti traslativi di puro adempimento trovava, specie in passato, un ostacolo, non solo nella regola consensualistica di cui all'art. 1376 c.c., ma, altresì, nel principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali (art. 1325, n. 2 c.c.), per il quale è necessaria una giustificazione causale della vicenda attributiva, che si riteneva potesse consistere in una causa onerosa o liberale risultante dallo stesso contratto. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si afferma tuttavia che, in realtà, il pagamento traslativo, in quanto atto di adempimento dell'obbligo di dare, è un negozio con causa esterna e non un negozio astratto (In questo senso, cfr., tra gli altri, GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 2895; MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, cit., 750; CHIANALE A., *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 246 ss.; PORTALE G. B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. Soc.*, 1970, II, 952 ss.; DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, 174 ss.; MACCARONE G., *Obbligazioni di dare*

e adempimento traslativo, in *Riv. not.*, 1994, 1330 ss.). I negozi con causa esterna, rappresenterebbero, secondo la dottrina che si è occupata del tema, delle figure negoziali in cui la causa, a differenza di quanto accade nei negozi tipici, non sarebbe desumibile dal contenuto dello stesso negozio, ma nel rapporto precedente, laddove la prestazione si presenterebbe, invece, isolata; [in proposito, cfr., altresì, GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, VI, 1960, 570: «Una volta che la «causa» non si confonde col «tipo» negoziale, non può dubitarsi che un idoneo riferimento causale assista il trasferimento attuato dichiaratamente per adempiere un'obbligazione preesistente»). Tale prestazione si ricollegerebbe, dunque, al negozio antecedente dal quale deriva il rapporto obbligatorio, per mezzo della sua espressa menzione, c.d. *expressio causae* (in proposito, mentre la dottrina maggioritaria ritiene che, ai fini della validità della prestazione isolata, sia necessaria l'esistenza del rapporto antecedente, la cui mancanza comporterebbe, pertanto, la nullità dell'atto traslativo; secondo altra parte della dottrina, invece, l'esistenza del rapporto preesistente non inciderebbe sulla validità dell'atto traslativo, quanto sulla conservazione dei suoi effetti; di conseguenza, ove manchi, in concreto, la causa, sarebbe unicamente possibile agire per la ripetizione dell'indebito (per il primo orientamento, cfr. tra gli altri, MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, 3°, Milano, 1994, 204 ss.; LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, cit., 8; per la seconda soluzione, cfr., invece, tra gli altri, GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, cit., 568 ss.]). Diverso è, invece, l'atto traslativo astratto, il quale è privo di qualsivoglia giustificazione causale dell'attribuzione ed è, pertanto, idoneo a produrre effetti reali sulla base di una semplice dichiarazione delle parti, ovvero in seguito al compimento di alcune formalità. Inoltre, con riferimento alla prestazione traslativa con causa esterna, è stato rivalutato il concetto di causa «in senso soggettivo», intesa quale funzione economico-individuale (o causa concreta); diversa, dunque, dalla causa in senso «oggettivo», intesa quale funzione economico-sociale. Così, una volta affermato che la «causa non si confonde con il tipo negoziale» (in quanto la causa attiene al momento valutativo, laddove il titolo fa riferimento al momento qualificatorio-organizzativo; al riguardo cfr., FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, 127 e 249), è stato possibile evidenziare come anche il trasferimento attuato con il dichiarato intento di adempiere un'obbligazione preesistente risulti assistito da un idoneo riferimento causale (cfr., GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, cit., 547 ss.); in proposito cfr., tra gli altri, DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 173 ss., spec. nt. 76 e 81; LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, cit., 8. Con riferimento al problema della contrarietà al principio consensualistico, invece, si ritiene che tale regola sarebbe diretta solamente ad agevolare le parti e non, dunque, a limitare la loro autonomia contrattuale (al riguardo, alcuni autori hanno, altresì, evidenziato come la scissione derivante da tale fattispecie, non rappresenterebbe una deroga al principio consensualistico, il quale sarebbe, dunque, perfettamente rispettato. Inoltre, rispetto alla categoria delle prestazioni isolate, ci si chiede se sia possibile riconoscere a tali fattispecie natura negoziale, stante l'incompatibilità tra doverosità e negoziabilità; al riguardo, la dottrina prevalente ritiene di poter dare risposta positiva (*contra*, tra gli altri, DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 368 ss.; per la soluzione positiva cfr., invece, MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, cit., 735 ss., secondo il quale non sarebbe possibile ravvisare una differenza di contenuto «sostanziale», tra il contratto definitivo e l'atto di trasferimento di adempimento di un obbligo preesistente; la differenza tra l'obbligo di contrarre, derivante dal contratto preliminare, e l'obbligo di porre in essere un trasferimento *solutionis causa*, andrebbe piuttosto individuata con riferimento al profilo causale: mentre l'obbligo derivante dal contratto preliminare ha per oggetto la prestazione del consenso ai fini della conclusione di un contratto causale, con la conseguenza che il contratto definitivo di compravendita determinerà un trasferimento in attuazione della funzione propria della compravendita; l'atto traslativo (atipico) causa un trasferimento che trova la propria ragione giustificatrice nel rapporto precedente) e, tuttavia, non v'è unanimità di opinioni in merito alla struttura negoziale o non negoziale, nonché unilaterale o bilaterale di tale atto (per una ricostruzione dei diversi orientamenti sulla questione testé richiamata, cfr., tra gli altri,

negozio la cui causa andrebbe individuata in un rapporto sottostante che, nel caso di specie, andrebbe individuato nell'obbligazione di «dare», assunta con il contratto preliminare¹¹².

Fra coloro i quali individuano nel definitivo un mero atto esecutivo, si collocano quegli autori che propongono di ricondurre il contratto preliminare al contratto obbligatorio, «*considerando subordinata l'efficacia del negozio già perfetto (il contratto preliminare) al compimento dell'atto dovuto*»¹¹³. Secondo tale orientamento, dunque, il contratto preliminare (in particolare quello «complesso»), sarebbe caratterizzato da un progressivo avvicinamento verso un comune contratto traslativo ad effetti obbligatori. Posto poi, che la vendita costituisce la sede di maggiore applicazione della fattispecie in esame, l'identificazione tra contratto preliminare e vendita obbligatoria sarebbe, in tal modo, inevitabile¹¹⁴.

LUMINOSO A., *op. ult. cit.*, 11 ss.; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 175, nt. 80; MATTIANGELI L., *Obbligazione di dare, pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., 609 ss.; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 13, nt. 15). Può, infine, osservarsi come la dottrina che afferma l'ammissibilità dell'obbligazione di dare nel nostro ordinamento, individui alcune ipotesi, espressamente previste dal legislatore, che sarebbero riconducibili a tale schema, quali, ad esempio, la fattispecie di cui all'art. 1706, comma 2°, c.c. (mandato senza rappresentanza), quella di cui all'art. 2286, comma 3° c.c. (conferimento in società) o, ancora, la figura prevista dall'art. 651, comma 1° c.c. (legato di cosa altrui). La dottrina contraria alla configurabilità dell'obbligazione di dare, ha, invece, tentato di spiegare tali fattispecie ricorrendo alla figura del negozio con efficacia reale differita, ove l'effetto traslativo sarebbe la conseguenza, non di un successivo atto traslativo, ma dell'atto dispositivo precedente, integrato da un elemento esterno non negoziale (così, tra gli altri, PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, cit., 413 ss.).

¹¹² Diverso è, invece, il sistema della vendita obbligatoria propria dell'ordinamento tedesco, ove vige il sistema dell'astrazione. L'astrazione del *modus*, in particolare, fa sì che l'assenza di una valida obbligazione di dare, ossia del *titulus*, non pregiudichi la produzione degli effetti reali, ma consenta solamente all'alienante, non più proprietario, di agire per la ripetizione dell'indebito (una limitazione di tale principio si ha per effetto dell'obbligo, gravante sul pubblico ufficiale abilitato a ricevere il consenso al trasferimento della proprietà (*Auflassung*), di accertare l'esistenza di un valido contratto obbligatorio (§ 925a BGB); tuttavia, l'eventuale inadempimento, non incide sull'efficacia del trasferimento, ma comporta una mera responsabilità disciplinare in capo a quest'ultimo); in proposito cfr., più ampiamente, CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 104 ss. Si osserva, tuttavia, che anche da parte della dottrina tedesca è possibile ravvisare un interesse all'approfondimento della tematica dello *Zweck*, ossia dell'esigenza di un'*expressio causae*, in proposito, cfr., la ricostruzione offerta da NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 92.

¹¹³ RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1982.

¹¹⁴ In senso critico, cfr., PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 37, secondo il quale si tratterebbe di una tesi «estrema».

La soluzione testé riportata è stata, tuttavia, criticata¹¹⁵ sulla base di diverse considerazioni.

a) In primo luogo, ravvisare nel contratto preliminare la fonte di un'obbligazione di dare e, dunque, di un atto dovuto, altererebbe la stessa funzione ad esso attribuita quale strumento di controllo della correttezza delle reciproche prestazioni, nonché delle sopravvenienze¹¹⁶;

b) inoltre, in questo modo, si realizzerebbe un'ingiustificata deroga al principio consensualistico, sul quale si basa, invece, la vendita disciplinata dal nostro ordinamento¹¹⁷;

¹¹⁵ In senso critico, altresì, LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 15 ss., secondo il quale, in particolare, alla configurabilità del contratto preliminare quale vendita obbligatoria, sembra opporsi l'assenza, in quest'ultima fattispecie, dell'effetto immediatamente traslativo che caratterizza, invece, la figura della compravendita accolta nel nostro ordinamento (art. 1470 c.c.).

¹¹⁶ CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1124 ss. In proposito, cfr., tuttavia, le osservazioni di GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 13-14, secondo il quale anche la ricostruzione del preliminare quale fonte di un obbligo di dare, seguito da un atto traslativo compiuto *solvendi causa*, non escluderebbe la funzione, tradizionalmente attribuita alla sequenza preliminare-definitivo, di controllo dei presupposti e delle sopravvenienze, atteso che un simile controllo si giustificerebbe con il potere riconosciuto al creditore di rifiutare un inadempimento inesatto.

¹¹⁷ Invero, la possibilità di una deroga convenzionale al principio del consenso traslativo, pur negata dall'orientamento maggioritario (cfr. tra gli altri, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 96; PALERMO G., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in Luminoso-Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 118), è ammessa da autorevole dottrina, in questo senso, tra gli altri, cfr., SACCO R., *Il contratto*, I, cit., 905 ss., ove si afferma che il consensualismo rappresenterebbe, piuttosto, una «tendenza» e non un «dogma», e la sua relativizzazione nascerebbe anche dalla constatazione che l'art. 1376 c.c. è una norma dispositiva; DELFINI F., *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 2, 187 ss. A sostegno della tesi positiva si evidenzia, in particolare, come nel nostro ordinamento il principio consensualistico incontra dei limiti rispetto a taluni diritti assoluti, contratti, cose, nonché con riferimento ad alcuni effetti del trasferimento. Così, ad esempio, si può notare come ogni deroga alla regola sulla ripetizione dell'indebito consenta di individuare un'ipotesi di trasferimento della proprietà derivante dal pagamento non preceduto da alcun obbligo; ed è ciò che avviene, ad esempio, con l'affermazione dell'irripetibilità del pagamento del debito prescritto di cui all'art. 2940 c.c. Ancora, può evidenziarsi come il consenso non sia sempre sufficiente a realizzare un effetto traslativo opponibile ai terzi. Così, ad esempio, ai fini del trasferimento di una cosa mobile individuata, il mero consenso, pur producendo l'effetto traslativo, non è sufficiente ad impedire l'acquisto da parte del terzo in buona fede, essendo all'uopo altresì necessaria la consegna. Allo stesso modo, ove si tratti di beni immobili, è necessario procedere con la trascrizione al fine di rendere opponibile il proprio acquisto ai terzi aventi causa (in buona o mala fede); CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 690, secondo il quale il principio del consenso traslativo, fa sì che il consenso della parti risulti sufficiente a realizzare l'effetto traslativo, senza necessità di ulteriori atti di disposizione; e, tuttavia, ciò non comporta una limitazione della loro libertà contrattuale, al punto da impedire di distinguere tra un atto che

c) ancora, si è osservato che, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di vendita obbligatoria, nella figura in esame, il bene è già nella disponibilità del promissario acquirente¹¹⁸;

d) infine, un sicuro elemento di distinzione sarebbe costituito dalla circostanza che, mentre nella vendita obbligatoria, il trasferimento della proprietà si produce automaticamente al verificarsi della circostanza voluta e prefigurata dalle parti, il contratto preliminare ad effetti anticipati richiede, invece, la conclusione di un ulteriore contratto affinché si possa verificare l'effetto traslativo¹¹⁹.

obbliga a far acquistare la proprietà e un altro che trasferisce il diritto; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 174, nt. 78; la quale individua nella sequenza preliminare-definitivo, derivante dalla fattispecie del preliminare «complesso», un'espressa deroga al principio consensualistico. Invero, alcuni autori hanno evidenziato come, in realtà, la scissione derivante da una simile ricostruzione, non rappresenterebbe una deroga al principio consensualistico: anche il «negozio con causa esterna», sarebbe, infatti, conforme alla formula «*consenso più causa*», e ciò, in quanto, il principio consensualistico non escluderebbe la possibilità di disporre dell'immediatezza o meno dell'effetto traslativo. In altre parole, non si tratterebbe di una deroga al principio del consenso traslativo, quanto della possibilità di disporre dei tempi della produzione dell'effetto reale; in questo senso, cfr., CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e impr.*, 1998, 572; Id., *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, cit., spec. 135 ss., ove si individuano una serie di ipotesi, quali, ad esempio, la vendita di cosa altrui o la vendita con patto di riservato dominio, le quali rappresentano delle mere modalità in cui può articolarsi il principio consensualistico in ordine all'immediatezza o meno dell'effetto traslativo. In particolare, secondo l'A., le parti potrebbero, sia obbligarsi con un primo contratto, ad un progetto diretto ad un futuro trasferimento della proprietà, sia obbligarsi immediatamente a trasferire la proprietà, la cui concreta realizzazione sia rimessa ad un successivo atto negoziale, stipulato in adempimento dell'obbligo di trasferire sancito nel primo contratto. Tale secondo atto sarà un contratto con causa solutoria esterna, il quale dovrà contenere l'*expressio causae*, affinché sia possibile verificare la giustificazione dell'attribuzione patrimoniale.

¹¹⁸ VITALONE V., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 43;

¹¹⁹ In questo senso cfr., GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 85 ss., il quale critica tutti quegli orientamenti volti ad inquadrare la promessa di vendita all'interno della categoria della vendita obbligatoria; al riguardo, l'A. evidenzia come la distinzione tra le due fattispecie diventi netta allorquando si abbia esclusivo riguardo alla diversa natura dei due negozi: «*l'uno preminentemente reale, negozio tipico traslativo (la vendita)* [indipendentemente dall'attualità o dalla mera potenzialità dell'efficacia reale]; *l'altro, meramente obbligatorio, negozio tipico produttore solo un vincolo personale (la promessa di vendita)*»; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1124, la quale evidenzia come anche nelle ipotesi in cui il trasferimento della proprietà, elemento caratteristico della vendita, non sia contestuale al perfezionarsi del contratto, in quanto subordinato al verificarsi di determinate circostanze, debba essere, comunque, imputato all'accordo originario (al punto che si ritiene più corretto adoperare per le ipotesi di vendita obbligatoria la definizione di «vendita ad effetti reali differiti»).

La soluzione diretta a ricondurre la fattispecie in esame alla fattispecie della vendita obbligatoria (così come conosciuta nel nostro ordinamento), non sembra, pertanto, potersi condividere sulla base di diverse considerazioni.

In primo luogo, nell'ipotesi di vendita obbligatoria, l'effetto reale, seppur differito, discende sempre dal contratto posto in essere dalle parti¹²⁰. Ed è, dunque, in ciò, che consiste il primo fondamentale *discrimen*, tra contratto preliminare e vendita obbligatoria: mentre il primo costituisce un negozio meramente obbligatorio, il secondo ha, al pari della vendita, efficacia reale, seppur differita¹²¹.

¹²⁰ Cfr., GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, cit., 83-84, il quale evidenzia come alle parti non sia consentito escludere l'efficacia reale della vendita; quest'ultima, infatti, è elemento essenziale di questa fattispecie negoziale, mentre normale è solo la sua immediatezza. Se è vero, dunque, che alle parti è consentito integrare o modificare lo schema contrattuale di qualsiasi negozio, è altrettanto vero che tale facoltà non può giungere fino al punto di introdurre variazioni in grado di alterarne il «tipo»; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 173, nt. 77, la quale evidenzia come l'accordo derivante dal preliminare «complesso», non sarebbe riconducibile alla vendita, dal momento che il legislatore, ha attribuito efficacia reale perfino alle ipotesi di vendita obbligatoria; in queste ultime, dunque, non sarebbe configurabile neppure un'obbligazione di dare, in quanto la fonte del trasferimento è sempre il contratto di vendita.

¹²¹ GAZZARA G., *op. cit.*, 89, il quale afferma chiaramente: «non può sussistere una vendita meramente obbligatoria che non sia una promessa di vendita»; VITALONE V., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 44-45, il quale evidenzia come, a differenza del contratto preliminare, nelle vendite obbligatorie non sia necessaria la conclusione di nessun'altra convenzione ai fini del trasferimento della proprietà; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1123-1124, che condivide la tesi secondo la quale sarebbe più corretto riferirsi alle ipotesi di vendita obbligatoria previste nel nostro ordinamento mediante l'impiego della locuzione «vendita ad effetti reali differiti»; MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 198, il quale chiarisce che nei contratti «con efficacia traslativa mediata», l'atto di esecuzione presuppone che si sia già perfezionata la fattispecie traslativa; pertanto, esso rappresenta un mero atto necessario per integrare il titolo idoneo al trasferimento, costituito dal contratto. Evidenzia la differenza tra contratto preliminare e vendita obbligatoria, altresì, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 89 ss.; l'A., in particolare, esclude la possibilità di configurare il contratto preliminare quale mero contratto diretto a disporre il prodursi dell'effetto reale, il cui effettivo verificarsi sarebbe, tuttavia, subordinato al compimento di un ulteriore atto, il definitivo, che andrebbe, in tal modo, ad assumere la funzione di mero strumento di produzione dell'effetto reale. In particolare, secondo l'A. il contratto preliminare si distinguerebbe dalla vendita obbligatoria e, in generale, da tutte le fattispecie di contratti dotati di immediata efficacia traslativa, quantunque subordinati al verificarsi di una determinata circostanza, in quanto, a differenza di queste ultime, il contratto preliminare subordina il verificarsi dell'atto definitivo ad un accordo delle parti in tal senso, laddove nelle prime l'effetto traslativo è collegato ad atti aventi natura diversa ed estranei rispetto alla fattispecie contrattuale di cui costituiscono delle mere «concause materiali».

Potrebbe, inoltre, contestarsi la presenza di un'obbligazione di dare¹²² nelle ipotesi di vendita obbligatoria¹²³.

Al riguardo, si evidenzia come l'obbligo del venditore di cui all'art. 1476, n. 2, c.c., non costituisca un obbligo di dare, inteso quale obbligo di compiere l'atto traslativo; l'obbligo, che nelle ipotesi di vendita incombe in capo al venditore, rappresenta, piuttosto, un obbligo di *facere*, quale dovere di porre in essere tutte quelle attività necessarie affinché l'effetto traslativo, già compiuto, diventi efficace. In particolare, si afferma che, al pari di quanto avviene nelle ipotesi «normali» di vendita, anche nella vendita obbligatoria il trasferimento del diritto è effetto automatico, sebbene non immediato, del negozio di vendita e, dunque, sorge automaticamente per effetto del consenso, senza alcuna mediazione di un obbligo di dare¹²⁴.

¹²² Sull'obbligazione di dare cfr., *supra*, sub nt., 113. E' opinione altrettanto diffusa che l'obbligazione di dare possa intendersi in due significati diversi: sia come «consegnare» una cosa, senza riferimento alla vicenda traslativa reale e, in questa eccezione, il debitore (di dare) è tenuto a trasmettere al creditore il possesso o la detenzione della cosa; sia come «trasferire» (o costituire) un diritto, ove il debitore (di dare) è tenuto al compimento dell'attività necessaria che consenta il trasferimento del diritto a favore del creditore; in questo senso cfr.; CHIANALE A., *Obbligazione di dare e atti traslativi* solvendi causa, cit., 237 ss.; GIORGIANNI M., *Obbligazione* (diritto privato), in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, 599.

¹²³ In questo senso, cfr., GAZZARA G., *op. cit.*, 136 ss., il quale evidenzia come i dubbi circa la sussistenza di uno specifico obbligo di dare in capo al venditore (nel senso che l'effetto reale sarebbe direttamente riconducibile all'adempimento di quell'obbligo), possano, invero, nascere da quelle disposizioni del codice che prevedono determinati obblighi in capo al venditore, quali l'art. 1476, n. 2, c.c., che impone al venditore l'obbligo di far acquisire al compratore «la cosa o il diritto», quando questo non è effetto immediato del contratto; ovvero, l'art. 1478 c.c., che prevede l'obbligo del venditore di cosa altrui «di procurare l'acquisto» della cosa al compratore; LUMINOSO A., *La compravendita*, 8° ed., Torino, 2015, 132, il quale evidenzia come, nel nostro ordinamento, la vendita obbligatoria non preveda un successivo negozio di puro trasferimento, ma solamente il verificarsi di quegli atti o fatti che consentono il prodursi dell'effetto reale, il quale troverebbe, dunque, la sua fonte nella vendita e non nell'obbligazione; BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 83, il quale evidenzia come il nostro ordinamento colleghi il prodursi dell'effetto reale al medesimo contratto che rappresenta la giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale; DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 173, nt. 77.

¹²⁴ Prende atto di tale distinzione, altresì, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 12, il quale precisa che il contratto preliminare rientrerebbe solo in via «estensiva» nella categoria della vendita obbligatoria di cui all'art. 1476, n. 2, c.c.; in quest'ultimo caso, infatti, l'obbligo di dare è solo strumentale, dal momento che l'effetto finale che nasce dal contratto è pur sempre quello reale, sebbene differito nel tempo. Invero, si ritiene che l'obbligazione di cui all'art. 1476 c.c., non venga adempiuta mediante un atto traslativo, ma a seguito del verificarsi di determinati eventi espressamente previsti, quali, ad esempio, la venuta ad esistenza della cosa ovvero l'individuazione. Al riguardo, cfr., tra gli altri, GAZZARA G., *op. cit.*, 37 ss., il quale

Deve, dunque, darsi atto che le ipotesi di vendita obbligatoria previste nel nostro ordinamento, non sono riconducibili alla figura della vendita essenzialmente obbligatoria propria del diritto romano e accolta negli ordinamenti di area tedesca. In quest'ultimi, infatti, la vendita è fonte di un'obbligazione di dare in senso «tecnico», ossia di porre in essere un successivo negozio traslativo di adempimento.

Invero, proprio in virtù di tali differenze, alcuni autori hanno precisato che la fattispecie in esame non sarebbe riconducibile alla fattispecie della vendita obbligatoria propria del nostro ordinamento, ma, piuttosto, rappresenterebbe una riproposizione, nel nostro sistema, dell'istituto della vendita obbligatoria, conosciuto, in particolare, nell'ordinamento tedesco¹²⁵.

All'interno di tale figura si distinguerebbe, dunque, una vendita obbligatoria, da cui derivano tutte le obbligazioni tipiche della vendita e, tuttavia, a differenza di quest'ultima, il trasferimento della proprietà non è

evidenzia come l'effetto reale sia effetto automatico del contratto di vendita, senza alcuna necessità della mediazione di un obbligo di dare. In particolare, gli artt. 1470 e 1376 c.c., confermano il principio del collegamento diretto e immediato tra contratto (e, dunque, il consenso) ed effetto reale; in questo senso, cfr., altresì, GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)*, cit., 599, secondo il quale, sia nell'ipotesi «normale» di vendita, che nella vendita obbligatoria, deve escludersi un obbligo di dare inteso quale «trasferimento».

¹²⁵ CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 698 ss.; Id., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 95 ss., il quale evidenzia come il contratto preliminare in Italia non sia riconducibile al *Vorvertrag* tedesco, quanto piuttosto alla fattispecie della vendita obbligatoria propria di quell'ordinamento; e, infatti, secondo l'autore, il preliminare non sarebbe solo fonte di un'obbligazione di *facere*, ossia di prestare il consenso per la stipulazione del definitivo, ma rappresenterebbe, altresì, la fonte di un'obbligazione di dare, ossia di far acquistare la proprietà alla controparte, il cui adempimento è rimesso ad un ulteriore atto traslativo *solvendi causa*. In particolare, secondo l'A., proprio il rifiuto da parte della dottrina maggioritaria, di comprendere nella disposizione di cui all'art. 1476, comma 2°, c.c., l'obbligo di far acquistare la proprietà, ha fatto sì che si sviluppasse, nella prassi, un sistema alternativo, basato su di un contratto corrispondente alla vendita obbligatoria tedesca o inglese (sottolinea le incongruenze della categoria della vendita obbligatoria prevista nel nostro ordinamento, altresì, SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 43-44, il quale evidenzia che «la categoria italiana del preliminare di vendita è parzialmente mentitoria, perché dissimula nel suo seno la vendita ad efficacia obbligatoria; e la categoria italiana della vendita ad efficacia obbligatoria è essenzialmente mentitoria, perché viene riempita mediante ipotesi di vendita ad efficacia reale sospesa o dilazionata»); BERNARDINI M., *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, cit., 691 ss.; GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 20, ove l'A., evidenzia come solo con riferimento al preliminare di vendita sia possibile propriamente parlare di vendita obbligatoria, in quanto le ipotesi di vendita ad effetti obbligatori rappresentano, in realtà, un'ipotesi di vendita ad effetti reali differiti [critica l'impostazione di Gazzoni, MANTELLO M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 555-556].

effetto immediato dell'accordo, ma consegue all'adempimento di un'ulteriore obbligazione di dare assunta dalle parti (far acquisire la proprietà del bene).

L'orientamento diretto ad individuare, nel contratto preliminare, la fonte di un vero e proprio obbligo di dare, ha trovato nuovo impulso, fra i suoi sostenitori, per effetto del nuovo contesto normativo che ha progressivamente condotto ad un generale «ripensamento» della fattispecie della contrattazione preliminare nel suo complesso.

E, infatti, in tempi più recenti è possibile assistere ad una crescente aumento di quelle opinioni dirette a porre l'accento sul modello di contratto preliminare che nel corso del tempo si è andato delineando¹²⁶, il quale, lungi dal potersi ricondurre al mero obbligo di concludere un futuro contratto, determina «un assetto di interessi prodromico», a quello che verrà successivamente attuato con il definitivo¹²⁷.

A sostegno del nuovo carattere assunto dal contratto preliminare, si richiama, in primo luogo, la disciplina di cui all'art. 2932 c.c., la quale consente di «sostituire» lo scambio dei consensi richiesto per la conclusione del contratto definitivo, con una sentenza produttiva dei medesimi effetti.

Allo stesso modo, assumerebbe rilevanza la disciplina che prevede la trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c.), la quale, introducendo la possibilità, per il promissario acquirente, di trascrivere il contratto preliminare con funzione prenotativa, ha riconosciuto, a favore di quest'ultimo, una sorta di «diritto all'acquisto» opponibile ai terzi¹²⁸. A seguito dell'introduzione di questa disciplina, dunque, tale figura negoziale avrebbe

¹²⁶ VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 529 ss.

¹²⁷ Cass. Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624, cit., la quale ha evidenziato come oggetto del contratto preliminare non è più soltanto un *facere*, ossia la manifestazione di una successiva volontà già predeterminata, ma soprattutto un futuro dare e, dunque, il trasferimento della proprietà, il quale rappresenta il risultato pratico programmato dai contraenti.

¹²⁸ In questo senso, NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 166 ss.; LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 98, secondo il quale, sebbene la disciplina della trascrizione abbia contribuito ad accentuare la valenza del procedimento nel suo complesso, non ha, tuttavia, alterato i termini del rapporto tra preliminare e definitivo, in quanto la pubblicità incide sul regime di opponibilità ai terzi della posizione del promissario acquirente e, non, sul contenuto degli effetti del rapporto tra le parti.

raggiunto un'ulteriore tappa verso la «*realità*»¹²⁹. In particolare, dal riferimento «agli altri atti che costituiscono comunque esecuzione del preliminare», di cui all'art. 2645 *bis*, comma 2, c.c., sembrerebbe emergere come, nell'ottica del legislatore, il contratto preliminare abbia perso la sua veste di contratto meramente preparatorio, per trasformarsi nel «segmento di un procedimento complesso», che culmina in un atto con effetti reali e che, nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, costituirebbe, dunque, la fonte dell'esecuzione anticipata delle prestazioni¹³⁰.

In altre parole, si evidenzia come da tutti gli elementi appena richiamati emergerebbe una notevole differenza, sotto il profilo causale, tra contratto preliminare c.d. «puro» e «complesso»: mentre il primo obbliga semplicemente a concludere un futuro contratto, il secondo rappresenta, invece, un meccanismo traslativo della proprietà, molto vicino alla sequenza vendita obbligatoria-negozio di puro trasferimento.

¹²⁹ L'osservazione è di MUSTARI M., *op. cit.*, 270.

¹³⁰ SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, cit., 683 ss., ove si evidenzia come dagli interventi legislativi in materia di contratto preliminare sembrerebbe emergere una nuova e diversa funzione del contratto preliminare; CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1012 ss.; secondo il quale l'introduzione della disciplina di cui all'art. 2645 *bis* c.c., avrebbe fornito le basi normative per la «tipizzazione» del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati come schema negoziale «autonomo» rispetto alla fattispecie tradizionale. In proposito, l'A. afferma che: «*dalla lettura congiunta del comma 1° e 2° dell'art. 2645 bis c.c. emerge che i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643 c.c. e, quindi, sicuramente anche i preliminari di compravendita, possono essere eseguiti o da un contratto definitivo, oppure da un altro atto che costituisca esecuzione degli stessi. Il legislatore ha, dunque, indicato chiaramente che l'operazione negoziale che dilaziona in due fasi la realizzazione del programma complessivo può articolarsi in due fattispecie ben distinte tra loro: la prima costituita dalla sequenza contratto preliminare – contratto definitivo e la seconda da quella contratto preliminare – atto di esecuzione diverso dal contratto definitivo*». Alla luce di ciò, secondo l'A., soltanto nell'ipotesi di contratto preliminare ad effetti anticipati sarebbe possibile concludere la complessiva operazione traslativa, per il tramite di un atto diverso dal contratto definitivo, che costituisca, comunque, esecuzione dell'obbligo di trasferimento assunto con il preliminare; pertanto, il preliminare ad effetti «interamente» anticipati, rappresenta, quale contratto misto, un autonomo tipo negoziale, dal quale deriverebbe l'obbligo di trasferire la proprietà del bene, unitamente agli ulteriori obblighi di pagamento del prezzo e di consegna della cosa. Evidenziano come la conferma di tale impostazione si individui, tra l'altro, dalla disposizione di cui al comma 2°, dell'art. 2645 *bis* c.c., altresì, PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 150; VITALONE V., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 45.

Una simile conclusione troverebbe, altresì, conferma nella crescente tutela riconosciuta nel tempo al promissario acquirente¹³¹, la cui posizione giuridica è, pertanto, «*inevitabilmente destinata a rafforzarsi in simmetria alla valorizzazione del contratto preliminare*»¹³². Più precisamente, secondo l'orientamento in esame, la maggior tutela riconosciuta nel tempo a favore del promissario acquirente, sembrerebbe confermare la nascita, a favore di quest'ultimo, di un vero e proprio *ius ad rem* e non un mero diritto di credito ad un *facere*.

Si richiama, inoltre, la disciplina di cui all'art. 72, comma 8, 1. fall., che impedisce al curatore di esercitare la sua facoltà di scioglimento – riconosciuta, in via generale, dal primo comma della medesima disposizione – qualora il preliminare abbia ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado, ovvero la sede principale della sua attività d'impresa. Parimenti, assumerebbe rilevanza la regola di cui all'art. 72 *bis* della 1. fall., la quale disciplina l'ipotesi di contratti preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire o in corso di costruzione, destinati al promissario acquirente o ai suoi parenti entro il primo grado, consentendo al promissario acquirente di provocare lo scioglimento del contratto, mediante escussione della fideiussione rilasciata dal costruttore al momento della stipula del preliminare, (come previsto dal D. Lgs. 122/2005¹³³).

Una conferma di questo «nuovo» contenuto del contratto preliminare, sarebbe, inoltre, individuabile nell'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale il contratto preliminare non obbligherebbe solamente a prestare il consenso per la conclusione del futuro contratto, ma impegnerebbe altresì le parti a porre in essere una serie di attività dirette a garantire il risultato finale¹³⁴.

¹³¹ In proposito cfr., più ampiamente, oltre, cap. III, I e II sez.

¹³² Così, VIGLIONE F., *op. ult. cit.*, 536.

¹³³ Simili osservazioni si rinvengono in NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 167.

¹³⁴ Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, infatti, il promissario acquirente non sarebbe unicamente obbligato a stipulare il contratto definitivo, ma anche a

A ben vedere, dunque, secondo l'orientamento da ultimo richiamato, mediante il contratto preliminare ad effetti anticipati, i contraenti darebbero luogo ad uno schema negoziale «unitario», diverso, dunque, da quello che caratterizza la fattispecie «pura» e il quale si articolerebbe in un obbligo di dare (*titulus*) e nel successivo adempimento *solvendi causa (modus acquirendi)*¹³⁵.

2.1.3. CONTRATTO DEFINITIVO AD EFFICACIA PARZIALMENTE DIFFERITA.

Altri orientamenti, giungono a tal punto nella svalutazione del ruolo del definitivo da configurarlo quale mera ripetizione a carattere confessorio del contratto preliminare, mero evento dedotto in condizione sospensiva, laddove, l'effetto traslativo sarebbe conseguenza esclusiva del contratto preliminare, unica fonte degli effetti finali¹³⁶. Tale orientamento, dunque, ha negato la possibilità di ricondurre al preliminare il negozio in cui si contempra, non solo l'obbligo di concludere un futuro contratto, ma anche l'esecuzione anticipata

procurare l'acquisto del bene con tutte le qualità promesse; di conseguenza, ove la cosa risultasse affetta da vizi, il promissario acquirente potrebbe agire, non solo per la risoluzione del contratto, ma anche ai fini dell'eliminazione dei vizi o per la riduzione del prezzo. Una conferma del nuovo «contenuto» del contratto preliminare, si individua, altresì, nelle decisioni giurisprudenziali in tema di preliminare di vendita di cosa altrui. In diverse pronunce, infatti, i giudici di legittimità sono giunti ad affermare che, in queste ipotesi, con il preliminare sorgerebbe in capo al promittente alienante l'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà e, dunque, un vero e proprio obbligo di dare (*ex multis*, Cass. Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624, cit.; in proposito, cfr., NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 167; BOLONDI E., *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*, in *Corr. Giur.*, 10, 2006, 1396 ss.

¹³⁵ Per ulteriori osservazioni in merito all'orientamento in esame, cfr., TOMASSETTI C., *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 11, 907.

¹³⁶ MONTESANO L., *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. Dir. civ.*, 1987, I, 239 ss., secondo l'A., il c.d. preliminare ad effetti anticipati si pone già nella realtà come contratto definitivo, sia pur condizionato o ad efficacia parzialmente differita; riconducono il preliminare c.d. ad effetti anticipati al contratto definitivo altresì: AMOROSO B., *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. e giur.*, I, 1964, 421 ss.; PROTO PISANI M., *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1985 ss.

delle prestazioni; lo stesso, infatti, si pone già, nella realtà dell'ordinamento vigente, come definitivo, seppur condizionato, ovvero ad efficacia differita.

In particolare, secondo questa linea di tendenza, la fattispecie in esame dovrebbe essere qualificata alla stregua di un contratto definitivo seppure ad efficacia parzialmente differita¹³⁷. Partendo dalla disciplina dettata dagli artt. 1376 ss. e 1476 ss., si sottolinea, infatti, come le obbligazioni del venditore e del compratore, nonché il trasferimento della proprietà, conseguano alla conclusione di un contratto di compravendita e non, alla conclusione di un accordo che obbliga solamente le parti a concludere successivamente tale contratto, sicché il contratto preliminare, non potrebbe costituire la fonte degli effetti del contratto definitivo.

Si giunge, così, alla distinzione tra contratto preliminare e contratto definitivo con effetti differiti. Nel primo caso, il mancato trasferimento della proprietà e il mancato sorgere degli obblighi di cui all'art. 1476 c.c., sono dovuti al fatto che tali effetti non sono propri di quella fattispecie contrattuale, laddove, nel secondo caso, è richiesto l'intervento di un ulteriore fattore causale rispetto al contratto. In quest'ultimo caso, dunque, gli effetti che si producono immediatamente (come la consegna del bene e il pagamento del prezzo), trovano la loro fonte in una fattispecie già perfezionata; gli ulteriori effetti, in primo luogo quello traslativo, si produrranno, invece, nel momento in cui si realizza l'ulteriore elemento causale, ossia la ripetizione del contratto (con il medesimo contenuto di quello originario), cui le parti si erano in precedenza obbligate.

Si osserva, inoltre, che l'equiparazione tra contratto preliminare ad effetti anticipati e contratto definitivo ad efficacia differita, non verrebbe meno per effetto della disciplina di cui agli artt. 1351 e 2932 c.c., i quali prevedono rispettivamente, da un lato, che il contratto preliminare è un contratto diverso dal definitivo e, dall'altro, che la sentenza emessa all'esito del giudizio produce gli effetti «del contratto non concluso». Quest'ultima previsione, infatti,

¹³⁷ Tra gli altri, MONTESANO L., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1970, 1173 ss.; PROTO PISANI M., *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, cit, 1987 ss.

significherebbe che, nessuno degli effetti contrattuali, cui le parti si siano preliminarmente obbligate, possa prodursi prima della stipula del definitivo, né che la sentenza costitutiva possa retroagire al fine di attribuire tutele alla parte che non avrebbe potuto ottenere prima della stipula definitiva¹³⁸.

In altre parole, gli orientamenti sopra richiamati, escludono che il preliminare possa produrre effetti diversi e maggiori dall'obbligo di concludere un futuro negozio.

2.1.4. NEGOZIO DI CONFIGURAZIONE.

Un ulteriore indirizzo ha proposto di ricostruire il contratto preliminare ad effetti anticipati ricorrendo alla figura del negozio di configurazione¹³⁹.

La dottrina in esame muove dal presupposto che, in virtù del principio di cui all'art. 1376 c.c., il trasferimento del diritto soggettivo si verifica immediatamente a seguito del perfezionamento dell'*iter* formativo del contratto che lo programma. Il principio consensualistico, in quanto posto a tutela dell'affidamento dei terzi, sarebbe inderogabile dalle parti; a queste ultime,

¹³⁸ Così, PROTO PISANI M., *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, cit., 1900.

¹³⁹ Cfr., PALERMO G., *Contratto preliminare*, cit., 101 ss., spec. 108-109; Id., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., 111, (per un'attenta recensione dell'opera, cfr., LA PORTA U., *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 529 ss.). In particolare, secondo l'A., l'assetto di interessi che i privati mirano a realizzare, può essere perseguito mediante il ricorso ad una serie di differenti procedimenti; pertanto, anche se al contratto dev'essere senz'altro riconosciuto un peculiare carattere programmatico, formalmente espressivo di un «dover essere», al quale l'art. 1372, comma 2, c.c., attribuisce la medesima forza riconducibile alla norma, ciò non toglie che le parti possano dar luogo ad un'operazione economica, ricorrendo ad un atto di diverso contenuto; quest'ultime, infatti, a seconda delle rispettive esigenze, anziché elevare la *causa contractus* al rango di *lex contractus*, possono rimettere l'instaurazione del loro assetto di interessi a comportamenti non vincolanti, diretti a realizzare immediatamente l'intento; condivide la tesi prospettata da Palermo, CORTUCCI D., *Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, in *Rass. Dir. civ.*, 1994, 631 ss. Sul negozio di configurazione, cfr., tra gli altri, ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 ss.

pertanto, non sarebbe consentito differire l'effetto traslativo mediante una scissione tra *tutulus e modus acquirendi*¹⁴⁰.

Diverso sarebbe, invece, ciò che avviene nell'ipotesi di contratto preliminare; quest'ultimo, infatti, non sarebbe idoneo a produrre effetti obbligatori, ma rappresenterebbe, piuttosto, un accordo diretto ad attribuire, ad alcune condotte delle parti, carattere necessario e sufficiente ai fini della produzione dell'effetto reale¹⁴¹.

La caratteristica di questi accordi risiede, pertanto, nel fatto che, ai fini della realizzazione degli effetti stabiliti dai contraenti, è necessario porre in essere taluni comportamenti; questi ultimi, tuttavia, non sono vincolanti, poiché le parti possono decidere se porli in essere o meno, incorrendo, in quest'ultimo caso, nella mera responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.

Di contro, nell'ipotesi in cui le parti abbiano posto in essere i comportamenti originariamente previsti, l'assetto di interessi perseguito potrà dirsi giuridicamente realizzato. Di conseguenza, tanto il contratto definitivo, quanto la sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., configurerebbero un mero «titolo formale» di un acquisto già verificatosi, in conseguenza dell'attuazione dei comportamenti programmati in sede di accordo preliminare.

Nondimeno, mentre al contratto preliminare «puro», sarebbe possibile riconoscere un esclusivo carattere programmatico, sicché, fin quando l'intero procedimento di formazione del contratto, attraverso il compimento di tutte le attività previste, non si sia esaurito, ciascuna parte è libera di compiere o meno l'assetto di interessi programmato¹⁴²; a conclusioni parzialmente diverse

¹⁴⁰ PALERMO G., *Contratto preliminare*, cit., 70 ss.

¹⁴¹ In questo caso, pertanto, non viene in considerazione la disciplina di cui all'art. 1376 c.c.; e ciò, in quanto, la volontà dei contraenti non sarebbe diretta alla produzione dell'effetto traslativo, ma solo alla programmazione di un procedimento formativo del contratto, diverso da quello regolato dall'art. 1326 c.c.; così, LA PORTA U., *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., 540.

¹⁴² Così, anche ove le parti, prima dell'interruzione dell'*iter* procedimentale, abbiano già «parzialmente» instaurato l'assetto di interessi previsto, attraverso l'adempimento di comportamenti spontanei, attuativi dell'accordo precedentemente intercorso, deve escludersi che possa configurarsi una pretesa al compimento delle prestazioni residue, giuridicamente azionabile; ciò, infatti, risulterebbe in contrasto con il principio della libera autonomia dell'individuo, il quale non consente che, in assenza di un efficace autoregolamento, quale quello di cui all'art. 1372 c.c., l'interesse di un soggetto resti subordinato a quello di un altro. In

conduce l'esame del contratto preliminare ad effetti anticipati, caratterizzato dalla presenza di elementi tanto configurativi quanto regolamentari. Nella fattispecie «complessa», infatti, il meccanismo traslativo deve ritenersi già perfetto a seguito dell'anticipata esecuzione delle prestazioni e, ciò, in quanto, in tali ipotesi, si realizza – secondo l'intenzione delle parti (le quali, hanno considerato, l'attuazione degli interessi programmati, quale condizione necessaria e sufficiente al fine del verificarsi dell'effetto attributivo del bene in capo al promissario acquirente) – un immediato mutamento sostanziale delle rispettive sfere giuridiche, di modo che l'assetto di interessi, già determinato, necessita solamente di un titolo idoneo a rappresentare, all'interno dell'ordinamento giuridico, quanto le parti hanno privatamente previsto. In virtù di tale impostazione, la proprietà si trasferirebbe, nell'ambito dei rapporti tra le parti, in un momento precedente la stipula del definitivo, mentre, il contratto definitivo, rappresenterebbe un mero titolo formale, necessario al fine di rendere l'avvenuto trasferimento opponibile *erga omnes*¹⁴³.

Ad ogni modo, neppure nel contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati sarebbe possibile ravvisare un accordo di carattere precettivo, idoneo a giustificare la doverosità degli ulteriori comportamenti posti in essere dalle parti; pertanto, sarebbe solo il «fatto», sia pure reso causativo dall'intervenuto accordo tra le parti, a determinare il passaggio del diritto soggettivo a favore del

particolare, nell'ipotesi di spontanea esecuzione di un accordo configurativo, la doverosità di un ulteriore comportamento andrebbe a svilire la particolare struttura dell'intera operazione.

¹⁴³ Al pari dei negozi di configurazione, anche nell'ambito del preliminare complesso non sarebbe l'accordo in sé considerato a determinare il passaggio del diritto soggettivo in capo al promittente acquirente, quanto il «fatto» rappresentato dalla consegna del bene, cfr. PALERMO G., *Contratto preliminare*, cit., 139-140; CORTUCCI D., *op. ult. cit.*, 636 ss.; *contra*, in senso fortemente critico rispetto alla ricostruzione testé richiamata, cfr., GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 19, il quale afferma che «La tesi è brillante, ma del tutto fuori della realtà normativa ed anzi assolutamente antistorica». Secondo l'A., il preliminare di vendita con cui si rinvia l'effetto traslativo non può valere vendita, in quanto il legislatore italiano non ha accolto il principio consensualistico proprio dell'ordinamento francese; piuttosto, nel disciplinare il contratto preliminare, quest'ultimo ha dimostrato di voler porre un freno proprio a tale principio. Inoltre, secondo l'A., la ricostruzione offerta in termini di contrattazione reale con trasferimento della proprietà *inter partes*, lungi dal rispettare i limiti posti dal principio del consenso traslativo, finirebbe proprio per porsi in contrasto con quest'ultimo; e, infatti, una simile soluzione, finirebbe con il trasformare la vendita, da consensuale a reale, in quanto ricondurrebbe, il preliminare configurativo, alla fase precontrattuale, al pari di quanto accade nell'accordo che precede la consegna nei contratti reali.

promissario acquirente, il quale sarebbe, a sua volta, obbligato a corrispondere l'intero corrispettivo pattuito.

2.1.5. CONTRATTO ATIPICO

La fattispecie *de qua* è stata, altresì, configurata come contratto atipico¹⁴⁴. Si è osservato, infatti, che le obbligazioni aggiuntive non troverebbero la loro causa, né nel preliminare che non può produrre un effetto maggiore dall'obbligo di concludere un futuro contratto¹⁴⁵, né nel definitivo che ancora non esiste.

¹⁴⁴ PORTALE G. B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, cit., 913 ss.; ROCCHIO F., *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2004, 1457 ss., secondo il quale i contraenti utilizzerebbero uno schema unitario ma differente da quello del preliminare, costituito da un'obbligazione di dare e dal successivo atto traslativo con causa solutoria esterna; GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, cit., 394; a questa linea di pensiero alcuni autori ritengono di poter ricondurre l'orientamento di GABRIELLI G., *Contratto preliminare*, (*Riv. dir. civ.*) cit., 438 ss., allorché il medesimo giunge ad affermare che la figura del preliminare ad esecuzione anticipata deve essere «ricordata a parte, e quasi a margine di una trattazione dedicata al contratto preliminare». Invero, l'A. sembrerebbe piuttosto accogliere il suggerimento di quella dottrina che invita a distinguere a seconda che il preliminare preveda un'anticipata esecuzione integrale, ovvero soltanto parziale.

¹⁴⁵ Le conclusioni cui giunge tale orientamento sono state contestate, in particolare, attraverso il rinvio alla tesi secondo la quale, le parti di un contratto preliminare, in quanto obbligate alla conclusione del successivo contratto definitivo, sono altresì vincolate alle prestazioni tipiche del medesimo, e ciò in applicazione del «principio di coerenza che nel comune intendimento pone a carico del promittente gli obblighi inerenti alla sua promessa», così, BIANCA C. M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, cit., 152 ss.; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1120, la quale evidenzia come, in virtù di quest'ultimo principio, l'ipotesi dell'anticipata esecuzione delle prestazioni si distinguerebbe dal contratto definitivo solo in quanto, mentre nel primo caso l'esecuzione delle prestazioni è immediata, nella seconda ipotesi è, invece, rinviata al momento del sorgere del vincolo definitivo; in senso critico rispetto alla possibilità di configurare la fattispecie in esame alla stregua di un contratto atipico, cfr. altresì, CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, cit., 539, secondo il quale nel contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, sarebbe possibile individuare la convergenza di più contratti tipici e, tuttavia, tale convenzione, non potrebbe essere qualificata come atipica, giacché, la stessa, non risulterebbe diretta a realizzare una funzione economica-sociale nuova e diversa rispetto a quella dei singoli contratti tipici che la compongono; GUGLIELMO R., *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, cit., 680, il quale nega la possibilità di configurare il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto atipico, sul presupposto che il contratto preliminare conserverebbe la propria funzione nonostante la presenza di obbligazioni aggiuntive.

La diversa soluzione, comporterebbe, inoltre, non pochi problemi in relazione all'istituto del pagamento dell'indebito, in quanto l'anticipata esecuzione delle prestazioni dovrebbe trovare la propria causa in un contratto da stipulare in un tempo anche molto lontano.

Invero, sia l'obbligo di immettere la controparte nella disponibilità del bene, sia quello di pagarne il prezzo, troverebbero la loro fonte nella c.d. promessa di vendita¹⁴⁶, da intendersi quale contratto atipico, diverso, dunque, dal contratto preliminare, il quale non può produrre effetti diversi dall'obbligo di concludere un contratto¹⁴⁷.

Nell'ambito dell'orientamento sopra richiamato, che ravvisa, nella fattispecie in esame, un contratto atipico, alcuni autori individuano, in particolare, la presenza di un negozio misto o complesso¹⁴⁸ e, quindi, di un unico negozio formato dalla combinazione di singole parti di più contratti tipici, che vengono individuate sia in quelle proprie del preliminare, che in quelle della vendita e della locazione¹⁴⁹.

¹⁴⁶ PORTALE G. B., *op. ult. cit.*, 913 ss., l'A. qualifica le c.d. promesse di vendita – con cui una parte, contro il pagamento del valore del bene, ne trasmette all'altra il possesso, impegnandosi, al contempo, a trasferirgliene la proprietà con un successivo contratto – come contratto atipico, che precede la conclusione di un altro contratto atipico, negando, dunque, la suddivisione preliminare-definitivo; quest'ultima, infatti, non sarebbe in grado di giustificare l'inoperatività dell'istituto del pagamento dell'indebito in presenza di prestazioni che dovrebbero trovare la loro causa in un contratto non ancora stipulato.

¹⁴⁷ PORTALE G. B., *op. ult. cit.*, 941; *contra* GUGLIELMO R., *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, cit., 680, il quale nega la possibilità di configurare il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati come un contratto atipico, sul presupposto che il contratto preliminare conserverebbe la propria funzione pur in presenza delle obbligazioni aggiuntive; CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 43, nt. 18, il quale, pur sostenendo la tesi dell'inammissibilità del contratto preliminare ad effetti anticipati, critica la qualificazione come contratto atipico in quanto, anche a voler ammettere che tale promessa di vendita abbia una causa negoziale, occorrerebbe spiegare come il pagamento anticipato del prezzo trovi una causa sufficiente nella mera attribuzione in godimento del bene (laddove solitamente trova, invece, la propria causa nell'effetto traslativo).

¹⁴⁸ Sull'argomento, cfr., tra gli altri, SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.

¹⁴⁹ CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1018-1019, secondo il quale la figura in esame configurerebbe un negozio a struttura complessa, ossia una situazione atipica composta dalla combinazione di singole parti di schemi tipici; pertanto, la disciplina applicabile andrebbe individuata in quella prevista per il contratto preliminare, integrata con alcune norme specificatamente previste per la vendita, nonché per la locazione. ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 438 ss.

Si è nondimeno osservato che, tale posizione, potrebbe creare non pochi problemi sotto il profilo causale, posto che, con il medesimo contratto, le parti si obbligherebbero, tanto alla conclusione del contratto definitivo, quanto a produrre gli effetti tipici di quest'ultimo¹⁵⁰.

Ancor più restrittivo è, infine, quell'orientamento che ha negato qualsiasi legittimità alla fattispecie in esame, al punto da affermare che la medesima darebbe luogo ad «*un vero e proprio abuso del tipo contrattuale*»¹⁵¹.

3. L'orientamento delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930).

In tempi più recenti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza del 27 marzo 2008, n. 7930¹⁵², sono intervenute a comporre il contrasto sorto in relazione alla natura della fattispecie in esame¹⁵³, offrendo una soluzione (apparentemente) non dissimile alla tesi dottrinarica sopra descritta, diretta ad individuare, nell'anticipata esecuzione delle prestazioni,

¹⁵⁰ NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 163.

¹⁵¹ CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 36 ss., secondo il quale, il sorgere di obblighi ulteriori – accanto all'obbligo principale di stipulare il contratto definitivo – darebbe luogo ad un «abuso del tipo contrattuale» e, dunque, ad un uso del preliminare non conforme alla sua funzione. Inoltre, l'A. evidenzia come nello schema del contratto preliminare ad effetti anticipati, si ravvisi un chiaro squilibrio tra le prestazioni rispetto a ciò che accade nella vendita, caratterizzata, invece, dalla corrispettività tra pagamento del prezzo ed effetto traslativo. Infatti, anche nelle ipotesi in cui l'effetto traslativo sia mediato, come nella vendita di cose altrui o nella vendita di cose future, quest'ultimo, al pari del pagamento del prezzo, trova pur sempre la propria fonte nel contratto; di contro, il contratto preliminare non potrebbe giustificare il pagamento del prezzo così come non giustifica l'effetto traslativo. L'A., mentre esclude che l'autonomia contrattuale possa prevedere un preliminare con pagamento anticipato del prezzo, in quanto, come detto, una simile obbligazione trova la propria causa nel trasferimento della proprietà, ammette, invece, la previsione del godimento anticipato del bene.

¹⁵² Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.; in senso conforme, Cass., 15 novembre 2012, n. 20011, in *Banche dati De Jure*; Cass., 18 settembre 2012, n. 15626, in *Rass. Giur. Cass. civ.*, 2012, 35.

¹⁵³ Sul diverso profilo della posizione giuridica del promissario acquirente, anch'esso oggetto di attenta ricostruzione da parte delle Sezioni Unite, si dirà più ampiamente oltre, *sub cap. V*.

delle pattuizioni provvisorie, riconducibili alla figura del mutuo e del comodato¹⁵⁴.

Nella fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte, le parti si erano obbligate a concludere un successivo contratto definitivo, avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un immobile, obbligandosi, al contempo, ad anticipare alcune prestazioni; in particolare, da un lato, il promittente alienante si impegnava a consegnare immediatamente le chiavi dell'immobile e, dall'altro, il promissario acquirente si obbligava a versare una parte del prezzo al momento della conclusione del contratto preliminare, nonché ad effettuare successivi versamenti secondo gli importi e le scadenze pattuite.

Trascorsi oltre venti anni senza che si addivenisse alla stipula del contratto definitivo, il promissario acquirente chiedeva l'accertamento del sopravvenuto acquisto della proprietà del bene per usucapione. Si costituiva, pertanto, in giudizio il convenuto, contestando la qualificazione della posizione dell'attore in termini di possesso, con conseguente impossibilità di ammettere l'acquisto per usucapione, nonché, negando il verificarsi dell'interversione del possesso, per mancanza dei presupposti richiesti.

A fronte di un primo grado che aveva qualificato la posizione del promissario acquirente in termini di possesso e, di un appello che, in riforma della precedente pronuncia, aveva individuato un'ipotesi di mera detenzione, la seconda sezione della Corte di Cassazione ha ritenuto, pertanto, opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite, affinché risolvesse, l'ormai annoso, contrasto interpretativo, in merito alla questione relativa alla qualificazione, in termini di possesso ovvero di detenzione, della disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente prima della stipula del contratto definitivo, in virtù di una specifica clausola contenuta nel preliminare.

Le Sezioni Unite, dunque, al fine di fornire una soluzione al problema in ordine all'esatta qualificazione del potere giuridico del promissario acquirente

¹⁵⁴ Invero, come si avrà modo di esaminare, sembra che le Sezioni Unite non abbiano colto affatto il pensiero della dottrina richiamata (GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit.), cfr. *infra* cap. II, § 3.1.

rispetto al bene anticipatamente consegnato, hanno offerto una particolare ricostruzione della natura giuridica del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati.

In primo luogo, la Corte ha ribadito l'importanza di un esame del caso di specie che tenga conto dell'effettiva volontà dei contraenti, tenendo presente che nessun rilievo decisivo assume il *nomen iuris* eventualmente assegnato dalle parti alla convenzione, ovvero l'utilizzo di determinate espressioni quali, ad esempio, «prometto di vendere-prometto di comprare».

Qualora dall'indagine in ordine all'effettiva intenzione dei contraenti emerga, dunque, la volontà di considerare il pagamento del prezzo e la consegna del bene come un'anticipazione degli effetti della vendita, dovrà ritenersi concluso lo scambio, dal momento che qualsiasi effetto della vendita deve ritenersi incompatibile con lo schema del contratto preliminare. Di contro, ove l'accordo delle parti sia finalizzato alla conclusione di un contratto definitivo, con conseguente esclusione dell'immediata produzione dell'effetto traslativo, l'anticipazione di alcune prestazioni, tipicamente legate alla conclusione del successivo contratto, non inciderebbe sulla natura del preliminare, quale contratto ad effetti meramente obbligatori. Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati comporterebbe, infatti, una mera esecuzione di prestazioni corrispondenti a quelle normalmente derivanti dal contratto definitivo – volute dalle parti allo scopo di agevolare la realizzazione del programma negoziale – e non un'anticipazione degli effetti di quest'ultimo¹⁵⁵. Secondo la Corte, dunque, l'anticipazione di alcune prestazioni proprie del contratto definitivo, non sarebbe idonea ad incidere sulla natura di quest'ultimo, il quale rimarrebbe l'unico atto idoneo a produrre effetti traslativi, nonché fonte esclusiva del regolamento negoziale.

¹⁵⁵ Nello stesso senso cfr. Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, cit., la quale, superando il precedente orientamento, ha ritenuto compatibile la consegna della cosa e il pagamento del prezzo, con il contratto preliminare, ben potendosi, tali prestazioni, configurare come un accordo mediante il quale le parti assumono il mero obbligo di stipulare un successivo contratto definitivo, senza dunque dar luogo ad un immediato effetto traslativo; Cass., 19 aprile 2000, n. 5132, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 7 aprile 1990, n. 2916, in *Giur. it. Mass.*, 1990; Cass., 3 novembre 1988, 5962, in *Giur. it. Mass.*, 1988.

La Cassazione si è, dunque, interrogata sulla natura delle obbligazioni accessorie che caratterizzano tale fattispecie contrattuale, rintracciando nel collegamento negoziale, il meccanismo che consentirebbe di descrivere tale fattispecie nelle sue plurime articolazioni¹⁵⁶.

In particolare, nel disegno delineato dalla Corte, la consegna anticipata del bene e il versamento, totale o parziale, del prezzo, troverebbero adeguata rappresentazione, rispettivamente, in un contratto di comodato e in un contratto di mutuo gratuito¹⁵⁷.

Le parti, dunque, al fine di realizzare i propri interessi, concluderebbero, contestualmente o, anche successivamente, alla stipula del contratto preliminare, dei contratti accessori, autonomi rispetto al primo e regolato, ciascuno, dalle rispettive discipline normative.

Conseguenza immediata del ragionamento della Corte – secondo la quale, come detto, il promissario acquirente viene immesso nella materiale disponibilità del bene in esecuzione di un contratto di comodato – sarebbe quella per cui la situazione giuridica soggettiva del promissario acquirente potrebbe essere intesa unicamente in termini di detenzione (seppur qualificata).

* * *

¹⁵⁶ La Corte chiarisce come attraverso il collegamento negoziale sia possibile realizzare un risultato economico unitario, mediante la stipulazione di una pluralità di contratti, i quali non si fondono, dando luogo ad un nuovo contratto, ma mantengono la propria causa e la relativa disciplina (sul punto cfr., altresì, Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 6; GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, cit., 397). Nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite, dunque, le parti, accanto al contratto preliminare, stipulano, altresì, dei contratti accessori, ad esso funzionalmente connessi e tuttavia autonomi, essendo ciascuno rivolto alla realizzazione di una precisa funzione economico-sociale e, pertanto, regolato dalla rispettiva disciplina. Secondo la Corte – contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina – deve, pertanto, escludersi la presenza di un contratto atipico, dal momento che la fattispecie in esame non è volta a realizzare una funzione economica sociale nuova e diversa, rispetto a quella che caratterizza i singoli contratti tipici che la compongono. Del pari, deve escludersi la possibilità di ricondurre la fattispecie nell'ambito delle categorie dei negozi misti o complessi, i quali, pur non essendo rivolti alla realizzazione di una funzione economica-sociale nuova e diversa rispetto a quelle dei diversi contratti tipici che li compongono, gli elementi costitutivi di quest'ultimi danno luogo ad un nuovo e distinto negozio con una propria causa e disciplina autonoma.

¹⁵⁷ CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, cit., 995 ss.

Alla base della ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite sopra richiamata, vi è, dunque, un sostanziale disconoscimento della possibilità per il preliminare di produrre effetti diversi dall'obbligo a contrarre, al punto che, il fondamento giustificativo della consegna del bene e del versamento del denaro, viene rinvenuto in ulteriori schemi negoziali collegati al preliminare stesso.

Nondimeno, con la decisione testé riportata, la Corte sembrerebbe aver confermato quell'orientamento diretto a sostenere la compatibilità delle obbligazioni accessorie con lo schema del contratto preliminare, il quale manterrebbe pertanto immutata la propria funzione tipica¹⁵⁸.

La soluzione offerta dalla Corte ha destato, tuttavia, numerose perplessità, con riferimento, in particolare, alla scelta di individuare, nelle pattuizioni «aggiuntive», autonomi e distinti negozi collegati al preliminare, al punto che non può ritenersi soddisfacente¹⁵⁹.

In particolare, come si avrà modo di esaminare, mentre la giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite sopra richiamata, pur evitando di ribadire la tesi del collegamento negoziale, non contesta il risultato cui è giunta la Corte, la maggior parte della dottrina che si è occupata del tema si è mostrata assai critica rispetto alla soluzione accolta¹⁶⁰.

3.1. La posizione della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla ricostruzione del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati quale ipotesi di collegamento negoziale.

¹⁵⁸ TOMASSETTI C., *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 914, sub nt 26, il quale evidenzia come il collegamento negoziale non rappresenterebbe un nuovo e autonomo tipo negoziale quanto un particolare schema strutturale la cui composizione è rimessa alle parti in virtù dell'autonomia riconosciuta dall'art. 1322 c.c.

¹⁵⁹ La ricostruzione in termini di collegamento negoziale è stata, altresì, definita come un «mitologico cerbero (strutturale)». Cfr. PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, cit., 1090 ss.

¹⁶⁰ Per tali osservazioni cfr., altresì, VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 527.

Come anticipato, la giurisprudenza più recente, in linea con l'indirizzo interpretativo dominante, riconduce al contratto definitivo la fonte esclusiva di tutti i diritti e gli obblighi dei contraenti. Tuttavia, se è dato ravvisare pronunce che hanno accolto la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite in termini di collegamento negoziale¹⁶¹, ve ne sono altre che – pur giungendo alle medesime conclusioni con riferimento tanto alla compatibilità con la figura del contratto preliminare, tanto in merito alla qualificazione giuridica della posizione del promissario acquirente – richiamano indifferentemente una pluralità di giustificazioni causali possibili, senza, tuttavia, offrire una precisa soluzione¹⁶².

¹⁶¹ Cass., 12 novembre 2015, n. 23128, in *Banche dati Pluris*; Cass., 21 novembre 2014, n. 24807, in *Banche dati Pluris*; Cass., 3 luglio 2013, n. 16629, in *Guida al dir.*, 2013, 42, 70; Cass., 20 giugno 2012, n. 10186, in *Banche dati Pluris*: «Questa Corte, infatti, componendo a sezioni unite il contrasto insorto tra le sezioni semplici, ha enunciato il principio che nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato, funzionalmente collegato al contratto preliminare e produttivo di effetti meramente obbligatori, e che, pertanto, la relazione del promissario acquirente con il bene è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata»; Cass., 22 luglio 2010, n. 17245, in *Ced. Cass.*, 2010.

¹⁶² Cass., 1 marzo 2010, n. 4863, in *Banche dati Pluris*, in particolare si afferma che, quale che sia la configurazione causale che si voglia riconoscere al contratto preliminare ad effetti anticipati (clausola atipica introduttiva di un'obbligazione aggiuntiva o collegamento negoziale), la consegna della cosa e l'anticipato pagamento del prezzo non sono, comunque, incompatibili con la figura del preliminare; Cass., 25 gennaio 2010, n. 1296, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 7-8, 1, 712, con nota di Nocera, la quale, dopo aver richiamato la pronuncia delle Sezioni Unite, afferma che il promissario acquirente acquista la materiale disponibilità del bene in virtù di un titolo meramente obbligatorio, non ancora traslativo del reale corrispondente, senza, tuttavia, indicare la presenza di un contratto di comodato; Cass., 9 giugno 2011, 12634, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 875, la quale, con riferimento al tema dei rapporti tra contratto preliminare e fallimento, ha escluso, in conformità ad un orientamento pressoché costante in giurisprudenza, che la valutazione di congruità del prezzo di cui all'art. 67, comma 1°, l. fall., possa riferirsi ad un momento precedente al trasferimento del diritto, attuato mediante la stipula del definitivo e ciò, anche ove si tratti di un preliminare c.d. ad effetti anticipati; in senso critico a tale soluzione cfr., tra gli altri, PETTI G., *Preliminare ad effetti anticipati e revocatoria fallimentare*, in *I Contratti*, 1, 2012, 30 ss., il quale, sul presupposto della necessità di individuare nel contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, un diverso tipo di accordo (rispetto al preliminare c.d. puro) – che, lungi dal rappresentare un mero *pactum de contrahendo*, racchiuderebbe in sé un vero e proprio obbligo di dare, mediante il quale le parti si limitano a rinviare, ad un momento successivo, solo l'esecuzione della prestazione di trasferire, senza riservarsi alcuna possibilità di precisare o modificare il contenuto del precedente accordo – ravvisa, nel preliminare c.d. ad effetti anticipati, l'atto a titolo oneroso, c.d. «anormale», da assoggettare a revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 1°, l. fall., laddove, il contratto definitivo, per la sua esclusiva funzione solutoria del precedente vincolo obbligatorio, andrebbe, invece, ricondotto nella fattispecie delineata al comma 2° della medesima disposizione, la quale afferma la revocabilità dei «pagamenti di debiti liquidi ed

La dottrina, dal canto suo, si è dimostrata fortemente critica rispetto alla soluzione offerta dalla Corte, individuando diversi aspetti dai quali emergerebbero numerose incongruenze.

Al riguardo, un primo orientamento, ha evidenziato l'impossibilità di ravvisare, nella fattispecie *de qua*, la presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi che caratterizzano lo schema del collegamento negoziale¹⁶³ :

esigibili». Sembrerebbe non prendere in considerazione la diversa ricostruzione che, nel tempo, è stata offerta con riferimento al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, quale fonte non solo di un mero obbligo di contrarre ma, altresì, di un vero e proprio obbligo di dare, Cass. Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131 (in *Banche dati Pluris*), la quale è intervenuta sulla questione in merito al potere da parte del curatore fallimentare (in caso di fallimento del promittente venditore), di sciogliersi dal contratto preliminare, ai sensi dell'art. 72, commi 1° e 3°, l. fall., nel caso in cui il promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda *ex art. 2932 c.c.* La Corte, in particolare, affermando l'opponibilità del contratto preliminare al curatore nell'ipotesi di accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica, sul mero presupposto dell'effetto prenotativo derivante dalla trascrizione della domanda *ex art. 2652, n. 2, c.c.*, sembrerebbe confermare l'orientamento tradizionale che vede nel contratto preliminare la fonte di un mero obbligo di contrarre. A parere delle Sezioni Unite, dunque, è solo ove il meccanismo pubblicitario possa dirsi completato con la trascrizione della sentenza di accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica, che il contratto preliminare potrà ritenersi opponibile alla massa fallimentare; diversamente, ove la domanda trascritta non venga accolta, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda verrà meno e, di conseguenza, la sentenza dichiarativa di fallimento sarà opponibile al promissario acquirente, rendendo in questo modo efficace, nei suoi confronti, la scelta del curatore di sciogliersi dal contratto (in senso conforme già, Cass. Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 528; in argomento cfr., altresì, Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Fallimento*, 639, secondo la quale, tuttavia, la scelta del curatore di sciogliersi dal contratto rappresenterebbe un elemento ostativo all'accoglimento della domanda di cui all'art. 2932 c.c.); in proposito cfr., BALESTRA L., *Trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. e potere del curatore fallimentare ex art. 72, comma 1, l. fall.: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite*, in *Il Fall.*, 12, 2015, 1293 ss., il quale evidenzia come la Corte abbia completamente omissso di considerare l'ormai annoso dibattito che ha condotto parte della dottrina ad individuare nel preliminare la fonte di un vero e proprio obbligo, a carico del promittente alienante, di far acquistare il diritto di proprietà; e, d'altro canto, tale ultima ricostruzione sarebbe, peraltro, idonea a rafforzare le ragioni che hanno condotto ad affermare la prevalenza della trascrizione della sentenza *ex art. 2932 c.c.*, nell'ipotesi in cui la relativa domanda sia stata trascritta prima dell'iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento.

¹⁶³ Con il termine collegamento negoziale si intende quel fenomeno per il quale più contratti risultano tra di loro coordinati al fine di realizzare una unitaria e complessa operazione economica (Cass., 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, 91); in particolare, la distinzione si fonda su un mero criterio sostanziale, costituito dall'unità o pluralità di cause, ove nessuna rilevanza riveste il criterio formale, ossia l'unicità o pluralità dei documenti contrattuali (in questo senso cfr., tra gli altri, GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, 3° ed., a cura di Zorzi Galgano N., Padova, 2015, 251). Tradizionalmente si afferma che, al fine di potersi ravvisare un collegamento negoziale tra negozi, che impone una considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, diretti alla regolamentazione degli interessi delle parti nell'ambito di una finalità pratica unitaria; sia quello soggettivo, inteso quale comune

mancherebbe tanto la relazione economica e teleologica intercorrente tra i diversi contratti¹⁶⁴, quanto l'intenzione delle parti di dirigere i contratti verso uno scopo unitario. L'unico intento dei contraenti sarebbe, infatti, quello di giungere alla vendita del bene oggetto del contratto e, al solo fine di agevolare un simile risultato, gli stessi prevedono di anticipare la consegna del bene e il pagamento del prezzo, inserendo, a tal fine, delle mere clausole strumentali all'operazione finale¹⁶⁵.

Si afferma, inoltre, che una simile conclusione si porrebbe in contrasto con la libertà riconosciuta ai sensi dell'art. 1322 c.c., oltretutto con il criterio di interpretazione di cui all'art. 1362 c.c.; in altre parole, affermando la sussistenza di contratti collegati e accessori al contratto preliminare, non si rispetterebbe la volontà delle parti, le quali avrebbero, invece, manifestato la volontà di vincolarsi ad un unico contratto¹⁶⁶.

intenzione delle parti di realizzare non solo l'effetto tipico di ciascun negozio, ma anche uno scopo unitario come derivante dal loro coordinamento. Sul collegamento negoziale in generale, cfr., tra gli altri, GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 826; SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.; MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000, spec. 138 ss.; MESSINEO F., *Contratto collegato*, voce *Contratto Collegato*, in *Enc. del dir.*, X, Milano, 1962, 48 ss.. Sui recenti orientamenti in dottrina e in giurisprudenza in materia di collegamento negoziale, cfr. FERRANDO G., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 1997, 233 ss.. Per un esame delle diverse classificazioni proposte con riferimento all'istituto in esame, cfr. altresì PIRONTI A., *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *I Contratti*, 12, 2008, 1098 ss.

¹⁶⁴ *Contra*, CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, cit., 552, secondo il quale non vi sarebbe alcuna difficoltà nell'individuare, nella fattispecie in esame, il nesso teleologico che unisce il mutuo e il comodato al contratto preliminare.

¹⁶⁵ NOCERA I. L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 7-8, 717; CHIOSI A., *op. ult. cit.*, 552, il quale, pur individuando la presenza del requisito oggettivo esclude la possibilità di ravvisare quello soggettivo.

¹⁶⁶ VIOLA L., *Il nuovo contratto preliminare ad effetti anticipati. Riflessioni dopo le SS.UU. 7930/2008*, in *Vita not.*, 2008, 473, ove si afferma che se le parti hanno apposto una sola firma, significa che la loro intenzione era quella di vincolarsi ad un solo negozio; CHIOSI A., *op. ult. cit.*, 552 ss.; nello stesso senso cfr., altresì AGNESE A., *Il preliminare ad effetti anticipati e la vendita immobiliare: una storia di ordinaria contrattazione*, in *www.diritto.it*; il quale evidenzia come ravvisare «un rapporto avente causa credendo sembra poco aderente alla realtà», dal momento che il promissario acquirente (il preteso mutuante) non farebbe, in realtà, altro che dare una caparra confirmatoria per bloccare l'affare.

Ancora, è stato osservato che la ricostruzione offerta dalla Corte, ben si adatterebbe a quelle ipotesi in cui, ad un preliminare originariamente puro, si aggiungano, solo successivamente, ulteriori accordi volti a disciplinare la consegna del bene e il pagamento del prezzo. In questi casi, infatti, non è difficile affermare che i due negozi gratuiti di mutuo e di comodato, integrano quello iniziale consentendo la realizzazione del fine perseguito. Diversamente, qualora questi accordi siano stati inseriti *ab origine* nel preliminare, sarebbe legittimo ritenere che essi abbiano influito sulla determinazione delle condizioni economiche complessive: ad esempio, il promittente venditore potrebbe aver previsto un prezzo maggiore quale corrispettivo (del già programmato) godimento anticipato. In tali ipotesi, dunque, dovrebbe escludersi la gratuità della concessione in godimento del bene e della corresponsione delle somme e, di conseguenza, la sussistenza dei contratti di comodato e di mutuo gratuito¹⁶⁷.

Alcuni autori hanno, altresì, sollevato numerose perplessità in merito al permanere del carattere della gratuità rispetto a due contratti «*reciproci, collegati e interdipendenti*»¹⁶⁸. Invero, le prestazioni dei contraenti, pur se derivanti da contratti distinti ma collegati, sarebbero connotate dalle reciprocità (nella generalità dei casi, infatti, la consegna della cosa avviene dietro pagamento integrale o parziale del prezzo)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, cit., 995 ss.; LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare “ad effetti anticipati” e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. it.*, 2011, 3, 555; anche SACCO R., *Il contratto*, I, cit., 88, rifiuta la possibilità di ravvisare un contratto gratuito collegato ad un contratto oneroso, in quanto la presenza di quest’ultimo vanificherebbe la gratuità; PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, cit., 1098, il quale sottolinea come la ricostruzione in termini di collegamento negoziale appaia contraddittoria proprio nella misura in cui stabilisce un collegamento tra due negozi autonomi ed entrambi gratuiti, mentre deve ritenersi che l’uno costituisca il corrispettivo dell’altro: le reciproche prestazioni rappresenterebbero, l’una rispetto all’altra, il riequilibrio degli interessi, soprattutto patrimoniali, che le parti mirano a realizzare.

¹⁶⁸ In questo senso cfr. VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 528; VIOLA L., *Il nuovo contratto preliminare ad effetti anticipati. Riflessioni dopo le SS.UU. 7930/2008*, cit., 473 ss., il quale evidenzia come «*dare un bene gratuitamente ad un altro soggetto per avere in prestito denaro gratuitamente, sembra essere un’operazione a titolo oneroso o corrispettivo e non gratuito*».

¹⁶⁹ CHIOSI A., *op. cit.*, 553, il quale evidenzia come, nei contratti con prestazioni corrispettive, assunta rilevanza proprio il requisito della reciprocità delle prestazioni patrimoniali. Al

Con riferimento alla qualificazione in termini di mutuo della consegna del denaro da parte del promissario acquirente, si è, altresì, osservato come, sebbene lo scopo di finanziamento possa essere uno dei motivi per i quali le parti ricorrono allo schema negoziale in esame, non si possono escludere ipotesi in cui, la consegna del denaro, dal promissario acquirente al promittente venditore, avvenga, piuttosto, a mera garanzia dell'impegno assunto¹⁷⁰.

Si evidenzia, inoltre, che, nel disporre l'esecuzione anticipata delle prestazioni, le parti non avrebbero alcun intento restitutorio, che è, invece, effetto primario del mutuo (che prevede la restituzione del *tantundem*) e del comodato (ove il comodatario si obbliga a restituire la medesima cosa ricevuta¹⁷¹).

Altri autori hanno osservato, altresì, che la considerazione della fattispecie in termini di comodato non risulterebbe applicabile in tutte quelle ipotesi in cui, il promissario acquirente, sia stato autorizzato a svolgere attività

riguardo, si è proposto di ricondurre le prestazioni oggetto di anticipata esecuzione, alle figure del mutuo oneroso (atipico) e della locazione, ove il corrispettivo della disponibilità della somma, sarebbe rappresentata dal godimento del bene.

¹⁷⁰ GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, cit., 390.

¹⁷¹ LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, cit., 554-555; NOCERA I. L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, cit., 717; PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, cit., 1098; SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 9, 1049, ove si evidenzia come il contratto di comodato non rifletterebbe, né sul piano soggettivo né su quello oggettivo, la posizione giuridica del promissario acquirente. E, infatti, da un lato il promissario acquirente gode del bene nella convinzione di non doverlo restituire; dall'altro, il promittente venditore, non solo viene privato della facoltà di godimento, ma risulterebbe, altresì, limitata la sua facoltà di disposizione ove il preliminare sia stato trascritto. Inoltre, quest'ultimo sarà, altresì, normalmente disincentivato a «proteggere» il bene e, così, a «controllare» il corretto utilizzo da parte dell'altro contraente; CORTUCCI D., *Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, cit., 632 ss., la quale, sul diverso presupposto di dimostrare l'idoneità del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati a realizzare il trasferimento del possesso, distingue tra la natura meramente strumentale degli effetti obbligatori derivanti da quest'ultimo contratto, in quanto l'obbligo di prestare il futuro consenso per la conclusione del contratto definitivo si atteggia quale strumento attraverso il quale si realizza il trasferimento del diritto e il contratto di comodato, ove l'effetto obbligatorio che ne deriva, ossia l'obbligo di restituire il bene al comodante, è fine a se stesso.

sul bene, in quanto, al momento della restituzione, il bene sarebbe differente da quello precedentemente consegnato¹⁷².

Inoltre, non è chiaro se la Suprema Corte, riferendosi esclusivamente ai contratti di mutuo e di comodato, abbia o meno precluso alle parti la possibilità di utilizzare negozi diversi, che meglio si adattino alle loro esigenze¹⁷³.

Ancora, autorevole dottrina ha evidenziato l'artificialità della ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite, laddove ha richiamato le fattispecie del mutuo e del comodato allo scopo di giustificare le prestazioni di anticipata consegna del bene e di pagamento del prezzo. Invero, tali prestazioni sarebbero oggetto di una mera clausola accessoria al contratto preliminare, la quale sarebbe già di per sé idonea a costituire il «titolo» richiesto dalla legge per configurare la mera detenzione in capo al promissario acquirente¹⁷⁴.

Parte della dottrina ha, altresì, posto in luce come la soluzione offerta dalla Corte sembrerebbe vanificare i risultati a cui la medesima giurisprudenza era precedentemente giunta¹⁷⁵; quest'ultima, infatti, era giunta a negare l'appartenenza dell'accordo preliminare di vendita alla categoria dei *pacta de contraendo*, ravvisando, in capo al promissario alienante, due distinte obbligazioni: una di *dare*, cioè di far acquisire la proprietà del bene al promissario acquirente e un'altra, strumentale alla prima, di *facere*, ovvero di

¹⁷² PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, cit., 1098.

¹⁷³ Ad esempio, nell'ipotesi in cui il versamento del prezzo venga effettuato a titolo di acconto sul prezzo, ovvero di caparra confirmatoria; cfr., GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, cit., 390, secondo il quale, tuttavia, la Corte non avrebbe inteso escludere tale possibilità, ma solo offrire una soluzione per l'ipotesi in cui le prestazioni non siano riconducibili a diversi negozi; SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, cit., 1049, la quale evidenzia come dalla decisione in commento non emergano i motivi per i quali le prestazioni oggetto di anticipata esecuzione siano state ricondotte a due precisi tipi negoziali.

¹⁷⁴ Di conseguenza, si afferma l'idoneità del preliminare a produrre effetti diversi e maggiori dal mero obbligo di concludere un contratto, attraverso la previsione di mere clausole accessorie non idonee ad alterarne la natura; in questo senso, cfr., PATTI S., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note su Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 286, il quale ha ritenuto pletorico il riferimento ai due negozi di mutuo e comodato, trattandosi di mere clausole accessorie al contratto preliminare.

¹⁷⁵ Tra le altre, Cass., 23 novembre 2007, n. 24448, in *Notariato*, 2008, 2, 129.

prestarsi alla stipulazione del definitivo¹⁷⁶. Di contro, nella ricostruzione operata nella decisione in esame, sembrerebbe potersi ravvisare un sostanziale disconoscimento della possibilità del contratto preliminare di produrre effetti ulteriori e diversi dall'obbligo di prestare il successivo consenso, al punto che il fondamento giustificativo dell'anticipata esecuzione delle prestazioni si rinviene nella presenza di due ulteriori contratti, distinti dal contratto preliminare, sebbene ad esso funzionalmente collegati.

Altra autorevole dottrina ha, altresì, evidenziato come la soluzione proposta dalla Corte potrebbe creare non pochi problemi in relazione al divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Infine, è stato correttamente osservato come la ricostruzione offerta in termini di collegamento negoziale, non sia, invero, riconducibile al pensiero espresso da quella dottrina, cui le medesime Sezioni Unite sembrerebbero aver inteso rinviare.

La dottrina richiamata, infatti, lungi dal ravvisare un'ipotesi di collegamento negoziale, avrebbe, piuttosto, evidenziato come le prestazioni anticipatamente eseguite dalle parti, di carattere meramente provvisorio, opererebbero su un piano prettamente economico e non giuridico.

In questi termini, dunque, il rinvio ai contratti di mutuo e comodato operato dalla medesima dottrina, dovrebbe essere inteso in termini puramente descrittivi e, dunque, al solo fine di offrire una visione più chiara della vicenda in esame.

¹⁷⁶ VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 529 ss., il quale evidenzia come la decisione delle Sezioni Unite ha segnato una «*anomala battuta d'arresto*» rispetto alle conclusioni cui la medesima, da ultimo, era giunta in materia di contratto preliminare; GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, cit., 389; PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, cit., 1097, il quale sottolinea come qualificare le pattuizioni accessorie previste dalle parti in termini di negozi collegati al preliminare, comporterebbe un disconoscimento della stessa portata del preliminare c.d. complesso, dal momento che, quest'ultimo, non verrebbe mai a configurarsi, dovendosi ricondurre quelle pattuizioni ad autonomi negozi e, dunque al di fuori dello schema del negozio preparatorio.

Invero, l'obiettivo avuto di mira da quell'orientamento¹⁷⁷, cui le Sezioni Unite fanno implicitamente riferimento, era unicamente quello di porre in luce come, se sul piano economico la situazione cui danno vita i promissari acquirenti ben potrebbe ricondursi ai contratti di mutuo e comodato, dal punto di vista giuridico la vicenda interesserebbe il solo profilo obbligatorio, ossia rappresenterebbe un mero rafforzamento della promessa preliminare. Alla luce di ciò, nell'anticipata esecuzione delle prestazioni dovrebbe, pertanto, ravvisarsi da un lato, l'impegno da parte del promittente venditore a non pretendere la restituzione del bene fino al momento della conclusione del definitivo e, dall'altro, l'impegno del promissario acquirente a non ripetere la somma versata¹⁷⁸.

* * *

In conclusione, alla luce di quanto premesso, può affermarsi che la possibilità di ricostruire la fattispecie del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, come ipotesi di collegamento negoziale, si scontra con due ordini di considerazioni: l'unicità della causa della figura negoziale in esame e il rispetto della volontà dei privati¹⁷⁹.

Con riferimento al primo profilo, non sarebbe, invero, possibile individuare nel contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati una pluralità di cause, quanto, piuttosto, un'unica causa perseguita dalle parti con la fattispecie negoziale.

¹⁷⁷ GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit., 721 ss.

¹⁷⁸ In questo senso cfr., altresì, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 35, il quale espressamente dubita della possibilità di ricondurre la fattispecie ad un'ipotesi di collegamento negoziale. In particolare, se sul piano economico la vicenda in esame può essere ricondotta alle fattispecie del mutuo e del comodato, sul piano giuridico le prestazioni si sviluppano sul piano obbligatorio «quale rafforzamento della promessa preliminare».

¹⁷⁹ Ad ogni modo, nulla vieta che le parti, nella loro autonomia negoziale, concludano, accanto al preliminare puro, autonomi contratti al fine di regolare la fase intermedia (es. un contratto di locazione per disciplinare il godimento del bene da parte del promissario acquirente, prima del trasferimento del diritto).

La ricostruzione offerta sembrerebbe, inoltre, tradire la stessa autonomia contrattuale, dal momento che non è possibile individuare una volontà delle parti di vincolarsi ad ulteriori contratti diversi dal preliminare.

Ad ogni modo, nella fattispecie in esame, non sembrerebbe neppure possibile ravvisare la presenza dei presupposti soggettivi e oggettivi del collegamento negoziale. Invero, con riferimento all'elemento soggettivo, non sarebbe possibile riscontrare la volontà delle parti di instaurare un collegamento negoziale tra più contratti, per il perseguimento di uno scopo unitario; piuttosto, vi è la volontà delle parti di agevolare l'operazione negoziale attraverso delle clausole strumentali alla realizzazione del risultato finale. Del pari, non sembrerebbe potersi individuare neppure il requisito oggettivo, giacché l'unitarietà della causa rimanda ad un unico negozio, al quale vengono opposte delle mere clausole funzionali alla realizzazione dello scopo.

Del pari, non appare condivisibile la scelta, operata dalla Corte, di ricondurre i contratti ritenuti collegati al preliminare, alle fattispecie del mutuo e del comodato e, ciò, sulla base di diverse considerazioni.

In primo luogo, non è possibile individuare alcun intento altruistico nell'anticipata esecuzione delle prestazioni, con la conseguenza che deve certamente escludersi il carattere gratuito degli eventuali contratti di mutuo (espressamente qualificato come tale dalla Corte) e di comodato; e, infatti, attraverso l'anticipata esecuzione delle prestazioni, le parti «*perseguono interessi prettamente economici e cercano, attraverso reciproci sacrifici, di bilanciare le loro ragioni*»¹⁸⁰. In tal modo, la gratuità, sebbene il perseguimento di un'utilità indiretta non sia incompatibile con la gratuità delle figure negoziali in esame, verrebbe certamente meno ove tale utilità derivi da una determinata controprestazione¹⁸¹.

¹⁸⁰ LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, cit., 555.

¹⁸¹ In questo senso cfr. altresì VIOLA L., *Il nuovo contratto preliminare ad effetti anticipati. Riflessioni dopo le SS.UU. 7930/2008*, cit., 474, il quale evidenzia come, pur ammettendo i negozi a titolo gratuito – diversamente dalle liberalità – un vantaggio indiretto, nel caso di specie (nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite del 2008), vi sarebbe una vera e propria corrispettività diretta.

Inoltre, ove tali accordi siano stati previsti *ab origine* nel preliminare, non è escluso che le parti abbiano già determinato un prezzo maggiore per la vendita come corrispettivo del godimento anticipato del bene da parte del promissario acquirente.

Infine, la gratuità dei due negozi non potrebbe conciliarsi con lo schema del collegamento negoziale, alla luce delle particolari conseguenze da quest'ultimo derivanti. La mancanza di uno «scambio» rispetto al singolo negozio, non esclude, infatti, che l'insieme dei contratti costituenti il collegamento negoziale presenti il carattere della corrispettività; le prestazioni tipiche di ciascun contratto possono, dunque, essere reciproche, nel senso che ciascun contraente assume posizioni invertite in ciascun contratto. In proposito, può condividersi l'opinione secondo la quale il collegamento negoziale consentirebbe di attribuire carattere di corrispettività a negozi in apparenza gratuiti¹⁸²; alla luce di ciò, dunque, è possibile individuare nei due contratti, distinti ma collegati, una corrispettività delle singole prestazioni (nella specie consegna del bene e pagamento del prezzo), sicché dovrebbe negarsi l'intento altruistico e, di conseguenza, la presenza dei contratti di comodato e mutuo gratuito.

Ancora, non sarebbe dato riscontrare, nella fattispecie in esame, nessun intento restitutorio da parte dei promissari: le parti, infatti, sono piuttosto dirette all'acquisto definitivo della *res*, attraverso la conclusione del successivo contratto.

¹⁸² In particolare, gli autori che si sono occupati del tema della gratuità o onerosità dell'atto giuridico nell'ambito del collegamento negoziale, riconoscono il carattere oneroso di un atto gratuito collegato ad un altro negozio oneroso, cfr. SCALFI G., *Corrispettività e alea dei contratti*, Milano-Varese, 1960, 99, ove si legge «non ci si deve limitare a ricercare un compenso collegato, in modo strutturale, alla alienazione (o al trasferimento o alla prestazione) considerati, bensì un qualsiasi compenso o, più in genere, un sacrificio che sia a quelli collegato: non si può distinguere tra il caso di una vendita di credito, e il caso di trasferimento di un credito senza corrispettivo, ma attuato mediante un contratto collegato ad un altro contratto che comporti un vantaggio per il cessionario di quel credito; non si può distinguere tra un deposito o un mandato compensati e un deposito o un mandato non compensati, ma collegati con altro contratto od altro negozio attraverso i quali depositario e mandatari ottengano un compenso»; SACCO R., *Il contratto*, I, cit., 88, il quale afferma che non è possibile ravvisare un contratto gratuito collegato ad un contratto oneroso: «La presenza dell'altro contratto distrugge infatti la gratuità»; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro Padano*, 2000, I, 334.

Infine, se non possono escludersi ipotesi in cui l'anticipata corresponsione del prezzo avviene (anche) per uno scopo di finanziamento a favore del promittente alienante (si pensi, ad esempio, nell'ipotesi in cui il bene promesso in vendita sia un edificio ancora da costruire o in corso di costruzione), nella maggior parte dei casi, il versamento del denaro avviene, tuttavia, a garanzia della serietà dell'impegno assunto.

Meno decisivo appare, invece, il rilievo di quanti, al fine di negare legittimità alla ricostruzione offerta dalla Corte, hanno posto in luce come la possibilità di individuare, nella fattispecie in esame, un contratto di mutuo e di comodato, collegati al contratto preliminare, potrebbe creare numerosi problemi in relazione al divieto di patto commissorio¹⁸³.

¹⁸³ Il patto commissorio è quell'accordo mediante il quale il debitore e il creditore convengono che, in caso di inadempimento di un debito, la proprietà di un bene del debitore, garantito da pegno, ipoteca (art. 2744 c.c.) o oggetto di un contratto di anticresi (art. 1963 c.c.), passi al creditore. Si tratta, dunque, di un accordo finalizzato a garantire l'adempimento di un'obbligazione e che il nostro ordinamento sanziona con la nullità. Tale garanzia può, inoltre, aggiungersi o meno a quelle specificamente costituite da pegno, ipoteca o anticresi. Quanto alla *ratio* del divieto in parola, l'orientamento tradizionale ritiene che la disciplina di cui all'art. 2744 c.c., sia finalizzata «ad una più efficace tutela del debitore e ad assicurare la par condicio creditorum» (Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *Contratti*, 2004, 11, 979); alla base del divieto vi sarebbe, dunque, l'esigenza di tutelare il debitore, soggetto a possibili abusi da parte del creditore, nonché gli altri creditori, estranei al rapporto, i quali subirebbero un pregiudizio dall'accordo commissorio, in quanto destinato ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore [In dottrina non vi è, invero, unanimità di vedute sulla *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c. Secondo alcuni autori, il divieto sarebbe rivolto a tutelare il debitore, contro le pressioni esercitate dal creditore (in questo senso, cfr. CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 191]; a tale orientamento, tuttavia, si replica che, al fine di tutelare il debitore, l'ordinamento già prevede le azioni di annullamento e di rescissione; si evidenzia, inoltre, che il patto commissorio è vietato anche se stipulato dopo la costituzione delle garanzie (così, ANDRIOLI V., *Sub Art. 2744. (Divieto del patto commissorio)*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2° ed., VI, 1955, 53; per altri, invece, il divieto sarebbe rivolto, in primo luogo, alla tutela dei creditori estranei all'accordo (cfr. MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1121 ss.; BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P., diretto da F. D. Busnelli, 2° ed., 2010, 315 ss.); una diversa opinione ha, invece, individuato il fondamento del divieto in esigenze che interessano la collettività; più precisamente, la *ratio* del divieto è stata individuata nell'esigenza di tutelare un interesse generale, ovvero nel rispetto delle procedure esecutive, cfr. BETTI V., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 699; o ancora, nel principio della tipicità dei vincoli e delle garanzie reali, cfr. MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, 1436. Altra autorevole dottrina suggerisce, invece, di individuare la *ratio* del divieto nell'esigenza di porre un limite alla derogabilità dei procedimenti di attuazione del credito previsti dal nostro

D'altro canto, se è innegabile l'attitudine della contrattazione preliminare a realizzare un accordo commissorio¹⁸⁴ e, ciò, in virtù della

ordinamento, i quali risultano diretti a tutelare, di volta in volta, le ragioni del debitore, quelle del creditore ovvero dei terzi (in questo senso, ANELLI F., *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 74 ss.). Infine, un diverso orientamento ha ritenuto di poter individuare la *ratio* del divieto in esame argomentando *a contrario* dalla liceità dei trasferimenti in funzione di garanzia che consentono di eliminare la disparità tra il valore del credito garantito e il bene trasferito, quali, ad esempio, il patto marciano o il pegno irregolare (cfr. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. Giur.*, 1995, 12, 1360; LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 233 ss., accoglie quest'ultima soluzione, altresì, VERDI M. V., *Patto commissorio e collegamento negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 515); per una ricostruzione delle diverse opinioni in merito alle ragioni del divieto, cfr. GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, 44 ss.; alla luce di una pluralità differente di opinioni in merito alla *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c., è interessante quanto affermato dalla Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Banche dati De Jure*, ove si legge: «*Invero, quale che sia la "ratio" (difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la par condicio creditorum; inammissibilità di una garanzia reale atipica; inderogabilità della procedura esecutiva; evitare l'assoggettamento convenzionale del debitore a un potere di autotutela e di autosoddisfazione del creditore; impedire che attraverso la datio in solutum di beni non valutati preventivamente con criteri di obiettività siano attribuiti al creditore beni di valore sensibilmente più elevato dell'importo del mutuo e degli accessori; tutelare un superiore interesse generale, attinente al pregiudizio sociale derivante da siffatta forma di garanzia e dagli inconvenienti (usura, ecc.) ad essa collegati), è certo che, secondo dottrina e giurisprudenza (...), il divieto del patto commissorio ha portata generale, con conseguente estensione a qualunque negozio mediante il quale le parti intendano realizzare il fine vietato dalla legge, anche al di fuori dell'anticresi o della dazione di pegno o ipoteca*». Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice civile, l'orientamento dominante era nel senso di un'interpretazione letterale del divieto di cui all'art. 2744 c.c. Al fine di individuare l'ambito di applicazione della fattispecie vietata, dunque, si adottava un criterio strettamente formalistico, per il quale, il divieto in esame operava solo in presenza di una garanzia tipica ed esclusivamente rispetto alle alienazioni sospensivamente condizionate all'inadempimento da parte del debitore-alienante, mentre si ammettevano le alienazioni in garanzia immediatamente efficaci (*ex multis*, cfr., Cass., 14 aprile 1981 n. 2245, in *Rep. Foro it.*, 1981, II, voce *Vendita*, 102; Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Foro it.*, 1978, II, voce *Vendita*, 94; per una ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale nell'interpretazione dell'art. 2744 c.c., cfr., CILIA L., *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*, in *I Contratti*, 11, 2004, 979 ss.). Solo in un secondo momento la giurisprudenza ha adottato un criterio funzionale che consente di verificare se le fattispecie concrete realizzino o meno il risultato vietato dall'ordinamento (cfr., tra le altre, Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, 212 ss.; Cass. Sez. Un. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, I, 1428 ss.; Cass., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1821 ss.; Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 136 ss.). Attraverso l'adozione del suddetto principio è stato, pertanto, possibile estendere la portata del divieto a qualsiasi negozio che realizzasse il risultato vietato, attribuendo, al contempo, ai giudici di merito, il compito di verificare se l'operazione sottoposta al loro esame concretizzasse o meno una fattispecie commissoria.

¹⁸⁴ La contrattazione preliminare, infatti, può essere impiegata per eludere il divieto in parola ogniqualvolta sia funzionalmente collegata ad un'operazione creditizia (sull'idoneità del contratto preliminare ad eludere il divieto di cui all'art. 2744 c.c., cfr., tra gli altri, CAMILLERI E., *Alienazione in garanzia conclusa in forma preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 600 ss.; BOTTA C., *Operatività del divieto del patto commissorio e trasferimento in garanzia*, in *Notariato*, 1995, 225 ss.; GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una*

disciplina di cui all'art. 2932 c.c., che, escludendo la possibilità per il debitore di sottrarsi all'obbligo in precedenza assunto, consente al creditore di ottenere gli effetti del definitivo (e dunque il trasferimento della proprietà del bene costituito in garanzia); è pur vero che, un simile rischio potrebbe palesarsi anche con riferimento alla fattispecie «pura» e, dunque, ogniqualvolta le parti abbiano subordinato la conclusione del contratto definitivo all'inadempimento del debitore (promittente alienante).

Di conseguenza, poiché lo scopo del divieto è quello di contrastare le alienazioni aventi funzioni di garanzia, al fine di individuare la presenza di un accordo commissorio, sarà, comunque, necessario verificare se, nel caso concreto, «*il meccanismo negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento di un bene del creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia*»¹⁸⁵.

collocazione problematica, cit., 390). In proposito, è stato da tempo evidenziato come i rischi insiti nel patto commissorio ben potrebbero realizzarsi per effetto della disciplina di cui all'art. 2932 c.c., che consente al promissario acquirente-creditore di ottenere gli effetti del definitivo, senza che il promittente possa sottrarsi a tale obbligo (BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1957, 178 ss.; in giurisprudenza, tra le altre, Cass., 4 ottobre 1988, n. 5555, in *Vita not.*, 1988, 709, ove si sottolinea come, a fronte dell'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, il promittente deve subire il trasferimento della proprietà a vantaggio dell'altro contraente, così consentendo al creditore insoddisfatto di divenire titolare del bene costituito in garanzia); la figura del c.d. patto commissorio obbligatorio – qual è quella che si realizza, appunto, mediante un impiego del contratto preliminare contrastante con il divieto di cui all'art. 2744 c.c. – costituisce, dunque, una delle numerose varianti attraverso le quali le parti mirano a raggiungere il risultato vietato (al riguardo, si evidenzia la progressiva estensione della portata applicativa del divieto di cui all'art. 2744 c.c.; ciò ha consentito di ravvisare convenzioni a carattere commissorio anche di fronte a più negozi collegati tra loro, ove concepiti per realizzare uno scopo di garanzia (Cass., 30 ottobre 1991, n. 11638, in *Giur. it. Mass.*, 1991; Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, cit.); in particolare, si riconosce l'idoneità del contratto preliminare a dissimulare un mutuo con patto commissorio, allorché la promessa di vendita preveda la restituzione della somma mutuata dal promissario acquirente, *ex multis*, cfr. Cass., 4 ottobre 1988, n. 5555, cit.; Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1208 ss.; Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3055 ss.; Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, 175 ss.; Cass., 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 597; Trib. Torino, 8 aprile 2002, in *Giur. merito*, 2004, 48, con nota di Pardi; l'unica opinione contraria alla sanzionabilità di un contratto preliminare per violazione del divieto di patto commissorio, sembrerebbe rinvenirsi in STOLFI G., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, 767 ss., il quale ha escluso l'applicabilità del divieto del patto commissorio al contratto preliminare sul presupposto degli effetti meramente obbligatori di tale fattispecie e, dunque, della mancanza dell'acquisto automatico del bene, ritenuto elemento essenziale per l'operatività del divieto.

¹⁸⁵ Così, Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, cit.; quanto detto trova precisa conferma nella giurisprudenza di legittimità; al riguardo, cfr., Cass., 21 maggio 2013, n. 12462, in *Banche dati*

* * *

Alla luce dei rilievi sollevati in merito alla ricostruzione da ultimo offerta dalle Sezioni Unite, è necessario verificare se esistano altre soluzioni accettabili, che possano apparire soddisfacenti non solo per il giurista ma soprattutto per gli operatori del settore; è sempre bene, infatti, tener presente che lo strumento contrattuale in esame è destinato a trovare applicazione in contesti caratterizzati da un elevato grado di praticità, rispetto ai quali mal si adattano ricostruzioni astratte e artificiose.

Ad ogni modo, per poter procedere all'esatto inquadramento della fattispecie in concreto posta in essere, in primo luogo occorre aver riguardo – al pari di quanto richiesto all'interprete ogniqualvolta si accinge alla qualificazione di un negozio – all'assetto di interessi che le parti hanno di fatto inteso realizzare e ciò, al di là del *nomen iuris* dalle stesse utilizzato¹⁸⁶.

De Jure, ove in modo chiaro si evidenzia che: «(...) in linea di principio, anche un contratto preliminare di compravendita può incorrere nella sanzione dell'art. 2744 c.c., ove risulti l'intento primario delle parti di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell'adempimento delle obbligazioni contratte dal promittente venditore con altro negozio collegato, sì da stabilire un collegamento negoziale e strumentale tra i due negozi. E' evidente, peraltro, che, allorché lo strumento negoziale adoperato dalle parti in funzione di garanzia sia rappresentato da un contratto preliminare, in tanto può configurarsi un illecito patto commissorio, in quanto i contraenti abbiano predisposto un meccanismo (quale la previsione di una condizione) diretto a far sì che l'effetto definitivo e irrevocabile del trasferimento si realizzi solo a seguito dell'inadempimento del debitore-promittente venditore, rimanendo, in caso contrario, il bene nella titolarità di quest'ultimo».

¹⁸⁶ In questo senso cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

CAPITOLO TERZO

VERSO UN «RIPENSAMENTO» DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE LA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

Premessa.

Per poter offrire una risposta in merito alla natura del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, è necessario partire dalla (ri) considerazione della fattispecie della contrattazione preliminare nel suo complesso e, dunque, dal significato oggi assunto dalla medesima. Invero, dal momento in cui tale figura negoziale ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento fino ad oggi, diversi sono stati gli interventi in materia, così rilevanti da poter ipotizzare un generale «ripensamento»¹⁸⁷ della fattispecie in esame.

Quale conseguenza delle numerose novità introdotte, è possibile individuare una pluralità diversa di accordi preliminari, in grado di esprimere un «*graduale intensificarsi del vincolo*» derivante dal contratto preliminare c.d.

¹⁸⁷ Evidenziano una fase di «ripensamento» della figura del contratto preliminare, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 262; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1121, la quale sottolinea come l'evoluzione subita dalla figura del contratto preliminare – in termini di maggior ricchezza di contenuti – sia tale da distinguerla notevolmente da quella avuta presente dal legislatore del 1942.

puro, il quale, da una forma «promissoria», evolverebbe fino ad acquisire una forma «quasi definitiva»¹⁸⁸.

Al punto che può condividersi la tesi di quegli autori che hanno ritenuto che non fosse più possibile parlare di contratto preliminare, ma fosse necessario riferirsi ai contratti «preliminari»¹⁸⁹; con la precisazione, tuttavia, che si tratta di figure, sì nuove e distinte tra loro, ma pur sempre riconducibili all'interno della (unica) categoria della contrattazione preliminare.

Quanto premesso, e alla luce di quanto verrà precisato nel prosieguo, consentirebbe, dunque, di ammettere la presenza di una «riconsiderazione» della contrattazione preliminare nel suo complesso la quale, da mero obbligo di concludere un contratto, si è arricchita di nuovi elementi al fine di meglio adattarsi alle nuove esigenze provenienti dalla prassi delle contrattazioni.

Sezione I

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE NELLA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE

¹⁸⁸ Così, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 145 ss.; DI MAJO A., *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 2, 1997, 132, secondo l'A., i numerosi interventi in materia di contratto preliminare, la cui intensità consente di parlare di «normalizzazione del contratto preliminare» (nel senso che le novità introdotte consentirebbero di omologare il contratto preliminare ai «normali» contratti traslativi di beni o di diritti), rischiano di spingere la stipulazione di contratti preliminari «sempre un po' più a monte», al punto da costringere le parti ad avvalersi di veri e propri «preliminari di preliminari»; Id., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 1639, ove si evidenzia come, a fronte della crescente tutela riconosciuta al promissario acquirente – sempre più vicina, di fatto, a quella prevista per il contratto definitivo – il preliminare si stia avvicinando sempre più ad un comune contratto obbligatorio, con cui le parti si promettono «prestazioni» più che «consensi».

¹⁸⁹ DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 145 ss., la quale, tuttavia, individua nel contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati una natura giuridica diversa rispetto a quella propria della fattispecie «pura».

SOMMARIO: 1. I rimedi contro i vizi e le difformità del bene. – 1.2. (segue) Il superamento del dogma dell'intangibilità del preliminare. – 1.3. (segue) La condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi. – 2. Sull'inapplicabilità dei termini di cui all'art. 1495 c.c. – 3. Considerazioni finali.

1. I rimedi contro i vizi e le difformità del bene.

Un ruolo fondamentale per la «rivalutazione» della figura del contratto preliminare è stato svolto, in primo luogo, dalla giurisprudenza¹⁹⁰, allorché si è preoccupata di riconoscere una maggiore tutela a favore del promissario acquirente¹⁹¹.

Il promissario acquirente, prima della stipula del definitivo, si trova, infatti, in una situazione di «passaggio», la quale, da un lato, non corrisponde a quella dell'acquirente e, dall'altro, è proiettata verso l'acquisto del diritto, acquisto reso ancor più certo a seguito dell'introduzione della disciplina di cui all'art. 2932 c.c.

A ben vedere, uno dei vantaggi offerti dall'anticipata esecuzione delle prestazioni, è proprio quello di consentire al promissario acquirente, di verificare la conformità del bene rispetto a quanto in precedenza pattuito, prima che il rapporto assuma carattere definitivo.

¹⁹⁰ SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 34, il quale parla di una «rivoluzione sommersa» ad opera della giurisprudenza, al punto da legittimare la domanda se l'istituto del contratto preliminare, come emerso dall'elaborazione giurisprudenziale, coincida effettivamente con quello elaborato dal legislatore del '42.

¹⁹¹ E, infatti, con riferimento in particolare al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, dalle prime decisioni in materia emerge, quale dato costante, l'esigenza di determinare la concreta incidenza delle clausole di anticipazione degli effetti rispetto alla figura del contratto preliminare, mentre raramente l'attenzione si è rivolta all'esame delle diverse questioni relative all'inadempimento delle specifiche obbligazioni che possono sorgere da tale fattispecie contrattuale; osserva l'iniziale disinteresse per i profili legati all'inadempimento, tra gli altri, GABRIELLI E., *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, cit., 315.

E, tuttavia, il ricorso alla fattispecie in esame ha per lungo tempo garantito una posizione di indubbio vantaggio per il promittente venditore¹⁹² (segno, d'altro canto, di uno strumento negoziale introdotto nel nostro ordinamento al preciso scopo di rispondere alle esigenze degli imprenditori edili); e, infatti, la giurisprudenza, in linea con la dottrina tradizionale, non mancava di precisare che dal contratto preliminare derivasse un mero obbligo di fare, inteso nel senso di prestare il consenso per la conclusione del successivo contratto. Secondo l'impostazione tradizionale, dunque, dal preliminare sorgerebbe un mero diritto alla conclusione del futuro contratto definitivo e non il diritto alla prestazione che ne forma oggetto¹⁹³.

Una simile impostazione incideva particolarmente sulla disciplina applicabile nell'ipotesi di vizi o difformità del bene promesso in vendita; i rimedi previsti agli artt. 1490 e ss., presuppongono infatti la stipula del contratto definitivo, con conseguente impossibilità per il promissario acquirente di avvalersene fino all'acquisto della proprietà del bene¹⁹⁴.

A ciò si aggiungeva l'affermazione del «principio di intangibilità del contratto preliminare», per il quale, al giudice, nell'emettere la sentenza *ex art. 2932 c.c.*, non era consentito sostituire la propria volontà con quella manifestata dai contraenti nel contratto preliminare; si negava, pertanto, la possibilità di una pronuncia accessoria a quella di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, diretta a modificare il contenuto del contratto preliminare¹⁹⁵.

¹⁹² Così, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 81; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 27.

¹⁹³ In questo senso, *ex multis*, Cass., 16 ottobre 2001, n. 12608, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 1754.

¹⁹⁴ Cass., 24 gennaio 1973, n. 222, in *Rep. Foro it.*, 1973, II, voce *Vendita*, 19; in alcuni casi, le Corti sono giunte a negare all'acquirente la possibilità di avvalersi della garanzia per i vizi anche dopo che l'effetto traslativo si fosse già verificato e ciò, sul presupposto che, a fronte del godimento anticipato del bene, gli stessi non potessero più considerarsi occulti, cfr., Cass., 1 dicembre 1962, n. 3250, cit.; Trib. Torino, 7 aprile 1975, in *Giust. civ.*, 1976, I, 150 ss.

¹⁹⁵ In un primo momento, il dogma della necessaria corrispondenza tra la sentenza *ex art. 2932 c.c.* e il contenuto del preliminare, portò ad escludere l'ammissibilità dell'esecuzione specifica non solo nell'ipotesi di mancata individuazione dell'oggetto, ma anche in presenza di vizi o mancanza di qualità, oltretutto nell'ipotesi in cui non vi fosse una perfetta corrispondenza, rispetto a quanto previsto nel preliminare, tra le parti ovvero con riferimento all'oggetto; in questo senso cfr., Cass., 9 dicembre 1982, n. 6730, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, 1982, 136; Cass., 20 luglio 1979, n. 4338, in *Rep. Foro it.*, 1979, II, voce *Vendita*, 18; Cass., 20

In questo modo, il ricorso a tale strumento contrattuale si risolveva in una posizione di ingiustificato vantaggio per il promittente venditore, costringendo l'aspirante acquirente, in presenza di vizi o difformità del bene, a scegliere di agire per la risoluzione del contratto e contestuale risarcimento del danno, ovvero, qualora non avesse voluto rinunciare al bene, ad accettare la stipulazione del definitivo negli stessi termini pattuiti.

Le lacune di una simile tutela risultavano ancora più gravi in quei casi in cui, nonostante i difetti, il promissario acquirente aveva comunque interesse a procedere con l'acquisto del bene, e ciò perché, per esempio, lo stesso aveva nel frattempo trasferito nell'appartamento consegnatogli il proprio studio o la propria abitazione¹⁹⁶.

Successivamente, l'uso sempre più diffuso della contrattazione preliminare e, in particolare, di quella c.d. ad effetti anticipati, ha messo in evidenza l'esigenza di offrire, al promissario acquirente, adeguati strumenti di tutela contro il rischio che il bene oggetto del contratto risulti affetto da vizi o da difformità.

Le prime manifestazioni¹⁹⁷ di un nuovo indirizzo giurisprudenziale si registrarono allorché le Corti iniziarono a distinguere – sul piano della tutela –

gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, 1002 ss.; affermano la necessaria identità tra contratto preliminare e definitivo, quale corollario del principio del principio consensualistico e del dogma della volontà, altresì, Cass., 24 gennaio 1973, n. 222, cit.; Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Giur. it.*, 1969, I, 1203.; sul punto v., tra gli altri, MAZZAMUTO S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., XX, *Tutela dei diritti*, T. II, 2° ed., Torino, 2008, 390; MANTELLO M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, cit., 540; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1994, 1108 ss.; DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 81; GABRIELLI E., *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, cit., 317; PALADINI M., *Termine, risoluzione per inadempimento, esecuzione in forma specifica*, in Giusti A. – Paladini M., *Il contratto preliminare*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di Cedon P., Milano, 1992, 205 ss.

¹⁹⁶ Così, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 82. Evidenzia l'inadeguatezza di questa disciplina, altresì, LENER A., *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 670.

¹⁹⁷ Invero, i primi segnali di un mutamento di prospettiva si rinvenivano anche in alcune pronunce precedenti a quelle qui prese in esame, le quali riconoscono al giudice il potere di intervenire sul contenuto del rapporto ogniqualvolta la difformità dell'oggetto non sia tale da incidere sulla sua identità; al riguardo cfr., Cass., 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*,

le ipotesi in cui le parti avevano anticipato l'esecuzione di una o entrambe le prestazioni finali. Si elaborò, dunque, una disciplina particolare, diversa da quella applicabile alla fattispecie tradizionale e giustificata dal fatto che, ad un'anticipata esecuzione delle prestazioni, dovesse corrispondere un'anticipata tutela a favore del promissario acquirente.

Non può, infatti, dubitarsi che l'esigenza di tutela del promissario acquirente si avverta ancor di più in quelle ipotesi in cui quest'ultimo, pur rimanendo comunque legato alla futura condotta della controparte al fine di ottenere il trasferimento del diritto, sia stato già immesso – magari anche da molto tempo – nella disponibilità del bene.

Così, sul presupposto che la consegna anticipata del bene costituisca oggetto di un'obbligazione derivante dal contratto preliminare e, dunque, non legata alla disciplina di cui all'art. 1492 ss. c.c., si ammise la possibilità, per il promissario acquirente, di chiedere, in alternativa alla risoluzione del preliminare, la condanna del promittente venditore ad eliminare, a proprie spese, i vizi della cosa¹⁹⁸.

La diversa disciplina elaborata per la categoria del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, condusse, dunque, ad evidenziare due diversi tipi di accordi preliminari: uno primo accordo, caratterizzato dall'anticipata esecuzione delle prestazioni, dal quale derivava non solo un obbligo di

1972, I, 899, la quale ammette un intervento modificativo da parte del giudice nelle ipotesi in cui siano sopravvenute «*modificazioni oggettive che, senza determinare l'impossibilità prevista nell'art. 2932 c.c., (...) lasciano presumere che la riproduzione letterale, nella sentenza, di tutte le clausole previste (...) non realizzi più gli interessi delle parti così come erano da queste apprezzati al momento dell'assunzione dell'obbligo di contrarre*».

¹⁹⁸ Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, cit.; in senso conforme, Cass., 5 agosto 1977, n. 3560, in *Foro it.*, 1977, I, 2642 ss.; Cass., 9 aprile 1980, n. 2268, in *Rep. Foro it.*, 1980, II, voce *Vendita*, 35, ove chiaramente si afferma che, qualora il promittente venditore si obblighi a consegnare il bene prima della stipula del definitivo, quest'ultimo assume, altresì, l'obbligo di adempiere esattamente la propria prestazione e, dunque, di consegnare un bene esente da vizi; Cass., 6 novembre 1987, n. 8220, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 760 ss.; Cass., 14 novembre, 1988, n. 6143, in *Vita not.*, 1988, II, 1176; in senso critico alla ricostruzione offerta dalla pronuncia che ha inaugurato il *revirement* giurisprudenziale, cfr., DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 87 ss., la quale evidenzia come, nel caso di specie, nonostante le premesse, il riconoscimento della possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento non derivava dall'individuazione di un obbligo di esatta consegna a carico del promittente venditore, quanto dal fatto che quest'ultimo, nella sua qualità di costruttore, avesse assunto uno specifico obbligo di procedere a determinati lavori che assicurassero la conformità del bene a quanto pattuito.

contrarre ma anche un ulteriore e specifico obbligo di *facere*¹⁹⁹; e il preliminare «puro», il quale manteneva la sua tradizionale configurazione quale contratto dal quale sorge un mero obbligo di prestarsi alla conclusione del definitivo²⁰⁰.

La situazione era, comunque, destinata ben presto a mutare; infatti, la Corte²⁰¹ intervenne qualche anno dopo nel dibattito, negando rilievo alla precedente distinzione tra preliminare a consegna anticipata e preliminare «puro», ammettendo in entrambi i casi la possibilità di esercitare – nell’ambito del giudizio promosso ai sensi dell’art. 2932 c.c. – non solo l’azione di esatto adempimento, con la condanna del promittente acquirente all’eliminazione dei vizi, ma, altresì, (in alternativa) quella diretta alla riduzione del prezzo stabilito con il preliminare.

La soluzione non fu, tuttavia, accolta in modo uniforme all’interno della giurisprudenza²⁰², al punto che si rese necessario un intervento delle Sezioni Unite, le quali confermarono la possibilità di ampliare la tutela riconosciuta al

¹⁹⁹ Invero, nella pronuncia in esame, l’elemento determinante per il sorgere dell’obbligo di assicurare la conformità del bene alle caratteristiche pattuite, non è stato ricondotto al solo fatto della consegna anticipata del bene, quanto al fatto che il promittente venditore, nella sua qualità di costruttore, avesse assunto una specifica obbligazione di procedere a determinati lavori sul bene. Solo in un secondo momento, dunque, le Corti iniziarono ad ammettere la presenza di una generale obbligazione in capo al promittente alienante di trasferire il bene secondo le caratteristiche pattuite, a prescindere tanto dall’anticipata consegna del bene, quanto dalla presenza di un’ulteriore e specifica obbligazione di *facere*.

²⁰⁰ DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1638, il quale evidenzia come tale pronuncia risultasse ancora condizionata alla tradizionale concezione del contratto preliminare quale fonte di una mera obbligazione di prestare il consenso al trasferimento; ciò spiegherebbe il motivo per il quale l’azione di esatto adempimento venga riconosciuta solo rispetto alle obbligazioni accessorie proprie dei preliminari «complessi».

²⁰¹ Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, cit.; in senso conforme Cass., 16 dicembre 1981, n. 6671, in *Rep. Foro it.*, 1981, I, voce *Contratto in genere*, 167, a sostegno di questo nuovo orientamento si affermava, in particolare, che ove dopo la conclusione del contratto preliminare si verificano delle sopravvenienze, quali la presenza di vizi nel bene oggetto del contratto ovvero la sua maggiore o minore estensione rispetto a quanto pattuito, la sentenza di cui all’art. 2932 c.c., possa intervenire al fine di ristabilire l’equilibrio sinallagmatico delle prestazioni. D’altro canto, la disciplina di cui all’art. 2932 c.c., non prescrive alcun obbligo di necessaria ripetizione del medesimo contenuto fissato nel preliminare; né una regola di rigida corrispondenza è contenuta nel secondo comma della medesima disposizione, la quale richiede solo l’offerta della prestazione senza, tuttavia, stabilirne la misura.

²⁰² Il principio di immodificabilità del preliminare è stato in particolare ribadito da: Cass., 9 dicembre 1982, n. 6730, cit.; Cass., 7 maggio 1987, n. 4237, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1417 ss.; Cass. 6 agosto 1990, n. 7907, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 791; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr., COGGI F., *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1987, III, 700.

promissario acquirente, indipendentemente dall'anticipata esecuzione delle prestazioni²⁰³.

In particolare, le Sezioni Unite evidenziarono che negare al giudice ogni potere di intervento rispetto al contenuto del contratto preliminare, avrebbe comportato un ingiustificato vantaggio a favore del promittente alienante, consentendo allo stesso di sottrarsi agevolmente agli impegni assunti semplicemente apportando al bene promesso alcune modifiche; di contro, il promittente acquirente, interessato ad ottenere comunque il bene, sarebbe stato costretto a versare lo stesso prezzo pattuito nonostante la presenza di vizi e difformità che ne diminuivano il valore.

In quell'occasione, la Suprema Corte rilevò altresì che il problema della compatibilità della sentenza costitutiva con gli altri mezzi di tutela in favore del promissario adempiente, viene in considerazione solo nel momento in cui diviene attuale l'obbligo di concludere un contratto definitivo. E, infatti, prima della mancata conclusione del definitivo, il promissario acquirente, in caso di anticipata esecuzione delle prestazioni, può avvalersi degli ordinari rimedi previsti per le ipotesi di inadempimento e, quindi, del risarcimento del danno, della risoluzione (ove l'inadempimento non sia di scarsa importanza), nonché dell'azione di esatto adempimento. Nel momento in cui diviene, invece, attuale l'obbligo di concludere il contratto definitivo, il promissario acquirente potrà

²⁰³ Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; in *Foro it.*, 1985, 1697 ss., con nota di MACARIO F., *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare «rettificato»*. La Corte riconosce, dunque, che anche con riferimento al preliminare c.d. puro possono prospettarsi esigenze di tutela del promissario acquirente, allorché, nel domandare l'esecuzione specifica del preliminare, si contesti la presenza di vizi o difformità gravanti sul bene. Può, inoltre, evidenziarsi come nella pronuncia *de qua*, le Sezioni Unite abbiano individuato nell'azione di riduzione del prezzo un rimedio non riservato al solo contratto di vendita; quest'ultima costituisce, piuttosto, uno strumento di carattere generale, diretto a salvaguardare l'equilibrio tra le prestazioni, il quale può essere riconosciuto a fronte della violazione, da parte del promittente venditore, dell'obbligo di trasferire il bene con le caratteristiche pattuite in sede di preliminare, a prescindere dalla sua configurabilità come «puro» o «complesso»; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 26, il quale ravvisa in questa presa di posizione da parte della giurisprudenza, un passo «storico» nell'evoluzione concettuale del preliminare.

agire per la riduzione del prezzo del bene viziato o difforme a quanto pattuito, contestualmente all'azione²⁰⁴ di cui all'art. 2932 c.c.²⁰⁵

Quanto premesso consente, pertanto, di distinguere due aspetti dell'inadempimento del contratto preliminare, a seconda che quest'ultimo si manifesti nel momento in cui diviene attuale l'obbligo di concludere il definitivo, ovvero in un momento precedente. Il venir meno della distinzione tra preliminare «puro» e «complesso», che caratterizza l'indirizzo giurisprudenziale in esame, riguarda solamente il primo profilo; di contro, nel caso di «prestazioni anticipate», può aversi l'inadempimento di un'autonoma obbligazione derivante dal contratto preliminare, rispetto al quale troveranno applicazione le norme generali in materia di adempimento²⁰⁶.

²⁰⁴ Si tratta, evidentemente, di rimedi di cui il promissario acquirente potrebbe avvalersi anche ove la stipula del definitivo intervenga in esecuzione spontanea dell'obbligo assunto con il preliminare.

²⁰⁵ La pronuncia in esame affronta, invero, solo la questione relativa alla compatibilità della disciplina di cui all'art. 2932 c.c., con il rimedio generale della riduzione del prezzo e non anche la diversa questione relativa all'esperibilità dell'azione di esatto adempimento; in questo senso, cfr., le osservazioni di MANTELLO M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, cit., 542 ss.

²⁰⁶ Il problema della distinzione tra preliminare «puro» e preliminare ad «effetti anticipati», risulta, in questo modo, fortemente ridimensionato: una volta ammesso che al mero obbligo di prestare il consenso alla conclusione del definitivo si affianca, in entrambi i casi, un obbligo da parte dei promissari di porre in essere l'attività prodromica all'attuazione dell'assetto di interessi programmato, le obbligazioni accessorie che caratterizzano il preliminare «complesso», non risultano da sole idonee a giustificare una diversa tutela a favore del promissario acquirente; piuttosto, la presenza di queste ulteriori obbligazioni richiederà l'individuazione di uno specifico referente normativo rapportato alle singole fattispecie cui le medesime risultino eventualmente riconducibili; cfr., DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 89-90. L'A., in particolare, evidenzia come non sia possibile negare rilevanza alle ulteriori obbligazioni che derivano dall'anticipata esecuzione delle prestazioni. In queste ipotesi, infatti, possono sorgere per i contraenti ulteriori obblighi di *facere* – così, ad esempio, nel caso in cui il promittente venditore sia anche costruttore del bene –, rispetto ai quali sarebbe opportuno individuare la specifica disciplina applicabile alla fattispecie in concreto posta in essere e, ciò, al fine di assicurare adeguata tutela al promissario acquirente rispetto alle ipotesi di inadempimento. La necessità di riservare un'autonoma tutela alle obbligazioni accessorie che derivano dal contratto preliminare - non legata, dunque, alle diverse questioni che possono sorgere rispetto all'obbligo di far acquistare il diritto in modo conforme a quanto pattuito -, è stata, come detto, opportunamente evidenziata dalle Sezioni Unite in occasione della decisione in esame; sul punto cfr., altresì, MANTELLO M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, cit., 540 ss., il quale sottolinea la necessità di distinguere tre diversi profili dell'inadempimento: 1) quello dell'inadempimento di determinate obbligazioni derivanti dal preliminare; 2) quello del mancato adempimento dell'attività «preparatoria» necessaria per consentire la conclusione del contratto definitivo secondo i

La Corte, dunque, giunge a ricollegare la tutela a favore del promissario acquirente, all'inadempimento di una specifica obbligazione, gravante sul promittente venditore, di trasferire il bene in modo conforme a quanto pattuito, a prescindere dall'anticipata consegna del bene²⁰⁷.

Risultano allora pienamente condivisibili le osservazioni di quella dottrina secondo la quale: «*Manifestare il consenso per il contratto definitivo significa solo attuare uno dei momenti rilevanti affinché tale assetto possa dirsi realizzato*». E, infatti, adempiere esattamente il contratto preliminare significa, in primo luogo, consentire il realizzarsi dell'assetto di interessi convenuto²⁰⁸; di

termini e le modalità convenute; 3) quello della mancata conclusione del definitivo entro il termine pattuito. Le pronunce successive all'intervento delle Sezioni Unite sembrano aver colto la distinzione tra preliminare «puro» e «complesso», con riferimento alle obbligazioni accessorie e alla specifica e diversa tutela ad esse riservata. In proposito si è affermato che, ove prima della stipula del definitivo, sia stato consegnato un bene privo delle caratteristiche pattuite, il promissario acquirente può «*come qualsiasi creditore, pretendere l'esatto adempimento di quell'autonoma obbligazione di consegna o chiedere, in caso d'inesatto adempimento, la risoluzione del contratto, senza potersi avvalere della disciplina relativa alla garanzia per i vizi della cosa venduta*», così Cass., 6 novembre 1987, n. 8220, cit. Anche nelle pronunce più recenti si riconosce la necessità di accordare una specifica tutela nell'ipotesi di consegna anticipata del bene; cfr., in proposito, Cass., 16 febbraio 2015, n. 3029, in *Notariato*, 2015, 2, 173 ove si legge: «*prima della stipula dell'atto definitivo, la presenza di vizi nella cosa consegnata abilita il promissario acquirente (...) ad opporre la exceptio inadimpleti contractus al promittente venditore che gli chieda di aderire alla stipulazione del contratto definitivo e di pagare contestualmente il saldo del prezzo, e lo abilita, altresì, a chiedere, in via alternativa, la risoluzione del preliminare per inadempimento del promittente venditore, ovvero la condanna di quest'ultimo ad eliminare a proprie spese i vizi della cosa*».

²⁰⁷ Emerge, così, un contenuto più ampio del contratto preliminare: dall'obbligo di prestare il consenso per la conclusione del successivo negozio, deriva, altresì, l'obbligo di trasferire un bene che risulti conforme all'impegno assunto. Le parti sono, pertanto, tenute a porre in essere quell'attività preparatoria che risulti indispensabile per garantire la conformità del rapporto definitivo all'assetto di interessi in precedenza programmato. Al riguardo, autorevole dottrina ritiene che dev'essere respinta la tesi che esclude l'esperibilità, prima della conclusione del definitivo, dei rimedi previsti per l'ipotesi in cui il bene oggetto del contratto presenti vizi o difformità; così, ROPPO V., *Il contratto*, cit., 622, secondo il quale, «*oggetto del preliminare sono le stesse prestazioni dedotte nel definitivo*», sì che, eventuali vizi e sopravvenienze che mettono a rischio la prestazione prima ancora della stipula del definitivo, «*deludono direttamente l'interesse contrattuale della parte del preliminare, che quella prestazione attende*» e, dunque, è già in relazione alla prestazione del preliminare che si verifica l'inadempimento; *contra*, PLAIA A., *op. ult. cit.*, 186, secondo il quale, in assenza di una specifica obbligazione assunta con il contratto preliminare (costruire o mantenere il bene secondo quanto pattuito), non è possibile individuare un obbligo gravante sul promittente alienante sul presupposto che promettere di trasferire equivarrebbe a promettere di trasferire il diritto sul bene esente da vizi e ciò, in quanto, l'assenza di vizi o difformità dev'essere garantita in modo specifico.

²⁰⁸ Con riferimento al contenuto dell'ulteriore obbligazione gravante in capo al promittente venditore, cfr., Cass., 16 luglio 2001, cit.: «*E' infatti indubbio che dal contratto preliminare*

contro, eventuali obbligazioni accessorie assumono autonoma rilevanza in relazione a specifici interessi delle parti, le quali sono libere di regolare i reciproci rapporti fino alla conclusione del contratto definitivo²⁰⁹.

La possibilità di uniformare la tutela riconosciuta al promissario acquirente, indipendentemente dall'anticipata esecuzione delle prestazioni, nasce, dunque, dalla constatazione per cui il contratto preliminare non costituisce la fonte di un mero obbligo di prestare il consenso per la conclusione del futuro contratto, ma impegna, altresì, le parti a realizzare la vicenda traslativa secondo quanto in precedenza pattuito²¹⁰.

c.d. puro sorge a carico del promittente venditore un'obbligazione articolata che lo impegna a prestare il consenso e, quindi, a trasferire una cosa corrispondente a quella apprezzata dal promittente acquirente nonché ad astenersi dall'apportarvi modifiche e a impedire, usando la comune diligenza, modificazioni provenienti da fatti esterni o da terzi; in una parola, ad approntare i mezzi necessari per garantire l'identità tra prestazione preparatoria e prestazione finale»

²⁰⁹ In questo senso, cfr., MANTELLO M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, cit., 566, ss., l'A., in particolare, evidenzia l'esigenza di intendere il rapporto preliminare in senso dinamico, in quanto diretto, secondo l'intenzione delle parti, alla graduale introduzione dell'assetto di interessi programmato; proprio in quanto parte di un programma obbligatorio «unitario ma graduato», il preliminare è astrattamente idoneo a costituire un'autonoma fonte di diritti e obblighi, fino alla conclusione del contratto definitivo.

²¹⁰ In questo modo, dunque, emerge con tutta evidenza il carattere «programmatico» del preliminare rispetto al definitivo. Per tale soluzione cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit., secondo la quale l'offerta da parte del promittente venditore «di un bene che presenti difformità o vizi, viola il sostanziale impegno traslativo dello stesso promittente ed abilita la controparte ad utilizzare tutti i rimedi concessi dalle norme generali in tema di adempimento»; evidenziano come dal preliminare non derivi il mero obbligo alla prestazione del successivo consenso, ma altresì, una serie di ulteriori obblighi diretti a garantire il risultato finale, tra gli altri, BIANCA C. M., *Il contratto*, cit., 185-186; Id., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, cit., 152-153: «Già dal momento iniziale, (...), si rende attuale il tempo di compimento di quelle attività preparatorie della prestazione che esigono un tempestivo intervento anteriore all'adempimento finale. Così, ad es., il promittente venditore deve approntare il bene in maniera che questo possa essere attribuito al momento della stipulazione del contratto: se il soggetto non è in grado di compiere esattamente la prestazione traslativa per il tempo della vendita, la fattispecie d'inadempimento deve ritenersi presente ancor prima della stipulazione di tale contratto»; «l'impegno di assumere il vincolo negoziale implica l'obbligo di eseguire il vincolo stesso: ciò in base a quel principio di coerenza che nel comune intendimento pone a carico del promittente gli obblighi inerenti alla sua promessa»; MACARIO F., *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, cit., 3263 ss., il quale suggerisce di considerare il rapporto nascente dal contratto preliminare in una prospettiva «dinamica» in quanto diretto alla realizzazione del risultato finale. Proprio partendo da simili considerazioni, la giurisprudenza ha successivamente riconosciuto, al promissario acquirente, una tutela ancora più forte, ammettendo che, ove questo non voglia domandare la risoluzione del contratto, può agire nei confronti del promittente venditore chiedendo, anche disgiuntamente dall'azione prevista dall'art. 2932 c.c., l'eliminazione dei vizi, oppure, in alternativa, la riduzione del

Il riconoscimento di una tutela più ampia nell'ipotesi di preliminare c.d. puro, non limitata alla possibilità di esperire l'azione *ex art.* 2932 c.c., assume, pertanto, un ruolo decisivo nella ridefinizione del contenuto e degli effetti di questa fattispecie negoziale²¹¹. E, infatti, se la più ampia tutela, in un primo momento riservata alle sole ipotesi di anticipata esecuzione delle prestazioni, si giustificava con l'esigenza di tutelare le pattuizioni previste dalle parti per regolare il rapporto intermedio e con funzione di garanzia per il risultato finale, mentre non assumeva nessuna rilevanza rispetto all'obbligo di contrarre derivante dal preliminare, a presidio del quale era, invero, già prevista la sentenza di cui all'art. 2932 c.c.; l'estensione della medesima tutela alle ipotesi di preliminare «puro», non potrebbe assumere altro significato se non quello del

prezzo (Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. Giur.*, 1997, 1, 48, la quale ammette la possibilità di richiedere, anche disgiuntamente dalla domanda di cui all'art. 2932 c.c., la riduzione del prezzo, il cui accoglimento consentirà alle parti di procedere alla stipula del definitivo sulla base del minor corrispettivo fissato dal giudice; Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, I, 1080 ss.; Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, in *Corr. giur.*, 2002, 3, 293. A tale conclusione la Corte giunge attraverso la considerazione per la quale, una volta ristabilito l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, nulla impedisce alle parti di concludere il contratto anche in via consensuale o con separato giudizio e, dunque, senza necessità di ricorrere all'azione di cui all'art. 2932 c.c.). Invero tali affermazioni meritano una precisazione. Certamente non si può dubitare della correttezza della conclusione alla quale la giurisprudenza di legittimità è giunta nel corso del tempo, nel senso di riconoscere un potere di intervento da parte del giudice; invero, se la sentenza *ex art.* 2932 c.c., è diretta a realizzare gli effetti del contratto non concluso, non può negarsi l'esperibilità, in questa sede, dei rimedi di cui il promissario acquirente avrebbe potuto avvalersi ove il contratto definitivo fosse stato stipulato dai contraenti in modo spontaneo. Nondimeno, deve ritenersi che l'inadempimento del promissario alienante, nell'ipotesi di preliminare c.d. puro, possa configurarsi solo al momento in cui diviene attuale l'obbligo di concludere il definitivo. Diversamente, in caso di contratto preliminare di vendita con consegna anticipata rispetto alla stipula del definitivo, il promissario acquirente è abilitato, in presenza di vizi della cosa, ad esercitare, al pari di qualsiasi creditore, oltre l'azione di risoluzione (e a quella connessa di risarcimento del danno), l'eccezione di inadempimento e, quindi, a rifiutare la conclusione della compravendita e a sospendere il pagamento del prezzo, ovvero potrà esercitare, mediante l'azione diretta all'esatto adempimento di quella specifica obbligazione ovvero agire per la riduzione del prezzo (in senso conforme, Cass., 22 luglio 1993, n. 8200, *Giur. it. Mass.*, 1993).

²¹¹ Sottolinea l'importanza dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di tutela del promissario acquirente rispetto alla nozione tradizionale della contrattazione preliminare, altresì, DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1639; DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 86, la quale evidenzia come la ricerca di strumenti di tutela più adeguati a favore del promissario acquirente abbia imposto una rivalutazione del rapporto derivante da tale tipo di negoziazione.

riconoscimento che anche da quest'ultimo tipo di accordo nasca un rapporto «preparatorio degli effetti finali»²¹².

Quanto detto trova, del resto, una chiara ed espressa conferma nelle affermazioni delle Sezioni Unite contenute nella decisione testé richiamata, secondo le quali la prestazione del promittente alienante: «non si riduce all'elemento formale della prestazione del consenso, ma implica nella sostanza il trasferimento di quel determinato bene nella consistenza e con le caratteristiche fissate nel preliminare»²¹³.

Può, inoltre, evidenziarsi come il risultato sopra descritto non sia stato raggiunto attraverso un'applicazione analogica dei rimedi previsti per la vendita, giacché quest'ultimi, come detto, richiedono il trasferimento del bene²¹⁴; piuttosto, il riconoscimento di una maggiore tutela a favore del

²¹² Così GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 27; AMBROSOLI M., *Tutela del promissario acquirente e vizi del bene*, cit., 569, il quale evidenzia come proprio il particolare collegamento tra contratto preliminare e definitivo, derivante dal presupposto che il fine perseguito dalle parti non è quello della mera stipula del definitivo, quanto l'acquisto del bene che sarà procurato attraverso la conclusione del successivo accordo, consente di giustificare l'orientamento giurisprudenziale diretto a riconoscere la possibilità di esperire, unitamente all'azione di esecuzione in forma specifica, l'azione diretta ad ottenere la riduzione del prezzo. L'A., tuttavia, esclude la possibilità di riconoscere un'azione di esatto adempimento per equivalente, sul presupposto (di ordine sostanziale) che «il soggetto obbligato ad un dare può non avere (...) un'organizzazione economica idonea all'attuazione di prestazioni di fare»; di conseguenza, dovrebbe ammettersi solamente la riparazione del danno in forma specifica (attraverso la pretesa risarcitoria di cui all'art. 1218 ss.).

²¹³ Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; in senso conforme, *ex multis*, Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, cit.

²¹⁴ Cass., 11 ottobre 2013, n. 23162, in *Guida dir.*, 2014, 2, 48; Cass., 31 luglio 2006, n. 17304, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 7-8; Cass., 29 aprile 1998, n. 4354, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 899; Cass., 13 aprile 1999, n. 3626, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 834, la quale, con riferimento al contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati», evidenzia come le prestazioni di consegna del bene o di pagamento del prezzo non costituiscano un'anticipata esecuzione del definitivo e, pertanto, nell'ipotesi di vizi o difformità del bene promesso, troveranno applicazione le norme in materia di inadempimento; nello stesso senso, cfr., Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, in *Banche dati De Jure*, la quale conferma la possibilità per il promissario acquirente di agire per l'eliminazione dei vizi, oppure, in alternativa, per la riduzione del prezzo: «tali due azioni, infatti, mirando entrambe ad assicurare, in modo alternativo tra loro, il mantenimento dell'equilibrio del rapporto economico di scambio previsto dai contraenti, costituiscono mezzi di tutela di carattere generale che, in quanto tali, devono ritenersi utilizzabili anche per il contratto preliminare, non rinvenendosi nel sistema positivo, ne' in particolare nel disposto dell'art. 2932 c.c., ragioni che impediscano di estendere anche a tale tipo di contratto la tutela stabilita a favore della parte adempiente dai principi generati in tema di contratti a prestazioni corrispettive. La pronunzia del giudice assume in tal caso la funzione di un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse del

promissario acquirente si è reso possibile attraverso l'estensione al contratto preliminare degli strumenti previsti per i contratti a prestazioni corrispettive, ossia di quei rimedi derivanti dalle norme in tema di adempimento, i quali, invece, si ricollegano ai generali principi di correttezza e buona fede. Tale soluzione, dunque, conferma il fatto che la consegna di un bene affetto da vizi o difformità «viola il sostanziale impegno traslativo dello stesso promittente²¹⁵».

promissario acquirente alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente venditore».

²¹⁵ Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; più precisamente, si afferma l'esistenza di un principio generale secondo il quale sarebbe possibile un rimedio che intervenga a ristabilire l'equilibrio delle prestazioni ogniqualvolta l'originaria proporzionalità sia venuta meno, non solo per circostanze sopravvenute, ma anche per fatti imputabili allo stesso debitore. Ne consegue che, l'azione diretta alla riduzione del prezzo pattuito, non dev'essere necessariamente considerata quale garanzia specifica del compratore, dal momento che, anche prescindendo dalla presenza di una determinata obbligazione di approntamento del bene, eventualmente assunta dal promittente, l'offerta, da parte di quest'ultimo, di un bene che presenti vizi o difformità, viola il sostanziale impegno traslativo assunto dal medesimo, abilitando il promissario acquirente ad utilizzare i rimedi concessi dalle norme generali in tema di inadempimento; per tali osservazioni cfr., GAZZONI F., *op. ult. cit.*, 26-27; in senso conforme alla soluzione adottata dalla giurisprudenza cfr., BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 164, secondo il quale, l'azione di riduzione del prezzo è un rimedio a carattere generale diretto a conservare l'operazione negoziale; quest'ultima dev'essere pertanto indifferentemente riconosciuta al promissario acquirente e ciò, in quanto, l'inadempimento (del promittente alienante) può presentarsi anche prima della scadenza del termine previsto per la stipula del definitivo «*se la parte non ha posto in essere la necessaria attività preparatoria o se comunque è certo che la prestazione finale non potrà essere esattamente eseguita*». Sul punto, cfr. le considerazioni di DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 89, la quale evidenzia come l'obbligo derivante dal contratto preliminare di trasferire il bene in modo conforme a quanto pattuito, venga necessariamente ricostruito attraverso il riferimento alla garanzia che nasce dalla vendita, non nel senso di un'applicazione analogica di tale disciplina, quanto nel senso che essa rappresenta un «parametro» di riferimento al fine di determinare il contenuto dell'obbligo gravante in capo al promittente venditore; l'A., tuttavia, pur ammettendo il carattere generale dell'azione di riduzione del prezzo, ritiene che la stessa sia esperibile solo con riferimento al contratto preliminare c.d. complesso, ove vengono in considerazione specifici obblighi e rispetto al quale, tale l'azione, troverebbe fondamento normativo nella disposizione di cui all'art. 1464 c.c., applicabile in tutti i casi di parziale o inesatta attuazione dello scambio (Id., *op. ult. cit.*, 169); *contra*, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, è possibile individuare, un indirizzo che ritiene di poter applicare in via analogica la disciplina della garanzia per i vizi (con conseguente esclusione dell'azione di esatto adempimento), cfr., in giurisprudenza, Cass., 5 febbraio 2000, n. 1296, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, I, 148; Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3263 ss.; Cass., 14 marzo 1986, n. 1741, cit., ove si applica la disciplina di cui all'art. 1480 c.c. rispetto ad un preliminare di vendita ad effetti anticipati. In dottrina, cfr., le considerazioni di CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, cit., 47, il quale individua un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra l'azione di riduzione del prezzo e quella diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre: una volta pronunciata la sentenza costitutiva, al rapporto nato con il preliminare si sostituisce quello definitivo derivante dalla sentenza e, dunque, la vendita, alla

Quanto evidenziato, assume particolare rilevanza con riferimento al contratto preliminare ad effetti anticipati.

La soluzione prospettata rappresenta, infatti, un'ulteriore conferma del fatto che l'obbligo di immediata consegna, assunto dal promittente alienante con il contratto preliminare, non configura un'anticipata esecuzione del contratto definitivo, quanto una specifica e autonoma obbligazione del preliminare stesso, sicché, in caso di inadempimento, non troveranno applicazione le disposizioni dettate in materia di compravendita, bensì le norme generali in materia di inadempimento delle obbligazioni.²¹⁶

quale appartiene propriamente l'azione di riduzione del prezzo; in senso critico rispetto all'opinione offerta da quest'ultimo A., cfr., PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 183-184, il quale ricollega l'esperibilità dell'azione diretta all'eliminazione dei vizi alla presenza di una specifica obbligazione di *facere* (costruire il bene con determinate caratteristiche o mantenere lo stesso nelle condizioni pattuite), diversa da quella di prestare il consenso; il rimedio dell'esatto adempimento potrebbe pertanto esperirsi sia autonomamente, ossia nel corso dello svolgimento del preliminare, che cumulativamente all'azione di cui all'art. 2932 c.c. e, in questo secondo caso, non perché la condanna all'eliminazione dei vizi troverebbe ormai titolo nell'accordo definitivo di creazione giudiziale, ma, piuttosto, in quanto tale azione rappresenta la sanzione conseguente alla violazione di una specifica obbligazione assunta con il preliminare. In proposito cfr., altresì le osservazioni di Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, cit., ove si osserva che è solo apparente l'identità di contenuti tra l'azione di riduzione del prezzo, esercitabile dal promissario acquirente in sede di esecuzione forzata, e la *quanti minoris*, prevista in caso di vendita perfetta; quest'ultima presuppone, infatti, che l'interessato abbia già acquisito la proprietà del bene ed è pertanto diretta a fargli conseguire un *quid pluris* rispetto al perfezionamento dello scambio, di contro, quella esercitata dal promissario acquirente, mira ad ottenere proprio la realizzazione del suo interesse al trasferimento. Di conseguenza, deve riconoscersi al promissario acquirente la possibilità di agire per la riduzione del prezzo e ciò, in quanto, tale azione è del tutto diversa da quella esercitata in sede di vendita immediatamente definitiva; si tratta, infatti, di un'azione derivante dalle regole generali dei contratti, posta a tutela delle obbligazioni ordinarie di un normale contratto obbligatorio, qual è lo stesso contratto preliminare.

²¹⁶ Per tali osservazioni cfr., TRIOLA R., *Contratto preliminare e garanzia per vizi*, in *Imm. e propr.*, (Inserito) 7, 2007, IV; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 81; Cass., 13 aprile 1999, n. 3626 cit.; Trib. Cagliari, 11 maggio 1985, n. 594, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 831 ss.: «se è evidente, (...) che al contratto preliminare di compravendita non si applica la disciplina della garanzia dei vizi di cui agli artt. 1490 ss. c.c., che attiene esclusivamente alla vendita definitiva, ciò non esclude e anzi conferma l'applicabilità ad esso delle ordinarie norme sulle obbligazioni, tra le quali l'art. 1453 ss. cod. civ. Perché, (...) in realtà la garanzia per i vizi non costituisce una limitazione dei poteri del compratore bensì un ampliamento di essi rispetto alla previsione dell'art. 1476, n. 3 cod. civ., considerato che vale ad offrirgli una tutela indipendente dalla colpa del venditore. Tali vantaggi non sono offerti al promissario perché la consegna anticipata della cosa nel preliminare è semplicemente un'obbligazione ordinaria indipendente dal trasferimento della proprietà e dall'esigenza sopraddetta, per cui non è suscettibile di tutela speciale. Ciò però non significa una limitazione della tutela ordinaria di cui all'art. 1453 ss. cod. civ., perché questa non è derogata da quella. Non vale in contrario sostenere che

1.2. (segue) Il superamento del dogma dell'intangibilità del preliminare.

La decisione sopra richiamata²¹⁷, oltre ad aver inaugurato un nuovo indirizzo giurisprudenziale diretto ad eliminare la tradizionale contrapposizione tra preliminare a «prestazioni anticipate» e preliminare «puro» (nel senso sopra precisato), si caratterizza per essersi pronunciata positivamente circa la possibilità per il giudice di emettere una sentenza che tenga conto delle vicende sopravvenute che possono incidere sul contenuto del rapporto come determinato nel preliminare; in questo modo, il promissario acquirente, non sarà più costretto a scegliere tra concludere un contratto definitivo che riproduca fedelmente il precedente accordo, ovvero rimuovere quest'ultimo, ma avrà la possibilità di ottenere l'eventuale riduzione del prezzo, in ragione dei vizi occulti che ha rinvenuto sul bene, ovvero chiedere la condanna del promissario acquirente all'eliminazione dei difetti²¹⁸.

l'obbligazione primaria del contratto preliminare è quella di prestarsi alla futura stipulazione del negozio, tutelabile nei modi dell'art. 2932 cod. civ., perché ciò non toglie che le obbligazioni accessorie, quale l'anticipata consegna della cosa, trovino tutela nell'ordinaria disciplina dalla norme sopra citate, che consentono al promissario di agire nei confronti del promittente inadempiente e di scegliere tra la domanda di risoluzione del contratto e quella di esatto adempimento».

²¹⁷ Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, cit., ove si evidenzia che: «nella norma (2932 c.c.) non c'è alcuna prescrizione (...) di necessaria ripetizione nella sentenza costitutiva dello stretto contenuto precettivo fissato con il contratto preliminare (...). Una regola di rigida corrispondenza non si trova nel secondo comma della norma in questione, perché anche qui è prevista solo l'offerta della prestazione che spiega l'azione, ma non si spiega la misura della prestazione stessa»; in senso conforme, Cass., 7 agosto 1982, n. 4442, in *Rep. Foro it.*, 1982, II, voce *Vendita*, 16.

²¹⁸ In proposito, si è osservato come la possibilità di esercitare l'azione di esatto adempimento anche in sede di esecuzione in forma specifica, non deve indurre a ritenere che sussista una ingiustificata maggior tutela della promessa di vendita rispetto alla vendita definitiva. In proposito si osserva che la pretesa all'eliminazione dei vizi non è neppure esclusa nella vendita perfetta, in quanto in questo caso può ricevere tutela attraverso l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. Si è, altresì, osservato che il problema è, in realtà, solo apparente in quanto il preliminare, a differenza della vendita, non

Tale decisione segna, dunque, un primo passo verso il superamento del principio di intangibilità del preliminare²¹⁹, consentendo di adattare la sentenza resa nell'ambito del giudizio di cui all'art. 2932 c.c., all'effettiva situazione di valore delle prestazioni²²⁰.

In proposito, è stato correttamente evidenziato che *«ove il promissario interessato a conseguire la proprietà del bene oggetto del preliminare fosse costretto a corrispondere lo stesso prezzo inizialmente pattuito, nonostante le*

produce il trasferimento della proprietà ma solo vincoli obbligatori e non è, pertanto, soggetta all'azione di cui all'art. 1492 c.c.; così, Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, cit.

²¹⁹ Tale principio è stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, la quale non mancò di evidenziare come la sentenza di cui all'art. 2932 c.c. dovesse essere assimilata al contratto definitivo; si affermava, pertanto, che tutte le volte in cui il definitivo avesse dovuto divergere dal preliminare, ad esempio, per l'eventuale presenza di un vizio occulto, la sentenza avrebbe dovuto riflettere tale divergenza; in proposito cfr., SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 284 ss., ove si evidenzia che *«Il giudice non deve raccontare nella sentenza ciò che le parti dichiararono quando contrassero, e null'altro; deve inventariare ciò che le parti, oggi, tenuto conto di tutte le circostanze, si debbono reciprocamente. (...) La ragione per cui si scinde il preliminare dal definitivo sta nel consentire allo stipulante di verificare, nel tempo intermedio, se i dati, le prestazioni, le qualità, le quantità promessi, sussistono effettivamente. Si dia dunque al contraente, che ha eseguito il controllo, ogni normale mezzo di reazione contro le delusioni che ha incontrato»*.

²²⁰ Questa soluzione non offre, evidentemente, al giudice la possibilità di perfezionare il contratto definitivo, ove il preliminare non contenga elementi utili per individuare la volontà negoziale; piuttosto, il giudice è chiamato ad emettere una pronuncia, accessoria rispetto a quella sostitutiva del consenso, che consenta di rimediare alla situazione di squilibrio delle prestazioni, derivante dalla presenza di vizi nel bene promesso; in questo senso, cfr. la pronuncia in argomento, Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit. In dottrina, cfr., COGGI F., *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, cit., 700, l'A., evidenzia, inoltre, come tale orientamento, consentendo di richiedere la pronuncia costitutiva contestualmente alla riduzione del prezzo, abbia avuto, altresì, il merito di porre in rilievo il principio dell'economia dei giudizi; in proposito, si legge nella decisione testé citata: *«sarebbe chiaramente contrario a tale regola negare, in sede di esecuzione specifica, quella azione per riduzione del prezzo che il promissario dovrebbe esperire dopo la sentenza costitutiva, in separato processo»*. In merito al riconoscimento di un potere di intervento da parte del giudice cfr., altresì, MANTELLO M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, cit., 543, il quale evidenzia come il dogma dell'intangibilità del preliminare giunga, in questo modo, ad esprimere il significato di *«conformità del rapporto nascente da sentenza costitutiva all'assetto di interessi programmato dalle parti. In presenza di "difformità" che non rendano il bene da trasferire diverso per struttura e funzione da quello pattuito, si verrebbe a creare un regolamento di interessi diverso da quello voluto dalle parti se il promissario acquirente che agisca ex art. 2932 c.c. fosse costretto a corrispondere lo stesso prezzo originariamente pattuito»*; *contra*, nel senso che la sentenza di cui all'art. 2932 c.c., deve rispecchiare integralmente le pattuizioni contenute nel preliminare, cfr., Cass., 6 agosto 1990, n. 7909, in *Giur. it.*, 1991, I, 791 ss.

inesattezze e i vizi successivamente palesatisi, lungi dal rispettare il contenuto precettivo del contratto preliminare, si otterrebbe il risultato contrario»²²¹.

L'esclusione di una pronuncia accessoria idonea a garantire la conformità delle prestazioni a quanto pattuito nel preliminare, consentirebbe al promittente alienante di determinare arbitrariamente il contenuto della propria prestazione al fine di sottrarsi all'esecuzione specifica.

Le soluzioni offerte in tema di tutela del promissario acquirente, sottolineano, dunque, l'esigenza di assicurare nel definitivo assetto di interessi, il rapporto di corrispettività tra le prestazioni, come previsto in sede di preliminare²²².

²²¹ Così, Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; Cass., 16 dicembre 1981, n. 6671, cit., la quale esclude che l'art. 2932 c.c., contenga un principio restrittivo di intangibilità della pronuncia costitutiva che impedirebbe al giudice ogni statuizione tendente ad adeguare il sinallagma delle prestazioni alla effettiva situazione dei valori oggetto di scambio; Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, cit., la quale osserva che il principio della intangibilità del preliminare da parte della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., lungi dall'impedire un intervento da parte del giudice, giustifica proprio la soluzione opposta, in quanto il rispetto della volontà dei contraenti espressa in sede di preliminare, esige che la sentenza costitutiva intervenga al fine di risolvere i problemi di equilibrio tra le prestazioni che possono eventualmente intervenire nella more del rapporto. Di contro, consentendo al promittente venditore di modificare a proprio arbitrio la propria prestazione reale, si finirebbe per attribuire al definitivo un contenuto sostanzialmente diverso rispetto al preliminare; in questo senso, cfr., altresì, Cass., 12 febbraio 1993, n. 1782, in *Giur. it. Mass.*, 1993, ove si evidenzia che il «principio di intangibilità del preliminare», «impedisce al giudice di sostituire la propria volontà a quella dei contraenti ma non di accertare, con un'indagine ermeneutica, che la modifica delle pattuizioni è stata anche implicitamente prevista dai contraenti in relazione a fatti sopravvenuti, oggettivamente accertabili».

²²² Cfr., in questo senso, altresì, Cass., 29 marzo 1982, n. Cass., 29 marzo 1982, n. 1932, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 135; la quale riconosce la possibilità di un intervento dal parte del giudice, diretto a ripristinare l'equilibrio delle prestazioni, allorché risulti alterato dalla presenza di vizi e difformità nel bene promesso; in proposito, cfr., le osservazioni di MACARIO F., *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, cit., 3278, il quale evidenzia come il «principio dell'intangibilità del preliminare» costituisca, in realtà un falso problema, giacché «non si tratta di legittimare la modificabilità del contratto preliminare mediante una sorta di "abuso giudiziale"», quanto di arricchire il contenuto della sentenza ex art. 2932 c.c. al fine di garantire la corretta esecuzione del rapporto contrattuale. Sull'importanza del riconoscimento di un potere «correttivo» in capo al giudice, cfr., altresì, GABRIELLI E., *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, cit., 320-321, il quale evidenzia come, in caso contrario, si consentirebbe al promittente venditore di venir meno agli impegni assunti, ogniqualvolta lo stesso reputi più conveniente – in virtù delle mutate condizioni economiche del mercato – sciogliere il vincolo a fronte di un mero sacrificio economico, piuttosto che portare a termine l'intera operazione economica in modo conforme a quanto in precedenza pattuito; nello stesso senso, cfr. le osservazioni di DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1637-1638.

Nondimeno, vi sono dei limiti che il giudice deve rispettare nel disporre l'esecuzione forzata di un preliminare in presenza di inesattezze e difformità. L'intervento correttivo da parte di quest'ultimo deve, infatti, sempre svolgersi nel rispetto dell'assetto di interessi stabilito dalle parti, senza possibilità di trasferire un bene diverso da quello su cui si era, in precedenza, formato il consenso. Tale forma di tutela è, pertanto, esperibile solo se i vizi e le difformità non siano sostanziali, ossia non siano tali da rendere il bene oggettivamente diverso per struttura e funzione²²³.

1.3. (segue) La condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi.

A ben vedere, la «nuova» prospettiva, sopra delineata, in merito al contenuto del rapporto preliminare, offre una precisa soluzione al problema del riconoscimento, a favore del promissario acquirente, dell'azione di esatto adempimento²²⁴, in alternativa a quella diretta ad ottenere la riduzione del prezzo precedentemente pattuito.

²²³ In questo senso, cfr., Cass., 5 giugno 1979, n. 3179, in *Foro it.*, 1980, I, 1094 ss.; Cass., Sez. Un. 27 febbraio 1985, n. 1720, cit., la quale ha evidenziato come la pronuncia giudiziale non possa operare ove i vizi e le difformità del bene siano tali da rendere del tutto diverso il bene rispetto a quanto pattuito; in questo caso, infatti, il giudice andrebbe a modificare la volontà delle parti come espressa nel preliminare; in senso conforme, cfr., *ex multis*, Cass. 20 gennaio 2010, n. 937, in *Imm. e propr.*, 2010, 4, 255. Inoltre, nel disporre l'esecuzione forzata di un preliminare, il giudice è tenuto al rispetto non solo di limiti oggettivi rappresentati dalla sostanziale identità del bene oggetto del trasferimento, ma anche dei limiti di carattere soggettivo, cfr., Cass., 10 marzo 2008, n. 6308, in *Guida al dir.*, 2008, 31, 83; Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236, in *Giur. it. Mass.*, 2003. Ancora, al giudice non è consentito sostituirsi alle parti integrando un regolamento incompleto, cfr., Cass., 18 giugno 2008, n. 16597, in *Ced Cassazione*, 2008; in dottrina, cfr., FARRO V. *Il contratto preliminare*, Torino, 2006, 306, il quale parla di «morte apparente del dogma», in quanto l'intangibilità del preliminare continua a sopravvivere con riferimento all'identità del bene oggetto del trasferimento.

²²⁴ Sul punto cfr., PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 87 ss., il quale evidenzia come le difficoltà nel riconoscere, nel nostro ordinamento, la configurabilità di un diritto alla riparazione del bene, derivano dall'assenza di un'espressa norma in tal senso; invero, la disciplina di cui all'art. 1453 c.c., prevede, a fronte dell'inadempimento di uno dei contraenti, la possibilità per l'altro di richiedere l'adempimento, senza alcun riferimento esplicito all'«esatto» adempimento. Una simile previsione si rinviene,

Nell'ambito della compravendita, l'orientamento tradizionale nega la configurabilità dell'azione diretta ad ottenere l'eliminazione delle difformità²²⁵. In particolare, si afferma che la mancata previsione dell'azione di esatto adempimento²²⁶, sia da ricondurre al fatto che le obbligazioni del venditore, di cui all'art. 1476 c.c., hanno per oggetto soltanto un'obbligazione di dare, mentre è estranea qualsiasi obbligazione di *facere*. Di contro, dall'azione di esatto adempimento deriva proprio una prestazione di *facere*, avente ad oggetto l'eliminazione dei vizi e delle difformità del bene²²⁷.

A ciò si aggiunge, altresì, la constatazione della natura speciale delle disposizioni dettate in materia di vendita, sì che la garanzia prevista a favore dell'acquirente risulterebbe limitata alle sole azioni edilizie²²⁸.

invece, nella disciplina in materia di appalto [ove è propriamente ravvisabile un'obbligazione di *facere* (art. 1668 c.c.)], nonché in quella dettata per il contratto d'opera (art. 2226 c.c.).

²²⁵ Cfr., tra le altre, Cass., 19 maggio 1995, n. 5541, in *Banche dati Pluris*; Cass., 28 maggio 1988, 3656, in *Riv. Notariato* 1990, 552; VAGLIO E., *Il contratto preliminare e l'esatto adempimento*, nota a Cass., n. 9991/1994, in *I Contratti*, 1995, 141; in dottrina, tra gli altri, GORLA G., *La compravendita e la permuta*, cit., 159 ss.

²²⁶ La disciplina dei vizi dettata dall'art. 1492 c.c., prevede, infatti, come azione alternativa alla risoluzione del contratto, soltanto l'azione di riduzione del prezzo.

²²⁷ LUMINOSO A., *La compravendita*, cit., 332, secondo il quale l'azione di esatto adempimento è ammessa solo ove l'eliminazione del vizio non richieda lo svolgimento di un'attività estranea all'impegno assunto, sì che tale attività possa considerarsi ricompresa, secondo un criterio di buona fede, nell'oggetto originario dell'obbligazione. Alcuni autori hanno nondimeno ritenuto di poter riconoscere una simile tutela attraverso l'applicazione della disciplina in materia di risarcimento in forma specifica, di cui all'art. 2058 c.c., che consentirebbe all'acquirente di ottenere la diretta eliminazione delle conseguenze derivanti dall'inadempimento; sul punto, cfr., i diversi orientamenti riportati da PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 92 ss.; in giurisprudenza, negano all'acquirente la possibilità di avvalersi dell'azione di esatto adempimento, tra le altre, Cass., 20 aprile 1963, n. 968, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1572 ss.; Cass., 19 luglio 1983, n. 4980, in *Foro it.*, 1984, I, 780 ss. (la quale evidenza come l'obbligazione del venditore non abbia per oggetto un *facere*), in tale pronuncia è tuttavia possibile individuare un'importante distinzione tra l'azione di esatto adempimento e l'azione di garanzia per i vizi della cosa venduta; la Corte, infatti, afferma che, mentre «la garanzia (...) si riferisce solo ai vizi che esistevano già prima della conclusione del contratto (...) ogni altro vizio posteriore alla conclusione del contratto può dar luogo solo all'esatto adempimento dell'obbligazione di consegnare»; *contra*, in senso favorevole al riconoscimento dell'azione di esatto adempimento, cfr., *ex multis*, Cass., 4 settembre 1991, n. 9352, in *Giur. it. Mass.*, 1991.

²²⁸ Secondo LAPERTOSA F., *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 45, in materia di compravendita dovrebbe escludersi, altresì, l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1460 c.c., in quanto, il compratore, non potendo esperire l'azione di esatto adempimento, non può neppure sospendere il pagamento eccependo il vizio del bene; per una puntuale ricostruzione delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali offerte sul tema, cfr., PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 86 ss.

A sostegno di tale impostazione, si richiama, inoltre, la disciplina della Convenzione di Vienna in materia di vendita internazionale di beni mobili, nonché quella prevista per la vendita dei beni di consumo (art. 128 ss., D.Lgs. n. 206/2005), ove il legislatore ha previsto espressamente la possibilità di esercitare l'azione di esatto adempimento; ciò, invero, non sarebbe stato necessario se quest'ultimo avesse configurato una simile azione quale rimedio generale esperibile nell'ambito della compravendita²²⁹.

In un primo momento, dunque, le difficoltà nel riconoscere l'azione di esatto adempimento a favore del promissario acquirente, derivavano dal riscontro della diretta applicabilità al preliminare della disciplina in materia di garanzia per i vizi, di cui agli artt. 1492 ss. c.c.²³⁰

Il primo segnale di una diversa prospettiva si ha, come detto, con una pronuncia nel '76, in occasione della quale la Corte è giunta a riconoscere, al promissario acquirente, la possibilità di esperire, cumulativamente all'azione di esecuzione in forma specifica del preliminare, un'azione diretta ad ottenere la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi²³¹.

Tale pronuncia risultava tuttavia ancora legata ad una visione tradizionale del contratto preliminare, quale fonte di una mera obbligazione di prestare il consenso al trasferimento, al punto che l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento venne ricondotta alla presenza di obbligazioni aggiuntive: il promissario acquirente obbligandosi, ad esempio, alla consegna anticipata del bene, assume altresì l'obbligo di consegnare un bene privo di vizi e difformità²³².

²²⁹ In proposito cfr., VOLPE F., *Nuovi casi di diritto privato. Parte II*, Torino 2014, 107.

²³⁰ Cass., 5 febbraio 2000, n. 1296, cit.

²³¹ Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, cit.

²³² Invero, è stato evidenziato come il caso di specie riguardasse un immobile da costruire, sebbene nella massima l'azione di esatto adempimento risultasse ricollegata all'obbligazione accessoria di (esatta consegna); in questo senso, cfr., PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 117. In senso conforme alla soluzione testé riportata, cfr., LENER A., *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 672, secondo il quale l'azione di esatto adempimento può riconoscersi solo nell'ipotesi preliminare c.d. ad effetti anticipati, in quanto dal preliminare «puro» non deriverebbe un'obbligazione di svolgere l'attività necessaria per trasferire il bene secondo le caratteristiche pattuite; in particolare, l'A., ritiene ammissibile tale rimedio, non tanto per la presenza di un'obbligazione di consegna, quanto sul presupposto che tale fattispecie negoziale

E', dunque, solo in un secondo momento che si ammette la compatibilità del rimedio, di cui all'art. 2932 c.c., con altre forme di tutela dirette a garantire il rispetto dell'impegno di trasferire un bene conforme alle precedenti pattuizioni, obbligo, quest'ultimo, che si configura a prescindere dalla anticipata esecuzione delle prestazioni finali²³³.

rappresenti un procedimento diretto alla progressiva realizzazione dell'assetto di interessi programmato e destinato a culminare in un mero atto traslativo; e, tuttavia, condiziona comunque l'ammissibilità di tale strumento di tutela alla possibilità di individuare, nel caso concreto, la presenza di una specifica obbligazione di *facere* (ad. es. di costruire); *contra*, DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1638, il quale, in senso critico, evidenzia come la distinzione operata dalla pronuncia in esame tra preliminare «puro» e «complesso», al fine di giustificare, solo in quest'ultimo caso, il riconoscimento di una più ampia tutela a favore del promissario acquirente, sembri assumere più che altro, l'aspetto di un «escamotage *per sottrarsi a enunciazioni più coraggiose, oltre ad avere un fondamento teorico dubbio*» e, d'altro canto, la tutela del promissario acquirente non può dipendere dalla forma di preliminare «pura» o «complessa» adottata, in quanto, in entrambi i casi, vengono in considerazione i medesimi problemi; nello stesso senso cfr., GABRIELLI E., *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, cit., 318-319; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 116 ss., il quale evidenzia, altresì, come la pronuncia in commento riguardasse un immobile da costruire, si da sollevare l'interrogativo se l'obbligazione di consegna legittimi di per sé l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento, o se, invece, una simile azione richieda la presenza di un'obbligazione di fare «in senso stretto», ossia di costruire il bene oggetto del contratto; aderisce a quest'ultima soluzione, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 87, secondo la quale l'azione di esatto adempimento presuppone l'inadempimento di una specifica obbligazione, a prescindere dalla circostanza che il bene sia stato anticipatamente consegnato.

²³³Cass., 9 aprile 1980, n. 2268, cit.; Cass. Sez. Un. 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; Cass., 1 ottobre 1997, n. 9560, in *Giur. it.*, 1998, 2281; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1562, in *Imm. e propr.*, 2010, 4, 255: «*In tema di contratto preliminare di vendita, nel caso che la cosa sia affetta da vizi, il promissario acquirente che non voglia domandare la risoluzione del contratto, può agire contro il promittente per l'adempimento, chiedendo, anche disgiuntamente dall'azione prevista dall'art. 2932 c.c., l'eliminazione dei vizi, oppure, in alternativa, la riduzione del prezzo; tali due azioni, infatti, mirando entrambe ad assicurare, in modo alternativo tra loro, il mantenimento dell'equilibrio del rapporto economico di scambio previsto dai contraenti, costituiscono mezzi di tutela di carattere generale che, in quanto tali, devono ritenersi utilizzabili anche per il contratto preliminare, non rinvenendosi nel sistema positivo, né in particolare nel disposto dell'art. 2932 c.c., ragioni che impediscano di estendere anche a tale tipo di contratto la tutela stabilita, a favore della parte adempiente dai principi generati in tema di contratti a prestazioni corrispettive. La pronuncia del giudice assume in tal caso la funzione di un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse del promissario acquirente alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente venditore*»; Cass., 11 ottobre 2013, n. 23162, cit.; *contra*, Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, cit., la quale esclude l'azione di esatto adempimento sul presupposto dell'applicabilità al contratto preliminare della garanzia per i vizi prevista in materia di vendita; Cass., 5 febbraio 2000, n. 1296, cit. La soluzione in merito all'esperibilità del rimedio verrà a maggior ragione successivamente confermata con riferimento alle ipotesi di preliminare di vendita di immobile da costruire; così, Cass., 17

La diversa soluzione deriva a bene vedere dalla constatazione che, mentre un'eventuale obbligazione di *facere*, quale la riparazione del vizio, è incompatibile con la struttura della compravendita, caratterizzata dalla mera presenza di un'obbligazione di dare, tale incompatibilità non si ravvisa, invece,

novembre 1990, n. 11126, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2751 ss., con nota di Iannacone. La dottrina ha assunto posizioni diverse rispetto al problema dell'ammissibilità di un'azione con cui l'acquirente chieda l'eliminazione dei vizi del bene oggetto del contratto preliminare. Parte della dottrina ha ammesso l'esperibilità di una simile azione solo con riferimento al contratto c.d. ad effetti anticipati, non essendo possibile individuare nel preliminare «puro» un obbligo preparatorio al fine di garantire il trasferimento del bene secondo le caratteristiche pattuite; in questo senso, cfr. LENER A., *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 669 ss., secondo il quale, anche ove si volesse ricondurre al preliminare un'obbligazione preparatoria, la medesima si esaurirebbe nel garantire il trasferimento del bene nello stato in cui si trova al momento della conclusione del contratto preliminare. Diversa è, invece, la posizione di chi evidenzia come la presenza di un'obbligazione di *fare*, assuma rilievo centrale in tutta l'economia del rapporto, al punto da incidere sulla stessa qualificazione del contratto; quest'ultimo, infatti, dovrebbe essere configurato quale appalto o altra figura ad esso assimilabile e non come contratto preliminare, dal momento che il contratto definitivo varrebbe esclusivamente quale nuova manifestazione del consenso contrattuale ovvero come accettazione dell'opera; in questo senso cfr., LIPARI M., *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente. III*, in *Giust. civ.*, 1994, 559 ss. Una posizione meno rigida è, invece, assunta da quell'orientamento, al quale si ritiene corretto aderire, che individua nel contratto preliminare la fonte di un'obbligazione complessa, che include qualsiasi attività che risulti necessaria al fine di assicurare la realizzazione del risultato finale in modo conforme a quanto precedentemente pattuito; in questo senso cfr., DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1631 ss., il quale evidenzia come sarebbe proprio l'aspetto programmatico-obbligatorio del contratto preliminare a consentire di superare l'obiezione secondo la quale, attraverso il riconoscimento dell'azione di esatto adempimento, il promissario acquirente sarebbe più tutelato di un acquirente in via definitiva; e ciò, in quanto, con il preliminare le parti si impegnano a trasferire il bene in modo conforme a quanto pattuito, laddove la struttura del contratto definitivo non consente un simile «programma». Per una più ampia ricostruzione delle opinioni offerte dalla dottrina in merito al problema in esame, cfr., PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 110 ss., quest'ultimo ammette invece l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento solo ove sia configurabile uno specifico obbligo di *facere*, come ad esempio nelle ipotesi in cui il venditore si sia impegnato alla costruzione del bene ovvero alla sua consegna (in questo senso cfr., altresì, CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1105). Non ritiene, invece, che dal contratto preliminare possa derivare un'obbligazione di consegnare il bene «esente da vizi» e ciò, in quanto, «il difetto di una cosa, (...), non può venire in considerazione in una promessa, bensì può soltanto costituire oggetto di garanzia»; MASTRORILLI A., *La garanzia per i vizi nella vendita. Disciplina del codice civile e del codice di consumo*, in *Il diritto privato oggi*, Serie a cura di Cedam, 2° ed., 2009, 141, la quale evidenzia come, sia nel preliminare c.d. «puro» sia in quello ad effetti anticipati, si ponga la medesima esigenza di tutelare l'assetto di interessi predisposto dalle parti. L'A. osserva, altresì, come la giurisprudenza, attraverso l'applicazione dei principi generali esistenti nel nostro ordinamento, giunga ad individuare una sorta di «obbligazione di conformità in nuce», così anticipando il modello che verrà successivamente impiegato dal legislatore del 2002, al fine di ampliare la disciplina sulle garanzie per i vizi dei beni di consumo di origine comunitaria.

nel contratto preliminare, in quanto contratto ad effetti meramente obbligatori, già caratterizzato, dunque, dalla presenza di un'obbligazione di *facere*, ossia quella di prestare il consenso per la conclusione del definitivo, la quale implica, altresì, un impegno avente ad oggetto il trasferimento del bene «*nella consistenza e con le caratteristiche fissate nel preliminare*»²³⁴.

Quanto premesso consente, dunque, di evidenziare come sia stata proprio la rilevanza attribuita all'aspetto programmatico-obbligatorio, derivante dalla sequenza preliminare-definitivo, ad aver reso possibile il riconoscimento di un'azione diretta ad ottenere la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi e delle difformità²³⁵.

2. Sull'inapplicabilità dei termini di cui all'art. 1495 c.c.

²³⁴ Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, cit.; Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, cit.; ove si evidenzia che sui promissari non grava un mero obbligo di dare il consenso necessario per la conclusione del contratto definitivo, ma sussiste altresì un obbligo più generale di fare tutto quanto risulti necessario affinché il contratto sia eseguito secondo le pattuizioni originarie; per una ricostruzione delle diverse soluzioni prospettate con riferimento all'esercizio dell'azione di esatto adempimento in presenza di un contratto preliminare, cfr., TRIOLA R., *Contratto preliminare e garanzia per vizi*, cit., V ss.; Id., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014, 179 ss. In questo modo, risulterebbe altresì smentita la tesi secondo la quale una simile soluzione condurrebbe all'inaccettabile conseguenza per cui alla promessa di vendita verrebbe attribuita una tutela contro l'inadempimento maggiore di quella prevista per la vendita definitiva. In proposito, si osserva che anche nell'ipotesi di vendita immediata può essere riconosciuta una pretesa alla rimozione dei vizi, attraverso l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.); inoltre, il preliminare, a differenza della vendita, non produce l'immediato effetto traslativo, ma solo vincoli di carattere obbligatorio ed è pertanto esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 1492 c.c. Diversa è invece l'opinione di PLAIA A., *op. ult. cit.*, 132, secondo il quale il preliminare c.d. puro non sarebbe di per sé fonte di un obbligo di consegnare un bene esente da vizi e ciò, in quanto, «*il difetto di una cosa (...) non può venire in considerazione in una promessa, bensì può soltanto costituire oggetto di garanzia*»; diverso è invece il caso in cui, in relazione a vizi accertati, il promittente alienante si impegni ad eliminarli, ma in tal caso sarà possibile individuare nel contratto una specifica obbligazione di *fare*.

²³⁵ Sul punto cfr. le osservazioni di DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1639, il quale evidenzia come, a differenza di quanto accade in materia di vendita, la cui disciplina risulta, per ragioni storiche, estranea al fenomeno dell'inadempimento, il riconoscimento di un'azione diretta ad ottenere l'esatto adempimento dell'obbligazione non incontri ostacoli con riferimento alla promessa di vendita, rispetto alla quale prevale il profilo programmatico-obbligatorio avente ad oggetto il trasferimento del bene con le medesime caratteristiche pattuite.

Infine, con riferimento alla tutela riconosciuta al promissario acquirente per l'ipotesi in cui il bene oggetto del contratto preliminare risulti affetto da vizi e difformità, viene in considerazione la diversa questione in merito alla necessità o meno di rispettare i termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c.

Il problema a ben vedere, non riguarda i preliminari c.d. puri, ove la consegna del bene oggetto del contratto avviene solo nel momento in cui diviene attuale l'obbligo di concludere il contratto definitivo²³⁶.

Di contro, nei preliminari c.d. ad effetti anticipati, caratterizzati dall'immediata consegna del bene, ben potrebbe trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 1495 c.c., la cui *ratio* è quella di consentire la riconducibilità dei vizi al venditore, ovvero al compratore, a garanzia della certezza sulle sorti del contratto.

In proposito, in dottrina è possibile individuare opinioni differenti.

Un primo orientamento sostiene l'applicabilità dell'art. 1495 c.c., con riferimento al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati e ciò, sul presupposto della sostanziale riconducibilità dello stesso ad un vero e proprio contratto di vendita, di contenuto atipico, dal quale si distinguerebbe per il solo differimento dell'effetto traslativo; in questo contesto, l'interesse del promittente alienante alla certezza delle sorti del rapporto, indurrebbe a ritenere operanti i brevi termini previsti per l'esercizio della garanzia redibitoria in materia di vendita²³⁷.

Secondo un diverso orientamento, la disciplina, di cui all'art. 1495 c.c., diretta ad assicurare una pronta definizione del rapporto contrattuale, non

²³⁶ In questo senso, cfr., TRIOLA R., *Contratto preliminare e garanzia per vizi*, cit., VIII; RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, in *Il Corriere giuridico. Monografie*, Collana diretta da Carbone V., Serie di Diritto privato a cura di Alpa G., Milano, 2011, 147; DE CRISTOFARO M., *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per i vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, in *Corr. giur.*, 7, 1995, 845; l'A., tuttavia, riconosce la possibilità di far valere la circostanza della conoscenza del vizio quale elemento preclusivo della garanzia redibitoria, tutte le volte in cui il vizio non possa più considerarsi occulto, ai sensi dell'art. 1491 c.c., al momento dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c.

²³⁷ In questo senso, DE CRISTOFARO M., *op. ult. cit.*, 845 ss.

potrebbe trovare applicazione rispetto ad una prestazione considerata dalle parti come un mero atto provvisorio del procedimento di alienazione. Tuttavia, ove il promissario acquirente, nonostante la conoscenza dei vizi, si determini alla successiva conclusione del contratto definitivo senza riserve, dovrebbe ritenersi che lo stesso si sia accontentato di ricevere il bene nello stato in cui si trova, con conseguente esclusione della possibilità di far valere in un secondo momento l'inesatto adempimento della prestazione traslativa²³⁸.

In giurisprudenza è prevalsa, in ultimo, la tesi negativa: la consegna del bene prima della stipula del definitivo, non determina la decorrenza dei termini di decadenza e di prescrizione, previsti, rispettivamente, per la denuncia dei vizi (otto giorni dalla scoperta) e per l'esercizio della corrispondente azione giudiziale (un anno dalla consegna), in quanto, l'onere di tempestiva denuncia presuppone l'avvenuto trasferimento del diritto²³⁹.

Alcune pronunce hanno, invece, escluso l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1495 c.c., sul diverso presupposto per cui l'obbligo di consegna anticipata del bene, assunto dal promittente alienante, non si configura come un'anticipata esecuzione del definitivo, ma, piuttosto, come una specifica e autonoma obbligazione derivante dal contratto preliminare; tale obbligo deve ritenersi, pertanto, soggetto alle norme generali in materia di inadempimento delle obbligazioni e non alla disciplina sulla garanzia per i vizi prevista in materia di vendita²⁴⁰.

Tanto premesso, sembra più corretto, oltreché maggiormente conforme alla natura provvisoria delle obbligazioni accessorie che caratterizzano la fattispecie in esame, negare l'applicabilità della disposizione, di natura eccezionale, dettata in materia di vendita. Ciò non toglie, tuttavia, che il

²³⁸ BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 164.

²³⁹ Cass., 16 febbraio 2015, n. 3029, cit.; Cass., 11 ottobre 2013, n. 23162, cit.; Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, cit.; Cass., 15 febbraio 2007, n. 3383, in *Obbl. e contr.*, 2007, 6, 549; Cass., 31 luglio 2006, n. 17304, cit.; Cass., 26 maggio 2004, n. 10148, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5; Cass., 1 ottobre 1997, n. 9560, cit.; Cass., 14 novembre, 1988, n. 6143, cit.

²⁴⁰ Cass., 13 aprile 1999, n. 3626, cit.; Cass., 6 novembre 1987, n. 8220, cit.; per una ricostruzione dei diversi orientamenti in merito all'applicabilità dei termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., cfr., TRIOLA R., *Contratto preliminare e garanzia per vizi*, cit., VII ss.

godimento incontestato del bene, che si conosce essere viziato, non possa precludere al promissario acquirente la possibilità di far valere la garanzia per i vizi in un momento successivo alla stipula del contratto definitivo; il promissario acquirente è, infatti, tenuto – ove non voglia agire in un momento precedente²⁴¹, a far valere i vizi al momento della conclusione del contratto definitivo, ovvero al momento dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c., dovendo, altrimenti, considerarsi il suo comportamento quale tacita accettazione degli stessi.

In tal caso, dunque, l'effetto preclusivo non sarebbe determinato dal verificarsi della decadenza o della prescrizione di cui all'art. 1495 c.c., quanto dall'accettazione dell'inadempimento parziale dell'obbligo, gravante sul promittente alienante, di consegnare un bene conforme a quanto pattuito nel preliminare.

3. Considerazioni finali.

Anticipando quanto verrà detto nel prosieguo della trattazione, può evidenziarsi come l'ampliamento di tutela a favore del promissario acquirente, non derivi dal riconoscimento di una nuova natura giuridica del contratto preliminare – sia esso semplice o complesso – diversa da quella tradizionale, in cui, accanto ad un obbligo di contrarre, sia altresì possibile individuare un patto di dare «in senso tecnico», ossia avente ad oggetto un vero e proprio obbligo di trasferire la proprietà. Un simile intervento evidenzia, piuttosto, come non possa più ritenersi che l'unico obbligo derivante dal contratto preliminare sia quello di stipulare il definitivo; ad esso sono, infatti,

²⁴¹ In tal caso, ove il promissario acquirente si sia, a sua volta, obbligato all'anticipato versamento del prezzo, troveranno applicazione a suo favore le cautele previste per tale prestazione, quale, in particolare, quella della sospensione dell'adempimento (cfr., Cass., 13 giugno 1969, n. 2118, in *Foro it.*, 1970, I, 301 ss.), oltre, in ogni caso, ai rimedi predisposti per il creditore in generale, quale quello di cui all'art. 1186 c.c.; per tali osservazioni cfr., BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 164, spec. nt. 9 e 10;

riconducibili una serie di ulteriori obbligazioni dirette a garantire l'equilibrio delle prestazioni contrattuali e, di conseguenza, la realizzazione dell'effetto in modo conforme a quanto pattuito.

Nel corso del tempo si giunge, così, ad ammettere che dal contratto preliminare derivi, a carico dei promittenti, una «obbligazione complessa²⁴²», che li impegna non solo a prestare il consenso ma, altresì, ad apprestare gli strumenti necessari al fine di garantire la conformità della prestazione finale a quanto in precedenza pattuito²⁴³.

La necessità di rispettare l'equilibrio sinallagmatico – insieme al richiamo dei principi di buona fede e correttezza, quali elementi integrativi del rapporto contrattuale – mette, dunque, in luce come il contratto preliminare non possa più essere inteso quale mero *pactum de contrahendo*; piuttosto, il contratto preliminare, partecipando al programma delle prestazioni finali da attuare con il definitivo, fa sorgere, altresì, quell'insieme di obbligazioni funzionali al rispetto del rapporto predeterminato. In altre parole, dal contratto preliminare sorgerebbe, per i contraenti, un vero e proprio dovere di attivarsi affinché possa raggiungersi quel risultato finale avuto di mira dagli stessi²⁴⁴.

²⁴² Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, cit.

²⁴³ In questo senso cfr., TAMBORRINO A., *Contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati, tra possesso e detenzione ed usucapibilità del bene immobile*, in *Diritto vivente e sensibilità dell'interprete*, a cura di C. M. Nanna, Bari, 2010, 365 ss.

²⁴⁴ In questo senso si è espressa chiaramente, tra le altre, Cass. 3 gennaio 2002, n. 29, cit. «*sulle parti del contratto preliminare non grava solo l'obbligo di dare il consenso necessario alla conclusione del contratto definitivo, ma grava un più generale obbligo di fare tutto quanto è necessario perché il contratto sia eseguito secondo l'originaria previsione*»; TAMBORRINO A., *Contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati, tra possesso e detenzione ed usucapibilità del bene immobile*, cit., 333 ss., il quale evidenzia come dal riconoscimento di un contenuto più «ricco» del contratto preliminare derivi la possibilità di riconoscere una maggiore tutela al promissario acquirente, che potrà esperire, già nei confronti del preliminare, tutte quelle azioni relative al programma finale (così, ad esempio, sarà possibile esercitare l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità o impossibilità sopravvenuta, l'azione di rescissione, l'azione di nullità per illiceità dell'oggetto o della causa).

Sezione II

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI A TUTELA DEL CONTRAENTE «DEBOLE».

SOMMARIO: Premessa. 1. L'art. 2932 c.c.: le origini storiche, i motivi ispiratori della scelta del legislatore del '42, gli effetti sulla fattispecie della contrattazione preliminare. – 2. La trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c.) – 2.1. (segue) Trascrizione del contratto preliminare e privilegio speciale *ex art. 2775 bis* c.c. – 3. La tutela del promissario acquirente di immobili da costruire.

Premessa

Anche gli interventi del legislatore contribuiscono a rafforzare l'idea di un generale «ripensamento» della contrattazione preliminare²⁴⁵.

Invero, i rimedi progressivamente introdotti, sono tutti diretti ad assicurare la realizzazione delle prestazioni finali; ciò conferma, dunque, la presenza di una diversa concezione del preliminare, inteso quale segmento di un procedimento negoziale diretto a predisporre l'assetto di interessi che sarà compiutamente realizzato con il definitivo.

Ad ogni modo, è necessario fin da ora precisare che, quanto osservato in merito al «ripensamento» della figura del contratto preliminare, nel senso del riconoscimento di un contenuto più ampio – al punto da ricomprendere una serie di obblighi a cui le parti sono tenute al fine di garantire la conformità del definitivo a quanto in precedenza pattuito – non esclude, tuttavia, che la principale funzione del preliminare rimanga quella di consentire il differimento

²⁴⁵ MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, 262-263, la quale evidenzia come sia possibile intravedere «forte linea di continuità» tra l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni e l'introduzione della disciplina della trascrizione.

dell'effetto traslativo senza perdere l'affare, consentendo, allo stesso tempo, una verifica delle eventuali sopravvenienze ovvero di eliminare determinati ostacoli che impediscono l'immediato trasferimento della proprietà²⁴⁶.

1. L'art. 2932 c.c.: le origini storiche, i motivi ispiratori della scelta del legislatore del '42, gli effetti sulla fattispecie della contrattazione preliminare.

Prima dell'introduzione del Codice del '42, il dibattito in merito alla configurabilità del contratto preliminare si occupò, altresì, del problema relativo alla tutela per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto²⁴⁷.

Nel nostro ordinamento, infatti, a differenza di quanto previsto nel diritto tedesco e quello austriaco, non esisteva una sentenza che potesse tener luogo della dichiarazione non resa²⁴⁸.

²⁴⁶ In questo senso, tra gli altri, CAMPIONE R., *Contratto preliminare ad effetti anticipati, vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 10762.

²⁴⁷ Per una più ampia ricostruzione, cfr. VISALLI N., *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, 11 ss.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 188 ss.; MAZZAMUTO S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, cit., 373 ss.

²⁴⁸ Una simile soluzione dimostra la distorsione operata nel nostro ordinamento rispetto all'originaria figura del *Vorvertrag*; invero, l'introduzione di questo strumento contrattuale originariamente emerso nell'ordinamento tedesco, è stata strumentalizzata al fine di garantire la tutela degli interessi economici di una determinata categoria di operatori: i venditori di immobili. Con riferimento all'attuazione dei diritti che discendono dal preliminare, la soluzione adottata nell'ordinamento tedesco è, peraltro, molto diversa da quella successivamente introdotta nel nostro Paese. Nel nostro ordinamento, infatti, qualora una parte obbligata a stipulare il contratto non adempia, l'altra può ottenere una sentenza che ne produca gli stessi effetti; e si tratta, secondo l'opinione dominante, di un provvedimento in grado non solo di rendere definitivo il preliminare, ma anche di sostituire o, più precisamente, di integrare il precedente accordo. Di contro, l'ordinamento tedesco e quello austriaco prevedevano la possibilità di ottenere una condanna del contraente inadempiente a prestare la propria dichiarazione di volontà, senza, tuttavia, produrne gli effetti. Operava, infatti, una *fictio* in base alla quale la dichiarazione di volontà si presumeva emessa con il passaggio in giudicato della sentenza.

Si svilupparono, così, due tesi contrapposte: l'una, diretta a riconoscere, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di contrarre, la sola azione per il risarcimento del danno²⁴⁹; l'altra²⁵⁰ che, invece, riconosceva la possibilità di ottenere una sentenza che producesse gli effetti giuridici previsti dal preliminare²⁵¹.

In un primo momento, prevalse, tuttavia, l'opinione di quanti escludevano la possibilità di un'esecuzione coattiva del definitivo, sì che, nell'ipotesi di inadempimento del contratto preliminare, era possibile ottenere solo una sentenza di condanna al rilascio della dichiarazione non resa, ed in caso di rifiuto, il risarcimento del danno.

La diversa configurazione del contratto preliminare, quale accordo che lascia spazio ai ripensamenti, è, invero, frutto della realtà economica dell'epoca e, in particolare, delle esigenze provenienti dal settore edilizio. Il ricorso a tale

²⁴⁹ COVIELLO L., voce *Contratto preliminare*, cit., 68, il quale, sul presupposto dell'incoercibilità dell'obbligazione di fare, nonché in virtù dell'impossibilità per il giudice di sostituire la propria volontà a quella delle parti, ammetteva solamente una sentenza di condanna al rilascio della dichiarazione non resa e, in caso di inadempimento, la condanna al risarcimento del danno; CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 68, secondo il quale, l'inopportunità di una sentenza che garantisse l'adempimento specifico del preliminare, avrebbe potuto desumersi dalla stessa *ratio* del contratto preliminare, caratterizzato dalla mancanza di volontà rispetto alla produzione degli effetti giuridici sostanziali derivanti dal definitivo.

²⁵⁰ In questo senso, tra gli altri, CHIOVENDA G., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 104, il quale affermava che dal preliminare sorge un diritto tendente alla prestazione e che, in caso di inadempimento, l'altra parte ha il diritto di ottenere una sentenza che, lungi dal sostituirsi alla volontà dell'inadempiente, consente di realizzare il diritto sostanziale oggetto del contratto rimasto inadempito; in questo modo, dunque, la sentenza emessa all'esito del giudizio avrebbe consentito la costituzione del definitivo per il tramite del giudice. In senso parzialmente difforme si collocava la tesi esposta da CALAMANDREI P., *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, il quale attribuiva alla sentenza resa dal giudice carattere di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

²⁵¹ In una posizione intermedia si colloca la teoria proposta da FAGGELLA G., *L'autonomia della volontà nei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 850; l'A., invitava, infatti, a distinguere la disciplina applicabile per l'ipotesi di inadempimento della promessa a seconda che dal definitivo sorgesse o meno l'obbligo di una prestazione materiale; ritenendo configurabile solo rispetto al secondo tipo di promessa, l'esecuzione coattiva in caso di inadempimento. Per una più ampia ricostruzione delle soluzioni offerte in dottrina e in giurisprudenza, prima dell'espressa previsione della regola di cui all'art. 2932 c.c., cfr., PALADINI M., *Termine, risoluzione per inadempimento, esecuzione in forma specifica*, cit., 191 ss., il quale evidenzia, altresì, come l'esclusione del rimedio dell'adempimento in forma specifica avrebbe finito per svilire le aspettative dei contraenti, soprattutto in considerazione del fatto che il risarcimento del danno stava assumendo sempre più la forma di un mero corrispettivo per il recesso *ad nutum* dall'obbligazione contratta.

strumento contrattuale consentiva, infatti, all'imprenditore-promissario alienante, di venir meno agli impegni assunti, rischiando solo di incorrere in una condanna di tipo risarcitorio²⁵².

Diversa fu, invece, la soluzione adottata dal legislatore del '42. Le ragioni dell'introduzione della disciplina di cui all'art. 2932 c.c.²⁵³, possono essere individuate nell'esigenza di contemperare due opposti interessi: la salvaguardia dell'autonomia negoziale e la tutela dell'affidamento delle parti, oltretutto «*nel favor per l'adempimento e l'esecuzione dei rapporti contrattuali*²⁵⁴».

L'introduzione dell'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, costrinse, tuttavia, la dottrina ad interrogarsi sulle conseguenze che tale ammissione avrebbe prodotto sulla natura e sul contenuto del contratto preliminare²⁵⁵; al punto da far ritenere che attraverso la previsione di cui all'art.

²⁵² COTTURRI G., *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica II. Un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, cit., 1974, 307 ss.; di contro, per la dottrina tedesca, il *Vorvertrag* era un rapporto preparatorio di un vincolo definitivo, il quale non lasciava spazio ai ripensamenti, salvo che in presenza di uno specifico accordo delle parti in tal senso; per tali osservazioni, cfr., ampiamente, MUSTARI M., *op. cit.*, 198.

²⁵³ Quanto all'oggetto della domanda giudiziale prevista dall'art. 2932 c.c., quest'ultimo «*non è costituito dal bene o dai beni compromessi in vendita, bensì da quella particolare obbligazione di "facere", consistente nel trasferimento dei beni o dei diritti che avrebbero dovuto essere trasferiti con il contratto definitivo non concluso*», così Cass., 10 marzo 2009, n. 5781, in *Ced Cass.*, 2009.

²⁵⁴ PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, 66-67; PALADINI M., *Termine, risoluzione per inadempimento, esecuzione in forma specifica*, cit., 198 ss.; MUSTARI M., *op. cit.*, 218 ss.; MAZZAMUTO S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, cit., 315 ss.;

²⁵⁵ In questo senso, cfr., SATTA S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, 75. Parla di vero e proprio «*terremoto*» nell'elaborazione dottrinale del contratto preliminare, LA PORTA U., *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, cit., 529 ss. Altri autori, accogliendo con favore la novità introdotta, hanno evidenziato come l'intervento del legislatore sia stato dettato dalla nuova funzione del contratto preliminare emersa nel traffico giuridico, cfr. GABRIELLI G., *op. ult. cit.*, 43, 47-48; per una precisa ricostruzione delle soluzioni offerte in dottrina all'indomani dell'introduzione della disciplina dell'esecuzione in forma specifica, cfr. MUSTARI M., *op. cit.*, 215 ss.; ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 195 ss. Alcuni autori hanno, tuttavia, ritenuto che il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., dovesse trovare applicazione solo con riferimento ai contratti preliminari c.d. ad effetti anticipati; così, PALERMO G., *Contratto preliminare*, cit., 139, secondo il quale, il meccanismo dell'esecuzione in forma specifica, per il tramite del quale è possibile ottenere le prestazioni rimaste inadempite, può giustificarsi «*solo nelle ipotesi di contratto preliminare ad esecuzione parzialmente anticipata; laddove, essendo stato instaurato un particolare assetto di interessi (...) il meccanismo traslativo è già perfetto in sé, mentre l'uno e l'altro contraente restano*

2932 c.c., il legislatore avesse reso ancor più contraddittorio un istituto già di difficile collocazione sistematica.

Le prime considerazioni non potevano che porsi, dunque, in senso critico rispetto ad una simile scelta, considerata quale vero e proprio «attentato» al dogma dell'autonomia del volere, ritenuto da sempre incoercibile²⁵⁶.

La dottrina iniziò, così, ad interrogarsi sulla natura della sentenza di cui all'art. 2932 c.c.²⁵⁷; esclusa, tuttavia, l'opportunità di riconoscere al giudice un potere di intervento sul contenuto del rapporto stabilito dalle parti in sede di conclusione del preliminare, prevalse la tesi della natura costitutiva della sentenza, diretta ad attribuire carattere di definitività ad una volontà già espressa²⁵⁸. In particolare, secondo l'orientamento maggioritario, la sentenza ex art. 2932 c.c., avrebbe natura costitutiva, in quanto diretta a produrre l'effetto giuridico – derivante direttamente dal preliminare – senza necessità di un'ulteriore attività esecutiva²⁵⁹. In altre parole, il potere costitutivo del giudice

impegnati (...) a porre in essere i successivi comportamenti»; parimenti, MORELLO U., *Culpa in contrahendo, accordi ed intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, cit., 131 ss.; il quale, nell'ambito della categoria unitaria del preliminare, propone una distinzione tra fattispecie differenti; in particolare, l'A. distingue i preliminari c.d. «aperti», i quali necessitano di un'ulteriore e successiva negoziazione e per i quali, in caso di inadempimento, è previsto il mero risarcimento del danno; e i preliminari c.d. «chiusi», i quali sono già definiti in tutti i loro elementi. Si tratterebbe, dunque, di accordi che potrebbero già costituire dei contratti definitivi, ma rispetto ai quali le parti hanno rinviato il passaggio di proprietà per consentire il realizzarsi di determinate circostanze, quali il pagamento totale del prezzo o il rilascio delle autorizzazioni necessarie; per quest'ultimi tipi di contratti è prevista un'ampia tutela del contraente debole e l'esecuzione in forma specifica.

²⁵⁶ In proposito, è stato evidenziato come la previsione di una sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso rende la volontà manifestata in occasione del preliminare – avente ad oggetto la prestazione di un'ulteriore volontà – non più autonoma ma «coatta», SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 16-17.

²⁵⁷ In un simile contesto si ripropose, dunque, lo scontro tra la natura di sentenza costitutiva, proposta in precedenza da Chiovenda, e quella che vedeva nella pronuncia del giudice un atto di esecuzione forzata, sostenuta invece da Calamandrei.

²⁵⁸ Appare, dunque, chiaro come una simile soluzione sia stata influenzata dal principio dell'invulnerabilità del volere negoziale; per tali osservazioni cfr., GIORGIANNI M., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, cit., 69.

²⁵⁹ Cfr., tra gli altri, DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 41 ss.; VISALLI N., *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.)*, cit., 14 ss., il quale evidenzia come, anche a seguito della sentenza, gli «effetti del contratto non concluso» conservano la loro natura negoziale, in quanto trovano la loro fonte direttamente nel preliminare; ALABISO A., *Il contratto preliminare*, cit., 201; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 156, secondo il quale sarebbe più corretto parlare di sentenza di accertamento-costitutivo, dal momento che occorre prima accertare l'esistenza del diritto alla modificazione

si sarebbe dovuto limitare ad attribuire carattere definitivo ad una volontà già espressa²⁶⁰.

La dottrina successiva al nuovo codice fu, altresì, assorbita dal diverso problema, sorto come inevitabile conseguenza dell'introduzione della regola di cui all'art. 2932 c.c., dei rapporti tra preliminare e definitivo e, in particolare, della natura di quest'ultimo²⁶¹.

A tal proposito, può brevemente osservarsi che, in un primo momento, l'intento che accomunò la dottrina fu quello di salvaguardare il dogma della volontà negoziale; si assisté, così, ad una progressiva erosione del ruolo del definitivo, a favore del contratto preliminare, considerato l'unica fonte di tutti gli effetti²⁶². A partire dagli anni '60 si registrò, invece, un'inversione di rotta;

e, dunque, del precedente vincolo, quale titolo per ottenere, ad opera del giudice, il risultato finale pattuito; FARRO V., *Il contratto preliminare*, cit., 298; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 9 dicembre 1982, n. 6730, cit. Si è, altresì, osservato come la tesi della natura costitutiva della sentenza di cui all'art. 2932 c.c., sia stata progressivamente posta in crisi dall'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto ad un «ridimensionamento» del principio della necessaria perfetta corrispondenza tra contratto preliminare e definitivo; in questo senso cfr., 70; PALADINI M., *Termine, risoluzione per inadempimento, esecuzione in forma specifica*, cit., 204.

²⁶⁰ GIORGIANNI M., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, cit., 69. In proposito, si è già osservato come i diversi interventi giurisprudenziali a tutela del promissario acquirente, abbiano contribuito ad una parziale rivalutazione della funzione «esecutiva» della sentenza, consentendo al giudice un potere, non solo di «integrazione» e «adeguamento» ma, altresì, di specificazione, analogo a quello previsto in materia di esecuzione forzata degli obblighi di fare (art. 612 c.p.c.); sul punto, cfr., le osservazioni di DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 86.

²⁶¹ La comparsa, nel nostro ordinamento, del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., condusse, infatti, la dottrina ad interrogarsi sugli effetti che tale previsione avrebbe avuto sul contratto definitivo e, dunque, se lo stesso potesse essere ancora considerato atto di autonomia e dunque negozio, o vero e proprio atto dovuto. Per una ricostruzione delle diverse soluzioni prospettate, cfr., SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 18 ss.; DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 159 ss.

²⁶² In un simile contesto, un primo orientamento – sul presupposto dell'infungibilità del consenso – finì con l'affermare che l'unica volontà dispositiva dei contraenti fosse quella espressa in occasione della stipula del preliminare, mentre il successivo definitivo non sarebbe altro che un mero titolo per il trasferimento del bene, alternativo alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c., cfr., SATTA S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, cit., 75; GIORGIANNI M., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, cit., 69; RASCIO R., *Il contratto preliminare*, cit., 178, secondo il quale, il definitivo non opererebbe sul regolamento negoziale, ma sugli effetti, i quali, da preliminari, diverrebbero definitivi. Al definitivo, pertanto, dovrebbe attribuirsi una funzione novativa, distinta da quella solutoria. Quest'ultima opinione è stata oggetto di aspre critiche da parte di Montesano, il quale

l'attenzione della dottrina si spostò, infatti, dal contratto preliminare al contratto definitivo, nel tentativo di salvare la natura negoziale di quest'ultimo.

In proposito, anticipando quanto verrà detto oltre, deve ritenersi che la sentenza di cui all'art. 2932 c.c., non è diretta semplicemente a rendere definitivo il preliminare, quanto piuttosto ad operare una vera e propria «sostituzione del contratto definitivo» non concluso; il procedimento diretto all'esecuzione in forma specifica del preliminare, assicura la stessa funzione di controllo propria del contratto definitivo²⁶³. Alla luce di ciò, pur essendo innegabile che la previsione dell'esecuzione in forma specifica abbia contribuito ad intensificare il vincolo derivante dalla promessa, attraverso una valorizzazione dell'affidamento ingenerato rispetto alla sua esecuzione²⁶⁴, può affermarsi che il contratto preliminare continui a conservare la sua funzione: un accordo negoziale che offre alle parti la possibilità, non solo di differire nel tempo l'effetto traslativo, ma consente, altresì, di soddisfare ulteriori e diversi interessi che rendono preferibile questo tipo di strumento ad altre fattispecie contrattuali²⁶⁵.

2. La trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 bis c.c.).

ha evidenziato che, poiché la novazione è un fatto estintivo dell'obbligazione, diverso dall'adempimento, affermare la funzione novativa del definitivo (nel tentativo di salvarne la negoziabilità), significa far nascere dal preliminare un'obbligazione che non potrebbe mai trovare adempimento, cfr., MONTESANO L., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1177; ma cfr. altresì le osservazioni di GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 9, secondo il quale, l'espressione «sostituzione novativa», non farebbe riferimento all'obbligo di contrarre, ma alla vicenda preliminare, la quale non si estingue se le parti «rievocano l'atto». L'A., tuttavia, critica la tesi della funzione novativa del definitivo, sul presupposto che ove il definitivo venga considerato atto di adempimento, senza che sia necessario alcun intento solutorio, dovrebbe concludersi che la doverosità muti solo direzione, investendo l'aspetto novativo del definitivo, la cui negoziabilità dipenderebbe, ancora una volta, dalla dimostrazione della compatibilità tra «*obbligo e potere*». Queste prime letture, successive all'introduzione della nuova disposizione, furono, pertanto, tutte accomunate da una progressiva svalutazione del ruolo del definitivo, al fine di salvaguardare il ruolo predominante della volontà.

²⁶³ GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 155.

²⁶⁴ In questo senso cfr., altresì, BALESTRA L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, 17-18.

²⁶⁵ In questo senso GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 153 ss.

All'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, degli ultimi decenni, ha fatto seguito, seppur in un secondo momento, quella legislativa.

Il legislatore è infatti intervenuto in materia prevedendo, in primo luogo, con la l. n. 30 del 1997²⁶⁶, la trascrizione di alcuni contratti preliminari di contratti soggetti a trascrizione e, dunque, di quelli strumentali alla conclusione di contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili, ovvero che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti reali di godimento su beni immobili.

La previsione della trascrivibilità del contratto preliminare²⁶⁷ si inserisce nelle linee di tendenza già palesate dalla giurisprudenza, dirette a rafforzare la posizione del promissario acquirente e, in particolare, i promissari acquirenti di beni immobili²⁶⁸.

²⁶⁶ Si tratta del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con L. 28 febbraio 1997, n. 30, contenente disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile, a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997, (*G.U. n. 50 dell'1 marzo 1997*), il quale, all'art. 3, prevede una serie di disposizioni che concorrono a delineare la disciplina del «contratto preliminare trascrivibile»: l'art. 2645 *bis* c.c., sulla trascrizione del preliminare e i suoi effetti; l'art. 2668 c.c. ultimo comma, c.c., sulla cancellazione della trascrizione; l'art. 2825 *bis* c.c., sul rapporto tra preliminare trascritto e l'ipoteca contratta dal promittente alienante. La nuova disciplina ha inoltre previsto, a favore del promissario acquirente, un privilegio speciale immobiliare per i crediti da quest'ultimo vantati (artt. 2775 *bis* e 2780 *bis* n. 5 c.c.), nonché ha modificato l'art. 72 l. fall., al fine di rafforzare il credito alla restituzione degli acconti sul prezzo.

²⁶⁷ La possibilità di trascrivere i contratti preliminari era già da molto tempo auspicata dalla dottrina; cfr., MARICONDA G., *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 2, 1997, 129; MENGONI L., *La pubblicità immobiliare*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, IV, Milano, 1987, 173 ss., il quale affermava che «(...) Non si tratta di conferire efficacia reale a contratti per sé attributivi di un mero diritto personale; si tratta piuttosto di utilizzare l'istituto della trascrizione come strumento di tutela dei diritti di credito aventi per oggetto l'acquisto di diritti reali contro l'eventualità di lesioni da parte di terzi»; BIANCA C. M., *Notazione per una disciplina particolare in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 23 ss.

²⁶⁸ Cfr., le osservazioni di TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 87; DE NOVA G., *La trascrizione del preliminare*, in *I Contratti*, 1, 1997, 6; BOZZA G. – CANZIO E., *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, 319, ove si osserva come, con la nuova disciplina, si sia portata a compimento quell'opera di riequilibrio delle posizioni dei promissari contraenti che era già stata avviata dalla giurisprudenza attraverso il superamento del principio d'intangibilità del preliminare. Una parte della dottrina ha, tuttavia, criticato l'incompletezza della disciplina, denunciandone la «stesura affrettata» e dunque di aver «tradito le aspettative», cfr. SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, cit., 671 ss., ove, ad ogni modo, si riconosce alla nuova disciplina il merito di

Invero, la dottrina, già in epoca precedente all'introduzione della disciplina di cui al D.L. n. 669 del 1996, affermava la necessità di una norma che prevedesse la trascrivibilità del contratto preliminare e, ciò, in virtù dell'esigenza, derivante dal commercio immobiliare, di riconoscere maggior tutela alla posizione del promissario acquirente²⁶⁹.

In particolare, il promissario acquirente, fino alla stipula del definitivo, non aveva alcuno strumento per impedire gli atti di disposizione sul bene da parte del promittente venditore²⁷⁰ e, ancora di più, contro gli atti posti in essere dai terzi nei confronti di quest'ultimo.

Al fine di porre rimedio a tale situazione, era, tuttavia, invalsa la prassi di far seguire, alla stipula del contratto preliminare, l'immediata trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*²⁷¹; in questo modo, si sarebbe riuscito a «bloccare» gli atti di disposizione del promittente alienante, per il tramite

aver introdotto rilevanti novità a favore del promissario acquirente. La novella legislativa ha, altresì, suscitato forti dubbi da parte di alcuni autori, poiché, la trascrizione del preliminare, avrebbe privilegiato il diritto di credito del promittente acquirente, rispetto al diritto reale acquistato dal terzo nelle more del passaggio dal preliminare al definitivo; cfr., GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 19 ss.; *contra*, MOSCA A., *La trascrizione del contratto preliminare e le sue attuali applicazioni*, in *I Contratti preliminari*, Vitalone V.-Mosca A., Torino, 2014, 148, il quale evidenzia come il problema non è quello di privilegiare il credito del promissario acquirente rispetto ad un diritto reale, quanto quello di favorire, attraverso un idoneo meccanismo pubblicitario, colui che si è impegnato ad acquistare un bene, rispetto a colui che, nel frattempo, abbia alienato quello stesso bene, venendo meno agli impegni assunti. In senso critico nei confronti della scelta legislativa, cfr., altresì, DI MAJO A., *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 132, secondo il quale, «*la medicina proposta rischia di uccidere il malato (anziché curarlo)*»; in particolare, secondo l'A., andrebbe garantita la libertà del promittente venditore di non adempiere quando i costi dell'adempimento sarebbero maggiori dell'inadempimento.

²⁶⁹ In epoca precedente alla disciplina della trascrizione del preliminare, al fine di rispondere alle esigenze di garanzia derivanti dalla prassi commerciale, si era prospettata in dottrina (in particolare, cfr. MENGONI L., *La pubblicità immobiliare*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, cit., 159 ss.) l'ammissibilità di una forma di trascrizione provvisoria, con funzione prenotativa del grado della futura trascrizione. Una simile previsione derivava dall'osservazione della disciplina di cui all'art. 2674 *bis* c.c., introdotta dalla L. 27 febbraio 1985, n. 52 (in materia di informatizzazione dei registri immobiliari), la quale prevede la possibilità, nell'ipotesi di dubbi sulla trascrivibilità di un atto o sull'iscrivibilità di un'ipoteca, di procedere al compimento di tali formalità con riserva.

²⁷⁰ Il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., si rivelava, infatti, insufficiente in tutte quelle ipotesi in cui il bene, oggetto dell'alienazione, appartenesse ad una persona diversa, ovvero venisse trasferito dal promittente venditore a terzi, i quali rendevano pubblico il loro titolo di acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale da parte del promissario acquirente.

²⁷¹ La norma di cui all'art. 2652, n. 2, c.c., attribuisce alla trascrizione della domanda giudiziale, diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto non concluso, un'efficacia prenotativa della successiva trascrizione della sentenza di accoglimento.

dell'effetto prenotativo espressamente previsto dall'art. 2652, n. 2, c.c. (con riferimento ai contratti preliminari di contratti trascrivibili *ex art.* 2643 c.c.); una simile pratica esponeva, tuttavia, il promissario acquirente, al rischio di una domanda per lite temeraria *ex art.* 96, comma 2° c.p.c.²⁷²

Ad ogni modo, la necessità di ammettere la trascrizione dei contratti preliminari nasce, in particolare, dalla constatazione dell'ampio ricorso, nel settore delle compravendite immobiliari, allo strumento del contratto preliminare con anticipazione delle prestazioni proprie del definitivo²⁷³. L'esigenza, dunque, come del resto emerge dalla stessa Relazione ministeriale al Decreto²⁷⁴ (art. 3), deriva dall'assicurare, ai promissari acquirenti, adeguata tutela, soprattutto in quelle ipotesi in cui, a fronte dell'anticipato versamento

²⁷² NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 3, 1998, 1, 1375; FIORE G., *La trascrizione del preliminare di vendita: L. 28 febbraio 1997, n. 30*, Roma, 1997, 33 ss. E' pur vero, tuttavia, che, la responsabilità *ex art.* 96 c.p.c., può essere accertata solo all'esito del giudizio di merito della domanda e che, tale accertamento darà esito positivo solo nell'ipotesi in cui l'inesigibilità dell'obbligo a contrarre dovesse risultare ancora sussistente al momento della precisazione delle conclusioni (in questo senso, cfr., GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1997, 531). Ad ogni modo, il giudizio di responsabilità per lite temeraria avrebbe potuto essere evitato non prevedendo alcun termine per la stipula del definitivo, sì da far valere l'immediata esigibilità della prestazione ai sensi dell'art. 1183 c.c.; in questo modo, il promissario acquirente avrebbe potuto legittimamente notificare la domanda di esecuzione in forma specifica dopo la conclusione del contratto preliminare, ma nessuna delle parti si sarebbe costituita. Di conseguenza, ai sensi degli artt. 171, comma 1 e 307 c.p.c., le parti avrebbero avuto un anno di tempo per concludere il contratto, ovvero per riassumere il processo e, in quest'ultimo caso, il promissario acquirente si sarebbe giovato dell'effetto prenotativo della domanda; in proposito, cfr., le osservazioni di LOFFREDO F., *Contratto preliminare, trascrizione e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 809 ss.; CAMILLERI E., *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. Impr.*, 1, 1999, 104 ss., il quale evidenzia, altresì, come la tutela offerta dall'art. 2652 n. 2 c.c., risultasse inidonea ad impedire l'operatività dell'art. 72, comma 4° l. fall., nell'ipotesi di fallimento del promittente venditore.

²⁷³ GABRIELLI G., *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium Iuris*, 1997, 445. In queste ipotesi, il promissario acquirente non poteva neppure tutelarsi attraverso la domanda di cui all'art. 2932 c.c. e la sua successiva trascrizione, dal momento che si trattava di un inadempimento già verificatosi; cfr. GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, 722; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendere al preliminare trascrivibile*, cit., 264-265 *ivi* nota 197.

²⁷⁴ Si tratta della Relazione ministeriale illustrativa all'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, in *Guida al diritto*, 1997, 22, ove si evidenzia, in occasione della stipula di preliminari di vendita immobiliare, la presenza di un'oggettiva situazione di disequaglianza tra i contraenti; molto spesso, infatti, tali rapporti «nascono sbilanciati fin dalla conclusione del preliminare, con forti esborsi di somme o impegni economici gravosi da parte del contraente più debole».

del prezzo, non corrisponda la consegna immediata del bene e, ciò, in quanto, ad esempio, il preliminare abbia ad oggetto un edificio ancora da costruirsi o in corso di costruzione²⁷⁵.

Il D.L. n. 669/1996, ha, dunque, introdotto, all'art. 2645 *bis* c.c., la possibilità²⁷⁶ di trascrivere i contratti preliminari – risultanti da atto pubblico o da scrittura privata, con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente – aventi ad oggetto la conclusione di uno dei contratti previsti dai numeri 1) a 4) dell'art. 2643 c.c.; la norma, pertanto, limita²⁷⁷, la facoltà di trascrizione, a quei

²⁷⁵ Individua la *ratio* della novella legislativa nell'esigenza di apprestare adeguata tutela ai promissari acquirenti, quali soggetti deboli delle operazioni immobiliari, *ex multis*, Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, *Obbl. e Contr.*, 2009, 12; individuano la *ratio* della novella legislativa nell'esigenza di apprestare adeguata tutela ai promissari acquirenti, quali soggetti deboli delle operazioni immobiliari, tra gli altri, GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare nel contratto preliminare*, cit., 530, secondo il quale, tuttavia, la reale tutela apprestata per far fronte alle situazioni di squilibrio appena delineate, sarebbe rappresentata, piuttosto, dalla previsione della norma (art. 2775 *bis* c.c.), che riconosce un privilegio speciale a garanzia della restituzione delle somme, anticipatamente versate, nell'ipotesi di mancata conclusione del definitivo; quest'ultima disposizione offre, infatti, adeguata tutela nei confronti del credito restitutorio del promissario acquirente; CAMILLERI E., *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, cit., 100 e 102; NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 1369 ss.; ZACCARIA C., *Conflitto fra il creditore privilegiato ex art. 2775 bis codice civile ed il creditore ipotecario*, in *Contr.*, 2004, 6, 547, il quale evidenzia i disagi che sarebbero potuti derivare, dal sopravvenuto fallimento delle imprese di costruzione, ai promissari acquirenti di case di abitazione, a volte già ammessi da tempo nel godimento dell'immobile; CHIANALE A., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino 1998, 51-52. Che l'intenzione del legislatore sia stata proprio quella di tutelare il promissario acquirente, lo si può desumere anche dal fatto che lo stesso promittente alienante va incontro a dei rischi, allorché, nel lasso di tempo che intercorre tra la stipula del preliminare e la conclusione del successivo contratto definitivo, il patrimonio del promissario acquirente perda la sua originaria consistenza; in questo senso cfr., BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, in *Contr. e impr.*, 2, 1998, 992.

²⁷⁶ In proposito, si osserva che la trascrizione del preliminare, non costituisce un dovere in senso tecnico, giuridicamente sanzionato, ma un onere, il cui rispetto è necessario se si vuole beneficiare dell'effetto di cui all'art. 2645 *bis*, comma 2° c.c.; cfr., DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 5, 1997, 515.

²⁷⁷ La ragione dell'esclusione, di taluni tipi di contratti preliminari, dalla previsione di cui all'art. 2645 *bis* c.c., viene pertanto da taluno rinvenuta nella primaria esigenza, avvertita dal legislatore della Riforma, di riconoscere maggior tutela agli aspiranti acquirenti di beni immobili, in particolare di case di abitazione, cfr. SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, *op. ult. cit.*, 674 ss. Proprio l'obiettivo di tutelare determinati acquisti, e, in particolare, l'esigenza di garantire il promissario acquirente dal rischio del mancato recupero del prezzo (e non, dunque, dalla mancata realizzazione degli effetti definitivi), giustifica, pertanto, la scelta del legislatore di limitare la facoltà di trascrizione ad alcuni tipi di contratti preliminari; in questo senso, cfr., altresì, MARICONDA G., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *La trascrizione del contratto preliminare: giornata di studio*, Bari, 14 giugno

contratti preliminari di contratti traslativi della proprietà, oppure costitutivi, traslativi o modificativi di diritti reali di godimento²⁷⁸.

Il comma 2°, dell'art. 2645 *bis* c.c., disciplina, inoltre, gli effetti della trascrizione del contratto preliminare, prevedendo una funzione «prenotativa»²⁷⁹: la successiva trascrizione del contratto definitivo, o di un altro atto che costituisca esecuzione del contratto preliminare, ovvero della sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, pronunciata a norma dell'art. 2932 c.c., prevale su tutte le formalità pubblicitarie eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del preliminare.

Del resto, l'efficacia prenotativa giustifica la trascrivibilità di un atto avente efficacia meramente obbligatoria²⁸⁰: a beneficiare dell'opponibilità *erga omnes* assicurata dalla trascrizione, non sono gli effetti derivanti dal preliminare, quanto quelli prodotti dal definitivo.

Alcuni autori²⁸¹ hanno, nondimeno, ricollegato alla trascrizione del contratto preliminare, l'effetto dell'opponibilità ai terzi di cui all'art. 2644 c.c.

1997, a cura di CARRABBA A. A., Napoli, 1998, 25-26. Tale limitazione non è, tuttavia, andata esente da critiche; al riguardo, cfr., GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, IV, 2012, 123 ss., Id., *La pubblicità immobiliare nel contratto preliminare*, cit., 532, il quale osserva che la limitazione operata dall'art. 2645 *bis* c.c., «appare priva di giustificazione razionale» al punto che la stessa «può suscitare un sospetto di legittimità costituzionale», in quanto priva di fondamento.

²⁷⁸ Per una rassegna dei contratti preliminari suscettibili di trascrizione ai sensi della citata disposizione, cfr., TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 85 ss.; LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 19 ss. Sulla disciplina introdotta dall'art. 2645 *bis* c.c., cfr., altresì, BOMBELLI M.-IATO M., *Trascrizione del preliminare e tutela dell'acquirente*, cit., 120 ss.;

²⁷⁹ Confermano l'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare, tra le altre, Cass., 26 giugno 2006, n. 14739, in *Imm. e propr.*, 2006, 11, 724; Cass. Sez., Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit.; in questo senso, cfr., altresì, la Relazione all'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, cit.; in dottrina, tra gli altri, BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, cit., 993; NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 1369, il quale evidenzia, altresì, come il meccanismo «prenotativo» fosse già stato impiegato dal legislatore con riferimento alle domande giudiziali ex art. 2652 c.c.; GABRIELLI G., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, 2, 741; Id., *La pubblicità immobiliare nel contratto preliminare*, cit., 533 ss.; DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., 515-516.

²⁸⁰ Per tali osservazioni cfr., altresì, MEMMO D., *Contratti con oggetto immobiliare e tutela dell'acquirente. Inquadramento sistematico e profili problematici*, in *La tutela dell'acquirente di beni immobili*, a cura di Memmo D., Napoli, 2008, 18.

²⁸¹ GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 23 ss., Id., *La trascrizione immobiliare. I. Artt. 2643-2645 bis*, in *Il Codice Civile. Commentario*,

Di conseguenza, chi acquista il bene, in virtù del successivo contratto definitivo o della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c. (o di altro atto esecutivo di cui all'art. 2645 *bis*, comma 2°, c.c.), farà salvo il suo acquisto nel conflitto con i terzi aventi causa del promittente alienante, se avrà trascritto, entro i termini previsti, il contratto preliminare e il successivo atto dal quale deriva l'acquisto definitivo; ma ciò in quanto, quest'ultimo potrà avvalersi delle successive trascrizioni, che se eseguite tempestivamente, si sommeranno l'una all'altra senza dar luogo a soluzione di continuità. A ben vedere, quest'ultima soluzione, riflette la premessa secondo la quale, il contratto preliminare avrebbe acquisito natura di vera e propria vendita obbligatoria, soluzione che, pertanto, non potrebbe essere condivisa²⁸².

In dottrina si è, poi, sostenuto che non sarebbe corretto limitare l'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare, alla successiva trascrizione di un contratto definitivo che rifletta integralmente il contenuto del primo. In proposito, si afferma che il riferimento, di cui al comma 2° dell'art. 2645 *bis* c.c., «ad ogni altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare trascritto», consentirebbe la produzione dell'effetto prenotativo anche nell'ipotesi in cui il contratto definitivo corrisponda soltanto parzialmente al contratto preliminare (e, in ogni caso, nei limiti di tale corrispondenza)²⁸³.

diretto da Schlesinger, II ed., Milano, 1998, 703 ss., il quale ritiene più corretto attribuire, alla trascrizione del preliminare, un effetto di opponibilità, risolutivamente condizionato alla mancata successiva trascrizione del definitivo nei termini previsti; e ciò, in quanto, il contratto preliminare darebbe luogo ad un impegno traslativo, dal quale discenderebbe, a favore del promissario acquirente, un vero *ius ad rem* e non un mero *ius ad personam*.

²⁸² Per tali osservazioni, cfr., BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, cit., 994 ss.

²⁸³ GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 539; Id, *La pubblicità immobiliare*, cit., 124, secondo il quale, l'efficacia prenotativa opererebbe anche nell'ipotesi di variazioni meramente quantitative dell'oggetto; così, ad esempio, nei casi in cui il contratto definitivo abbia un oggetto più ampio di quello del preliminare: l'effetto retroattivo della trascrizione del definitivo opererà per la parte del bene già oggetto della precedente trascrizione. Il collegamento tra i due contratti richiede, tuttavia, l'identità, oltre che dell'immobile, anche dell'effetto giuridico e del tipo di diritto coinvolto in quell'effetto. Ad ogni modo, si ammettono variazioni in ordine all'ampiezza del contenuto del diritto; per cui se, promessa la vendita della proprietà, viene, poi, venduta soltanto la nuda proprietà, l'efficacia prenotativa opererà solo in modo parziale. Non vi sono, invece, uniformità di opinioni per quanto riguarda le ipotesi di mutamento del tipo di diritto trasferito: è il caso, ad esempio,

L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare è, tuttavia, limitata nel tempo (a differenza, dunque, della trascrizione della domanda giudiziale, *ex art. 2652, n. 2, c.c.*, la quale, stante l'imprevedibile durata nel processo, non è soggetta ad alcuna limitazione temporale). L'art. 2645 *bis*, comma 3, *c.c.*, prevede, inoltre, una durata più breve rispetto al ventennio previsto per la perdita di efficacia della trascrizione delle domande giudiziali o del pignoramento e del sequestro conservativo (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2668 *bis* e 2668 *ter c.c.*); la trascrizione del contratto preliminare conserva, infatti, i suoi effetti soltanto per tre anni dalla data in cui è stata eseguita. Più precisamente, ai sensi del 3° comma, dell'art. 2645 *bis*, *c.c.*, gli effetti della trascrizione del contratto preliminare, cessano e si considerano come mai prodotti, se entro un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo (ove le parti abbiano previsto un termine per la stipula del definitivo) e, in ogni caso, entro tre anni dalla predetta trascrizione, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca,

dell'ipotesi in cui viene promesso un trasferimento di proprietà ma viene poi venduto soltanto l'usufrutto. Per la tesi favorevole all'effetto retroattivo della trascrizione, cfr., GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 539-540; *contra*, LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 33. Altri autori, nel richiamo «agli atti che costituiscono comunque esecuzione del preliminare», ravvisano, invece, uno specifico riferimento alla categoria del contratto preliminare *c.d.* ad effetti anticipati, inteso quale contratto collocato nel più ampio *genus* del contratto preliminare, nel quale troverebbero la loro fonte tutte le prestazioni anticipatamente eseguite, cosicché il contratto definitivo non potrebbe che assumere una funzione solutoria (ove dal preliminare sorgerebbe una vera e propria obbligazione di dare); così, SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, cit., 684.; NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 1369; con riferimento al preliminare in generale, cfr., CHIANALE A., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, cit., 73; LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 30; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare. I. Artt. 2643-2645 bis*, cit., 708, *Id*, *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 41, secondo il quale, sul presupposto che il legislatore usi il termine «atto» quando intende riferirsi ad un atto unilaterale, il riferimento all'atto di esecuzione diverso dal contratto, contenuto nel comma 2°, dell'art. 2645 *bis c.c.*, non potrebbe assumere altro significato se non quello della possibilità di eseguire, senza alcuna modifica, il preliminare attraverso un atto unilaterale trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 *c.c.* In altre parole, secondo l'A., il riferimento all'atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare, si comprende solo accettando la tesi dell'obbligo di dare derivante dal preliminare. Di contro, ove si cercasse di giustificare il rinvio operato dall'art. 2645 *bis c.c.*, con la possibilità, offerta alle parti, di apportare modificazioni al contenuto del contratto preliminare, si sarebbe sempre in presenza di un contratto (e non dunque di un «atto»), diretto ad estinguere l'impegno traslativo precedente, attraverso un'esecuzione diversa da quella programmata.

comunque, esecuzione del contratto preliminare, ovvero della domanda giudiziale di cui all'art. 2652, comma 1, n. 2, c.c.

La previsione di un breve termine di efficacia trova, a ben vedere, la propria *ratio*, nell'esigenza di circoscrivere nel tempo gli ostacoli alla libera circolazione dei diritti immobiliari²⁸⁴.

2.1. (segue) Trascrizione del contratto preliminare e privilegio speciale ex art. 2775 bis c.c.

La legge del 1997, ha introdotto, altresì, l'art. 2775 bis c.c., il quale riconosce, ai crediti del promissario acquirente, un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento in cui si verifica l'evento che costituisce causa del credito²⁸⁵; tale privilegio è, infatti, destinato a garantire i

²⁸⁴ GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, cit., 122; FIORE G., *La trascrizione del preliminare di vendita: L. 28 febbraio 1997, n. 30*, cit., 35, il quale evidenzia come, molto spesso, possono venire in considerazione comportamenti pretestuosi e dilatori da parte del promissario acquirente, diretti a ritardare l'adempimento dell'obbligazione assunta nel termine stabilito. Con riferimento al carattere inderogabile di tali termini, cfr. LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 50-51; MARICONDA G., *Contratto preliminare e trascrizione*, cit., 129; SICCHIERO G., *Dal contratto ai contratti preliminari*, in AA. VV., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d.lgs. n. 122 del 2005*, a cura di Sicchiero G., Padova, 2005, 6; CAMILLERI E., *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, cit., 102; contra NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 1378 ss., il quale riconosce alla norma sul triennio carattere suppletivo, da applicarsi solo ove il preliminare non preveda nessun termine per la stipula del definitivo. Secondo l'A., una simile soluzione, consentirebbe di evitare gli inconvenienti che potrebbero verificarsi ove le parti abbiano inteso far coincidere il termine per la conclusione del definitivo con il completamento dell'opera oggetto del contratto. Si afferma tuttavia che eventuali inconvenienti (come, dunque, nell'ipotesi in cui il preliminare abbia ad oggetto edifici da costruire la cui realizzazione richieda un tempo superiore a tre anni), possono essere evitati attraverso il ricorso ad alcuni espedienti, quali la trascrizione della domanda giudiziale, ovvero mediante la rinnovazione della trascrizione del contratto preliminare; in questo senso, cfr., GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 529 ss.

²⁸⁵ Alcuni autori hanno sollevato dubbi di incostituzionalità nella previsione di un privilegio speciale a favore del promissario acquirente, sul presupposto della disparità di trattamento rispetto all'ipotesi di risoluzione di un normale contratto di vendita per inadempimento del venditore; e, infatti, in quest'ultimo caso, al credito vantato dall'acquirente per la restituzione

crediti conseguenti al mancato adempimento²⁸⁶, da parte del promittente venditore²⁸⁷, del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c.

Il credito garantito da privilegio speciale, potrà consistere nella restituzione del prezzo anticipatamente versato, ovvero nel credito per il risarcimento dei danni o per la restituzione o pagamento di caparre (rispettivamente confirmatorie e penitenziali)²⁸⁸; il privilegio assiste altresì i crediti derivanti dalla mancata esecuzione del preliminare, ove ciò derivi dall'esercizio del potere di scioglimento da parte del curatore ai sensi dell'art. 72, comma 4, l. fall. Ad ogni modo, nonostante la generica formulazione, la disposizione assume notevole rilievo rispetto all'ipotesi di contratto preliminare

del prezzo (e dei danni), non viene riconosciuta alcuna causa di prelazione per la restituzione, rispetto agli altri creditori del venditore; così, CHIANALE A., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, cit., 104. Altri autori hanno, altresì, osservato che, ovviato con l'introduzione della disciplina della trascrizione il pericolo di vanificare il diritto del promissario acquirente alla realizzazione degli effetti del preliminare – consentendo, così, il riequilibrio delle posizioni delle parti -, non fosse necessario accordare anche un privilegio speciale per l'ipotesi di inadempimento; tale riconoscimento ha dato, infatti, luogo ad una nuova situazione di squilibrio, anche se, in questo caso, a sfavore del promittente alienante, il quale, pur conservando la proprietà del bene, può comunque subire ingenti danni a seguito dell'inadempimento del promissario; BOZZA G. – CANZIO E., *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, cit., 321.

²⁸⁶ Con riferimento agli eventi il cui verificarsi consente la nascita del privilegio, cfr., LUMINOSO A., *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 6, 1998, 564-565; BOZZA G. – CANZIO E., *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, cit., 323-324.

²⁸⁷ L'orientamento prevalente non esclude che, nonostante la generica formulazione della norma, il riconoscimento del privilegio possa negarsi in quelle ipotesi in cui l'inadempimento sia imputabile esclusivamente al promissario acquirente, perché, altrimenti, si accorderebbe un privilegio al creditore in virtù di un comportamento *contra ius*; in questo senso, cfr., tra gli altri, LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 77, nt. 149.

²⁸⁸ In questo senso, LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 75-76; al riguardo, cfr., altresì, BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, cit., 1000; GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 550-551; *contra*, escludono il riconoscimento del privilegio rispetto al generico credito risarcitorio liquidato in sentenza, GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 30-31, Id, *La trascrizione immobiliare. I. Artt. 2643-2645 bis*, cit., 723; Id, *Il contratto preliminare*, cit., 193, secondo cui il privilegio può essere fatto falere solo per il credito risultante da atto tempestivamente trascritto o annotato e sempre che lo stesso risulti dalla nota di trascrizione; ciò, in quanto, gli altri creditori del promittente venditore, cui il privilegio è opponibile, hanno diritto di conoscere l'ammontare del credito privilegiato, il quale trae origine da una vicenda soggetta a pubblicità sul piano circolatorio.

c.d. ad effetti anticipati²⁸⁹ e, dunque, con riferimento al credito restitutorio del promissario acquirente²⁹⁰; laddove, il collegamento al rimedio risarcitorio risulta, oltretutto, inutile in sede fallimentare, ove il promissario acquirente può far valere il proprio credito al passivo senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno.

L'anzidetto privilegio, collocato all'ultimo posto nell'ordine dei privilegi speciali degli immobili (art. 2780, n. 5 *bis* c.c.), ha sollevato numerosi dubbi in merito all'ordine di preferenza di quest'ultimo, rispetto all'ipoteca concessa sul medesimo immobile ed iscritta prima della trascrizione del preliminare.

Al riguardo, l'unica disposizione introdotta dalla novella legislativa è il secondo comma dell'art. 2775 *bis*, c.c., che prevede l'inopponibilità di tale privilegio ai creditori garantiti da ipoteche relative a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile oggetto del preliminare²⁹¹, nonché ai creditori che abbiano iscritto ipoteca sull'edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio, ai sensi degli artt. 38 ss. t.u.b. (art. 2825 *bis* c.c.); in quest'ultimo caso, la prevalenza dell'ipoteca è limitata alla quota di debito derivante dal finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata,

²⁸⁹ SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, cit., 684, la quale evidenzia come tutta la disciplina introdotta dalla Riforma del '96, sembra in particolare rivolta ad offrire uno specifico intervento in materia di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, quale negozio ampiamente diffuso nella realtà economica.

²⁹⁰ Non può dirsi altrettanto per l'ipotesi in cui l'oggetto del preliminare sia rappresentato da un immobile da costruire; in caso di mancata realizzazione del medesimo, i crediti restitutori e/o risarcitori non potranno, infatti, godere del privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c., dal momento che non è configurabile un privilegio su un immobile non ancora venuto ad esistenza; così, TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 83.

²⁹¹ E' stato osservato che tale previsione sembra riferirsi all'ipotesi, piuttosto rara nella prassi, in cui il promittente venditore abbia dato il proprio consenso, prima della stipula del definitivo, all'iscrizione di ipoteca sul bene promesso in vendita (e, dunque, a costituirsi quale terzo datore di ipoteca), a garanzia del credito derivante da un mutuo concesso al promissario acquirente; quest'ultimo, infatti, non potrebbe altrimenti concedere ipoteca su un bene del quale non abbia ancora acquistato la titolarità; in questo senso, cfr., Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit.

con il contratto preliminare o con successivo atto annotato a margine della trascrizione²⁹².

Il silenzio da parte del legislatore ha, inevitabilmente, condotto ad interpretazioni discordanti²⁹³ e, ciò, anche in considerazione della disciplina di cui all'art. 2748 c.c., comma 2, c.c., in virtù della quale, salvo che la legge non disponga diversamente, il privilegio sui beni immobili prevale sui crediti ipotecari.

Un primo orientamento²⁹⁴, risolve l'anzidetto contrasto a favore del credito privilegiato del promissario acquirente; ciò è argomentato, tra l'altro, sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 2748, comma 2°, c.c., il quale derogherebbe alla regola dettata dall'art. 2644 c.c., considerando irrilevante il momento in cui la garanzia viene ad esistenza²⁹⁵.

²⁹² In proposito, si osserva che la ragione della deroga prevista dal secondo comma dell'art. 2775 bis c.c., andrebbe ravvisata nel fatto che, in entrambe le ipotesi, il debito garantito da ipoteca è un debito dello stesso promittente acquirente relativamente ad un preliminare trascritto prima dell'iscrizione dell'ipoteca; sarebbe, pertanto, «paradossale» ritenere che, sorto successivamente un conflitto con il creditore ipotecario mutuante, per mancato adempimento del mutuo, il mutuario inadempiente possa prevalere sul creditore ipotecario mutuante, in virtù del privilegio sull'immobile, derivante dalla mancata esecuzione del preliminare (il quale dovrebbe garantire il credito restitutorio del prezzo anticipatamente consegnato al promittente venditore, utilizzando la medesima somma presa a mutuo); così, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 196. La previsione mira, pertanto, a contemperare l'esigenza di tutela del terzo acquirente, con quella dei terzi che abbiano concesso finanziamenti per l'acquisto o la costruzione del bene promesso in vendita, e ciò in linea con la *ratio* della disciplina introdotta dal D.L. n. 669/1996, diretta, in particolare, a promuovere la realizzazione e l'acquisto della prima casa di abitazione, così, Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit.

²⁹³ Per una sintesi delle diverse opinioni, cfr., MONTELEONE P., *Privilegio del promissario acquirente ex art. 2775 bis ed ipoteca iscritta prima del preliminare inesequito*, in *Obbl. e contr.*, 5, 2010, 331 ss.; CALEO O., *Le Sezioni Unite cambiano rotta: l'ipoteca anteriore prevale sul privilegio del promissario acquirente*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 5, 342;

²⁹⁴ Cfr., Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Notariato*, 2004, 8; BOZZA G. – CANZIO E., *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, cit., 346 ss.; DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., 517-518;

²⁹⁵ Secondo un'opinione diffusa in giurisprudenza, la regola della prevalenza del privilegio speciale sull'ipoteca, di cui all'art. 2748, comma 2, c.c., opererebbe in deroga alla regola della priorità delle formalità pubblicitarie, anche rispetto alle ipoteche precedenti alla nascita del privilegio; in questo senso, cfr., Cass., 11 maggio 1978, n. 2294, in *Foro it.*, 1979, I, 444 ss. Alla base dell'interpretazione tradizionale della disciplina di cui all'art., 2748, comma 2°, c.c., diretta a riconoscerne l'operatività, in deroga al diverso criterio della priorità temporale, anche nell'ipotesi in cui la nascita dell'ipoteca sia precedente a quella del privilegio, si rinvengono, sia ragioni di ordine sostanziale, basate sulla meritevolezza dei crediti tutelati dal privilegio immobiliare, sia argomenti di carattere storico, derivanti dalla riconducibilità degli attuali privilegi speciali immobiliari, alle precedenti «ipoteche privilegiate», le quali erano destinate a prevalere rispetto alle ipoteche ordinarie, proprio in virtù della particolare natura degli interessi

Tale soluzione, troverebbe conferma anche nella circostanza che le uniche eccezioni alla regola generale, espressamente previste dal legislatore, sono quelle dettate all'art. 2775 *bis*, comma 2° c.c.

Non è poi mancato chi ha giustificato tale interpretazione attraverso un rinvio alla *ratio* della disposizione, espressamente diretta a tutelare la posizione del promissario acquirente.

Infine, nell'ambito dell'orientamento diretto a riconoscere la prevalenza del privilegio che assiste il promissario acquirente, altra autorevole dottrina²⁹⁶ ha evidenziato che, al fine di risolvere il conflitto in esame, occorre aver riguardo, non al criterio della priorità temporale, ma a quello che fa riferimento alla particolare causa del credito, in conformità alla norma sul fondamento del privilegio; d'altro canto, lo stesso rinvio, operato dall'art. 2775 *bis*, comma 2° c.c., all'art. 2825 *bis* c.c., sembrerebbe far riferimento proprio alla particolare causa del credito. Alla luce di ciò, deve, pertanto, ritenersi che il senso della regola di cui all'art. 2775 *bis*, comma 2° c.c., sia quello di dettare una deroga all'art. 2748, comma 2° c.c., e non già all'art. 2644 c.c.

Una diversa opinione²⁹⁷, esclude, invece, l'applicabilità della regola, di cui all'art. 2748, comma 2° c.c., al privilegio del promissario acquirente; quest'ultima, muove, in particolare, dall'osservazione per la quale, la nascita del privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c., è subordinata all'espletamento di una

protetti; per tali osservazioni, cfr., (in senso critico nei confronti di tale soluzione) TUCCI G., *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare: giornata di studio*, Bari, 14 giugno 1997, a cura di CARRABBA A. A., Napoli, 1998, 54.

²⁹⁶ BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, cit., 995 ss.

²⁹⁷ GUGLIELMUCCI L., *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, 229 ss.; LUMINOSO A., *La trascrizione del contratto preliminare*, Luminoso-Palermo, Padova, 1997, 81 ss.; Id., *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, cit., 565 ss.; GAZZONI, *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 28 ss., Id., *La trascrizione immobiliare. I. Artt. 2643-2645 bis*, cit., 724 ss., il quale muove dal diverso presupposto della riconducibilità, alla trascrizione del preliminare, degli effetti di cui all'art. 2644 c.c.; secondo l'A., proprio la disciplina di cui all'art. 2775 *bis* c.c., confermerebbe la necessità di ricollegare la trascrizione del contratto preliminare all'art. 2644 c.c.; GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, cit., 164-165; Id., *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, GABRIELLI G., *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 794 ss.; SICCHIERO G., *Dal contratto ai contratti preliminari*, cit., 23 ss.

particolare forma di pubblicità costitutiva, rappresentata dalla trascrizione del contratto preliminare. Questa caratteristica farebbe del privilegio in esame, un privilegio iscrizionale – da inquadrarsi nella disciplina di cui all’ultima proposizione dell’art. 2745 c.c. –, rispetto al quale non opererebbe la regola di cui all’art. 2748, comma 2° c.c., ma quella del *prior in tempore potior in iure*, prevista in materia di trascrizione degli atti.

In altre parole, secondo l’orientamento testé riportato, il principio di cui all’art. 2644 c.c., dovrebbe trovare applicazione anche nel conflitto tra il privilegio riconosciuto al promissario acquirente e l’ipoteca; ciò, in quanto, la costituzione di entrambi i titoli presuppone l’espletamento di una particolare formalità pubblicitaria²⁹⁸.

Il secondo orientamento dottrinale prospettato è quello da ultimo accolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo la quale, la particolare natura del privilegio, che non può sorgere se non previa trascrizione del contratto preliminare, impone di far riferimento al principio generale della priorità nell’esecuzione delle formalità pubblicitarie²⁹⁹.

²⁹⁸ GABRIELLI G., *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, cit., 798, il quale, a sostegno dell’interpretazione restrittiva che esclude il privilegio iscrizionale dall’ambito di applicazione della disciplina di cui all’art. 2748, comma 2, c.c., evidenzia, altresì, l’incompatibilità fra quest’ultima regola e quella che richiede l’espletamento di una particolare formalità pubblicitaria, al fine della costituzione di un privilegio: se fondamento di tale formalità pubblicitaria, dev’essere individuato nell’esigenza di tutelare i terzi dal pericolo di una causa di prelazione occulta, non può ragionevolmente affermarsi l’opponibilità di un privilegio iscrizionale, rispetto a colui che abbia anteriormente iscritto ipoteca e ciò, in quanto, a quest’ultimo, il privilegio iscrizionale, non ancora segnalato, è occulto per definizione.

²⁹⁹ Cfr., Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit.: «*Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell’art. 2775-bis cod. civ.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell’art. 2645-bis cod. civ., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall’ultima parte dell’art. 2745 cod. civ.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull’ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell’art. 2748 cod. civ., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti*». La Corte, dunque, evidenzia in particolare come, ai sensi dell’art. 2748, comma 2° c.c., il privilegio prevalga sull’ipoteca solo se la legge non disponga diversamente e che la deroga a tale principio non debba risultare necessariamente da una norma ma «*può e deve essere individuata nell’ordinamento nel suo complesso*»; per un commento in merito alla pronuncia delle Sezioni Unite, si v., tra gli altri, LOTTA F., *Sul conflitto tra privilegio a favore del promissario acquirente di immobile e ipoteca*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2011, 70 ss.; AGNINO F., *Le Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sul conflitto tra privilegio del promissario acquirente ed ipoteche sull’immobile*, in *Corr. giur.*, 2, 2009, 174 ss.; MONTELEONE P., *Privilegio del*

Invero, se non può negarsi che il privilegio speciale riconosciuto al promissario acquirente trae fondamento da una valutazione in termini di particolare meritevolezza di tutela del suo credito, in quanto derivante dalla mancata esecuzione del contratto preliminare³⁰⁰, tuttavia, ciò non appare sufficiente a giustificare le gravi conseguenze derivanti dall'eventuale applicazione della regola dettata dall'art. 2748, comma 2°, c.c.

Affermare la prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare, condurrebbe, infatti, all'inaccettabile risultato per cui, il creditore che abbia iscritto ipoteca sull'immobile prima della trascrizione del preliminare, sarebbe destinato a soccombere, nel conflitto con il privilegio del promissario acquirente, solo nell'ipotesi di mancata esecuzione del preliminare, mentre sarebbe pienamente garantito in caso di conclusione del medesimo contratto.

Altra considerazione che valorizza l'ultima soluzione proposta è che, mentre il promissario acquirente, al momento della stipula del preliminare, è in grado di conoscere l'esistenza di eventuali iscrizioni ipotecarie sul bene che va ad acquistare, il creditore che, prima della stipula del preliminare, abbia iscritto, sul medesimo immobile, ipoteca a garanzia del suo credito, finirebbe con il vedere la propria posizione subordinata rispetto a quella di successivi e indeterminabili promissari acquirenti diretti all'acquisto di quel bene.

promissario acquirente ex art. 2775 bis ed ipoteca iscritta prima del preliminare ineseguito, cit., 331 ss.; CALEO O., *Le Sezioni Unite cambiano rotta: l'ipoteca anteriore prevale sul privilegio del promissario acquirente*, cit., 341; RUGGERI L., *L'intervento delle Sezioni Unite: l'ipoteca, iscritta in data anteriore, prevale sul privilegio del promissario acquirente*, in *Nuova Giur. civ.*, 2010, 3, 275 ss.

³⁰⁰ Al riguardo, a sostegno della prevalenza delle ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del preliminare, si osserva altresì che l'art. 2748 c.c., risolve i conflitti tra ipoteche e privilegi immobiliari non iscrizionali, pertanto, al di fuori di ogni intervento di pubblicità degli atti, il privilegio prevale sull'ipoteca, quale che sia il momento nel quale quest'ultima è stata iscritta, in considerazione della particolare causa del credito; regola che trova applicazione con riferimento ai privilegi di cui agli art. 270-2774 c.c., in quanto tutelano interessi pubblici, a differenza, dunque, di quello di cui all'art. 2775 bis c.c., ove l'interesse tutelato è prettamente privato, sebbene sicuramente socialmente rilevante; così, cfr., TUCCI G., *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, cit., 57; ALESSI G., *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, 362.

Inoltre, sarebbe illogico ritenere che la prevalenza riservata dall'art. 2825 *bis* c.c., non operi anche per le ipoteche concesse a garanzia di mutuo fondiario iscritte prima della trascrizione del preliminare³⁰¹.

Infine, la diversa soluzione, potrebbe essere fonte di abusi e accordi fraudolenti tra promissario acquirente e promittente venditore, diretti ad ostacolare il soddisfacimento del credito da parte dei creditori ipotecari precedentemente iscritti³⁰².

Al fine di prevenire gli inconvenienti derivanti dalla postergazione delle ipoteche, non è, tuttavia, necessario riconoscere validità a quell'orientamento³⁰³ diretto ad individuare, nella trascrizione dei contratti preliminari, una funzione non già prenotativa, quanto di opponibilità ai sensi dell'art. 2644 c.c., (la quale consentirebbe di risolvere direttamente i conflitti con i titoli incompatibili)³⁰⁴.

Al riguardo, può, invece, osservarsi che il contratto preliminare, sebbene non svolga una funzione propriamente costitutiva del privilegio, assume un ruolo essenziale al fine della nascita di quest'ultimo. D'altro canto, l'art. 2775 *bis* c.c., prevede il venir meno del privilegio, nell'ipotesi di cessazione degli effetti della trascrizione per il decorso dei termini di cui all'art. 2645 *bis*, comma 3, c.c. Alla luce di ciò, sembra potersi condividere l'opinione di quella

³⁰¹ In proposito, si è, altresì, rilevato come la diversa soluzione determinerebbe una paralisi nell'erogazione del credito fondiario e, quindi, dello stesso mercato delle costruzioni immobiliari; cfr., GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., 553, nt. 40; LUMINOSO A., *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, cit., 565.

³⁰² Così, Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit.; in dottrina cfr., TUCCI G., *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, 478, il quale richiama l'ipotesi di un accordo tra promittente alienante e promissario acquirente diretto a simulare un contratto preliminare – avente ad oggetto un bene già gravato da ipoteca e contenente la dichiarazione dell'avvenuta corresponsione del prezzo – destinato ad essere risolto consensualmente prima della data fissata per la conclusione del contratto definitivo. In questo modo, il prezzo ricavato dalla vendita forzata del bene, andrebbe a soddisfare il credito privilegiato del promissario acquirente, il quale sarebbe, così, preferito ai creditori ipotecari in virtù della regola di cui all'art. 2748 c.c.

³⁰³ In questo senso, in particolare, GAZZONI, *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 28 ss.

³⁰⁴ Così, GABRIELLI G., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, cit., 748, il quale chiarisce, altresì, che, ove si ricollegassero, alla trascrizione del preliminare, gli effetti di cui all'art. 2644 c.c., resterebbe da spiegare il perché la priorità dell'iscrizione comporterebbe la prevalenza dell'ipoteca sul privilegio, in contrasto con la regola di cui all'art. 2748, comma 2, c.c.

dottrina che individua nella nascita del privilegio a favore del promissario acquirente, una fattispecie complessa, composta, oltre che dal contratto preliminare trascritto, dal successivo inadempimento di quest'ultimo³⁰⁵. Il riconoscimento della funzione svolta dalla trascrizione del preliminare nella costituzione del privilegio, conduce, pertanto, a risolvere il conflitto, tra creditore privilegiato e ipotecario, in base al principio della priorità nell'esecuzione delle formalità pubblicitarie³⁰⁶.

In proposito, se è vero quanto affermato da autorevole dottrina³⁰⁷ secondo la quale, rispetto al privilegio iscrizionale, il criterio della priorità nell'adempimento delle formalità pubblicitarie, può operare come criterio di preferenza nel concorso con le ipoteche solo ove ciò sia espressamente previsto, sì che non sarebbe sufficiente ipotizzare la presenza di una deroga tacita al principio generale di prevalenza dei privilegi speciali sulle ipoteche, è altrettanto vero che, come detto, esistono validi argomenti per sostenere la soluzione che subordina il privilegio del promissario acquirente ai crediti ipotecari iscritti prima della trascrizione del preliminare e, in particolare, quello

³⁰⁵ Così, GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, cit., 164-165.

³⁰⁶ GABRIELLI G., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, cit., 746 ss.; LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 84; Id., *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, cit., 566, secondo il quale «è difficile pensare che il legislatore alla trascrizione del contratto preliminare attribuisca una efficacia costitutiva ai fini della nascita del privilegio (in concorso con gli altri presupposti previsti dalla norma) e assegni invece il valore di semplice pubblicità-notizia ai fini della soluzione dei relativi conflitti con i terzi». In particolare, l'A. sembra individuare un principio generale in materia di pubblicità degli atti, in virtù del quale, i conflitti tra più atti soggetti allo stesso regime pubblicitario, devono essere risolti in base al criterio del «*prior in tempore potior in iure*». La soluzione favorevole ai crediti ipotecari è quella da ultimo adottata da parte dello stesso Ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia. In un primo momento, infatti, con la circolare del 21 aprile 1997, prot. 291421/32-2 (in *Il sole-24 Ore*, 8 maggio 1997, 19), era stata affermata la prevalenza del privilegio su tutte le ipoteche, sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 2748 e 2775 *bis* c.c.; con una successiva nota indirizzata al Consiglio Nazionale del Notariato, il medesimo Ufficio ha, tuttavia, accolto l'opposta soluzione, al punto da rendere inutile un'iniziativa legislativa diretta a chiarire il significato della norma. Tale soluzione consente, altresì, di risolvere il conflitto fra più promissari acquirenti, ciascuno dei quali vanta un privilegio speciale sul medesimo bene immobile promesso in vendita, dovendosi riconoscere la prevalenza a favore di colui il quale abbia eseguito per prima la trascrizione del preliminare (diverso è invece il rapporto tra il privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c., e altri privilegi immobiliari, rispetto al quale troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 2780 c.c.).

³⁰⁷ RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, 388.

che fa leva sulla irragionevole disparità di trattamento dei creditori ipotecari, a seconda che si tratti di acquirente in preliminare ovvero definitivo³⁰⁸.

* * *

Riservando al prosieguo della trattazione, la questione in ordine agli effetti che il riconoscimento della trascrivibilità del contratto preliminare comporta rispetto all'inquadramento giuridico della figura e, in particolare, l'opinione di quanti hanno ritenuto di poter individuare, nella previsione di cui all'art. 2645 *bis* c.c., una sicura conferma della possibilità di ricondurre il contratto preliminare alla categoria della vendita obbligatoria³⁰⁹, non può, per il momento, negarsi che la trascrizione del contratto preliminare abbia contribuito a rafforzarne il contenuto, sulla scia dell'evoluzione giurisprudenziale già da tempo in atto. In particolare, «l'effetto prenotativo» derivante dalla trascrizione, ha certamente concorso a rafforzare la posizione del promissario acquirente, accentuando la funzione di «garanzia del risultato finale»³¹⁰, nel senso sopra chiarito.

3. La tutela del promissario acquirente di immobili da costruire.

Nell'ottica di garantire il risultato finale attraverso un procedimento negoziale distinto in due fasi, si colloca, altresì, il successivo intervento

³⁰⁸ Così, GABRIELLI G., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, cit., 748. La rilevanza dell'argomento è stata, altresì, evidenziata da altri autori, alcuni dei quali hanno in particolare richiamato l'esigenza di evitare esiti interpretativi in contrasto con il principio di cui all'art. 3 Cost.; in questo senso, cfr., tra gli altri, GUGLIELMUCCI L., *Privilegio del credito del promissario acquirente*, cit., 230.

³⁰⁹ GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 23 ss.; Id, *Il contratto preliminare*, cit., 192 ss.

³¹⁰ Evidenzia come la trascrizione del contratto preliminare rappresenti uno strumento di tutela dell'assetto di interessi programmato, tra gli altri, MARICONDA G., *Contratto preliminare e trascrizione*, cit., 129.

legislativo, attuato con il D.lgs., 20 giugno 2005, n. 122³¹¹, che si preoccupa di riconoscere strumenti di tutela più efficaci³¹² in favore dei promissari acquirenti³¹³ di immobili da costruire o in corso di costruzione, nell'ipotesi di sopravvenuta insolvenza del costruttore³¹⁴.

La *ratio* di una disciplina diretta a tutelare i soli promissari acquirenti di immobili da costruire, con esclusione, dunque, degli acquirenti di immobili già ultimati, si rinviene nella particolare debolezza che caratterizza tale categoria, la quale rimane maggiormente esposta al rischio del fallimento del costruttore. E, infatti, a fronte della prassi, sempre più diffusa, di stabilire la corresponsione di tutto o parte del prezzo pattuito già al momento della conclusione del preliminare – consentendo, in questo modo, il finanziamento della costruzione –, nell'ipotesi di fallimento del promittente alienante, il promissario acquirente rimarrebbe esposto al duplice rischio di non acquistare la proprietà del bene³¹⁵ e di non recuperare le somme già versate a titolo di prezzo³¹⁶.

³¹¹ Si tratta del Decreto attuativo della legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (in *G. U. 6 luglio 2005, n. 155*); per un esame della disciplina, si v., AA.VV., *Tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d.lgs. n. 122 del 2005*, a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005; AA. VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D. Lgs. 122/2005 e prospettive*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Il Sole 24 Ore*, 1, 2006; RIZZI G., *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 4, 427 ss.; Id., *Il decreto legislativo 122/2005: il contenuto del contratto preliminare*, Studio n. 5814/C, in www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/prelazione-contratto-preliminare/5814.pdf.

³¹² Sul punto cfr., altresì le osservazioni di MEMMO D., *Contratti con oggetto immobiliare e tutela dell'acquirente. Inquadramento sistematico e profili problematici*, cit., 9, la quale evidenzia come una simile tutela non sia affidata esclusivamente alla legislazione speciale, in quanto anche nella disciplina del diritto generale dei contratti, di cui al Codice del 1942, è dato rinvenire una serie di disposizioni dalle quali emerge l'esigenza di considerare con adeguata cautela i trasferimenti di beni immobili.

³¹³ Ai sensi dell'art. 1 del decreto in esame, l'acquirente è unicamente la «persona fisica», con esclusione, dunque, dei contratti stipulati fra imprese; la norma tuttavia non precisa se siano ammessi a godere della relativa tutela anche i professionisti e gli imprenditori individuali che contrattano nell'ambito della propria attività; al riguardo, cfr., le osservazioni di SANTARELLI L. – RILAMPA O., *La nuova normativa in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (L. 210/04 e D.Lgs. 122/05): la disciplina del contratto preliminare*, in *La tutela dell'acquirente di beni immobili*, a cura di Memmo D., Napoli, 2008, 27.

³¹⁴ Invero, la normativa in esame si estende a diverse ipotesi traslative attuali o potenziali (art. 1, lett. a, del D.lgs. 122/2005), ma, di fatto, la stessa trova applicazione principalmente con riferimento ai contratti preliminari (ovvero alle ipotesi di permuta di terreno con gli immobili che vi saranno costruiti).

³¹⁵ L'orientamento prevalente nega, infatti, l'esercizio dell'azione di esecuzione in forma specifica, qualora l'immobile non sia stato ancora ultimato; in questo senso, cfr., LUMINOSO

A ben vedere, la disciplina in esame riguarda, in particolare, proprio le ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati³¹⁷; infatti, sebbene la stessa trovi applicazione rispetto ad ogni contratto «*che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità*» (art. 2)³¹⁸, parte della sua disciplina è destinata a trovare applicazione solo per le ipotesi in cui tutto o parte dell'adempimento avvenga prima del trasferimento definitivo della proprietà dell'immobile³¹⁹.

Un primo intervento in materia si era, invero, già registrato in occasione del d.l. n. 669/1996, convertito con modifiche nella l. n. 30/1997, il quale ha introdotto, all'art. 2645 *bis* c.c., la possibilità di trascrivere i contratti preliminari dei contratti traslativi, costitutivi e/o modificativi di diritti reali su beni immobili, anche se sottoposti a condizione o «relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione»; in questo modo, dunque, si è tentato di rafforzare la posizione del promissario acquirente attraverso l'effetto prenotativo derivante dalla trascrizione del preliminare, nonché mediante la previsione di un privilegio speciale sul bene immobile promesso in vendita. Tuttavia, nonostante l'indubbia rilevanza dell'intervento, lo stesso non poteva ritenersi sufficiente; tali limiti si manifestavano soprattutto in caso di fallimento del costruttore, dal

A., *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/2007 allo schema di decreto attuato dalla legge delega 28.2.2004 n. 210*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005, 2.

³¹⁶ Così, ARCHINÀ A., *La Corte di Cassazione si pronuncia sul contratto preliminare di vendita immobiliare "sulla carta": è valido, ma non rientra nell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 122/2005*, in *Giur. it.*, 2012, 3, 565; in merito alle conseguenze pregiudizievoli conseguite dal promissario acquirente nell'ipotesi di dissesto economico del costruttore – venditore, cfr., altresì, SANTARELLI L. – RILAMPA O., *La nuova normativa in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (L. 210/04 e D.Lgs. 122/05): la disciplina del contratto preliminare*, cit., 21-22.

³¹⁷ ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, cit., 83, secondo il quale le norme introdotte dal legislatore del 2005, sembrerebbero confermare la rilevanza assunta dal contratto preliminare ad effetti anticipati nella pratica dei commerci.

³¹⁸ Per un esame delle singole figure contrattuali rientranti nel campo di applicazione della disciplina in esame, cfr., tra gli altri, LUMINOSO A., *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 714;

³¹⁹ In proposito, cfr., le osservazioni di SICCHIERO G., *Dal contratto ai contratti preliminari*, cit., 34 ss.; IVONE V., *Preliminare di immobile da costruire*, in *Il contratto preliminare*, a cura di Capo G., Musio A., Salito G., *Il diritto applicato-I grandi temi*, collana diretta da Cassano G., Padova, 2014, 763.

momento che il promissario acquirente rimaneva esposto al rischio di dover subire l'esercizio di un'azione revocatoria da parte del curatore³²⁰.

Così, preso atto di tali inconvenienti, nonché del frequentissimo ricorso ad operazioni immobiliari che hanno per oggetto la vendita di appartamenti sulla «carta»³²¹, ossia di unità immobiliari la cui costruzione non sia stata ancora iniziata o comunque ultimata e, tuttavia, caratterizzati dal pagamento del prezzo – in parte al momento della conclusione del preliminare e in parte in via dilazionata, in base allo stato di avanzamento dei lavori – il legislatore ha avvertito l'esigenza di intervenire con una disciplina specifica in materia, prevedendo una serie di misure di tutela a favore degli acquirenti, contro i rischi che possono verificarsi sia nella fase precedente che in quella successiva al trasferimento della proprietà.

Tra le principali novità del decreto possono segnalarsi: l'obbligo del costruttore di consegnare al promissario acquirente una polizza fideiussoria a garanzia della restituzione di quanto versato in caso d'insolvenza dell'impresa; l'assicurazione decennale per danni materiali e diretti all'immobile; la previsione di un contenuto minimo obbligatorio del contratto preliminare³²²; l'istituzione di un Fondo di solidarietà per i promissari acquirenti di beni immobili da costruire che, a seguito dell'assoggettamento del costruttore a

³²⁰ ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, cit., 83, il quale evidenzia come la Riforma del 1997, non avesse sortito, con riferimento alla tutela del promissario acquirente, gli effetti sperati; sul punto cfr. altresì BECHINI U., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, 2, 1, 241 ss., l'A., in particolare, evidenzia l'esigenza di apprestare adeguata tutela a favore del promissario acquirente, il quale, nell'intervallo di tempo tra la stipula del preliminare e la successiva conclusione del definitivo, si trova esposto ad ogni vicenda patrimoniale che potrebbe coinvolgere il proprio promittente/debitore; una simile situazione assume poi la veste di «una vera e propria emergenza di rilevanza sociale laddove le ragioni dei promissari vengono a trovarsi a confronto con stati di crisi delle imprese, in specie costruttrici»; sul punto cfr., altresì, SANTARELLI L. – RILAMPA O., *La nuova normativa in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (L. 210/04 e D.Lgs. 122/05): la disciplina del contratto preliminare*, cit., 34.

³²¹ Con riferimento alle ragioni che possono spingere i contraenti a preferire questo tipo di operazioni, quali la possibilità di ottenere un risparmio rispetto al prezzo di acquisto del medesimo immobile già ultimato, nonché, quanto al costruttore, la possibilità di ottenere il finanziamento di tutto o parte dell'operazione edilizia senza dover necessariamente ricorrere al finanziamento bancario, si rinvia alle considerazioni già svolte, *sub* Cap. I, § I.

³²² L'inserimento di un contenuto minimo tassativo del contratto preliminare, generalmente previsto nei confronti del solo definitivo, evidenzia il ruolo fondamentale assunto dal preliminare; in questo senso cfr., MUSTARI M., *op. cit.*, 273, e *ivi* nota 219.

procedure implicanti una situazione di crisi, non siano riusciti ad ottenere adeguata tutela con gli altri strumenti predisposti dalla medesima normativa³²³; la facoltà di recesso dell'acquirente mediante escussione della garanzia fideiussoria sino a quando il curatore fallimentare non opti per la stipula del definitivo; o, ancora, il diritto del promissario acquirente di un immobile già ipotecato dal promittente venditore, di chiedere la suddivisione del finanziamento in quote e il relativo frazionamento dell'ipoteca, con il conseguente obbligo della banca di provvedervi; nonché il divieto, per il notaio, di stipulare il contratto di compravendita se prima non sia dia luogo alla cancellazione ovvero al frazionamento dell'ipoteca.

Con riferimento alle disposizioni che fanno specifico riferimento ai contratti preliminari c.d. ad effetti anticipati, può, innanzitutto, richiamarsi la garanzia fideiussoria³²⁴ prevista dall'art. 2, la quale è imposta per le somme o il valore di ogni altro corrispettivo che il promissario acquirente corrisponda prima del trasferimento definitivo, a garanzia della loro restituzione per l'ipotesi in cui il costruttore incorra in una delle situazioni di crisi espressamente contemplate dalla medesima disposizione (sempreché non sia già intervenuto il trasferimento definitivo del bene).

³²³ Il Fondo previsto dal Decreto in esame, non è alimentato da risorse pubbliche, ma dai contributi versati dagli stessi costruttori e commisurati ad una percentuale non superiore al 5 per mille dell'importo delle fideiussioni rilasciate ai sensi dell'art. 2 del medesimo provvedimento. Inoltre, ai fini dell'accesso alle prestazioni del Fondo, è necessaria la sussistenza di un nesso di causalità tra le perdite subite e l'assoggettamento del costruttore a procedure implicanti una situazione di crisi non conclusa prima del 31 dicembre 1993, né aperta in data successiva a quella di emanazione del D. Lgs. n. 122/2005.

³²⁴ Con riferimento al rapporto tra la garanzia fideiussoria prevista dalla disciplina in esame e il privilegio *ex art. 2775 bis c.c.*, cfr. le riflessioni di SICCHIERO G., *op. ult. cit.*, 34 ss. Al riguardo, l'A., evidenzia come le due fattispecie di scioglimento del contratto – al verificarsi delle quali consegue la nascita delle due garanzie citate – coincidano solo in parte: mentre l'art. 2775 *bis c.c.*, opera in caso di «mancata esecuzione del contratto» derivante da inadempimento, la fideiussione si escute nel momento in cui l'avente diritto abbia comunicato la propria volontà di «recedere» dal contratto. Ad ogni modo, nulla vieta alle parti di inserire nell'accordo una clausola di recesso per l'ipotesi di inadempimento, ed allora, in quel caso, si porrà il problema del cumulo delle due garanzie. In queste ipotesi, considerati i tempi necessari per l'esercizio dell'azione da cui deriva il riconoscimento del privilegio, è molto probabile che la parte sarà portata ad escutere prima la garanzia; il privilegio potrà, allora, servire a coprire le somme (soprattutto quelle derivanti dagli interessi nel frattempo maturati) che la fideiussione non è in grado di coprire, fermo restando che l'operare delle due garanzie non potrà attribuire al promissario acquirente somme maggiori di quelle corrispondenti al rimborso degli anticipi effettivamente versati e al risarcimento del danno effettivamente subito.

Possono, poi, individuarsi ulteriori e diverse disposizioni che, al fine di apprestare idonei strumenti di tutela al diritto all'acquisto della casa d'abitazione, si rivolgono a quei diversi tipi di accordi preliminari diretti a garantire la «concreta» attuazione dello scambio, attraverso l'adempimento anticipato delle prestazioni di consegna del bene e pagamento del prezzo.

Al contratto preliminare che prevede l'immissione nella disponibilità nell'immobile, si riferisce, infatti, l'art. 9 del decreto in esame, il quale – al fine di tutelare l'affidamento nella disponibilità dell'abitazione, adibita dal promissario ad abitazione principale per sé o per un proprio parente di primo grado – riconosce un diritto di prelazione per il caso di espropriazione forzata del bene.

Sempre nell'ottica di garantire la sicurezza dell'acquisto della casa d'abitazione, rientrano, inoltre, l'art. 10 del decreto n. 122 del 2005 e l'art. 67, comma III, lett. c, l. fall., ove si prevede l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare, rispettivamente, dei preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado; nonché dei preliminari trascritti e aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Il riferimento, in entrambi i casi, agli atti a titolo oneroso conclusi al «giusto prezzo», da valutarsi, per espressa previsione normativa, «alla data della stipula del preliminare», limita, a ben vedere, l'applicazione delle previsioni, da ultimo citate, a quei preliminari di vendita, all'interno dei quali il rapporto instaurato tra consegna del bene e pagamento del prezzo, consente di rendere attuale il controllo sull'equilibrio economico del contratto.

**LA FATTISPECIE DELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE
OGGI. ACCORDI PRELIMINARI E GRADUALE INTENSIFICARSI
DEL VINCOLO**

SOMMARIO: Premessa. – 1. Contratto preliminare non eseguibile in forma specifica. – 2. Contratto preliminare eseguibile in forma specifica. – 3. Contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. (Rinvio). – 4. Contratto preliminare trascrivibile *ex art. 2645 bis c.c.* – 5. Il preliminare di immobile da costruire. – 6. Il preliminare di contratto preliminare.

Premessa.

Come testé evidenziato, i numerosi interventi che nel tempo hanno interessato la contrattazione preliminare, hanno condotto ad evidenziarne un diverso e più ampio contenuto, fino a modificarne l'originaria impostazione.

Prima di procedere con l'esame delle conseguenze, che questa diversa concezione produce, rispetto alla qualificazione giuridica della fattispecie in esame, può evidenziarsi come l'applicazione delle nuove regole previste – spesso destinate a trovare applicazione al verificarsi di determinate condizioni – consenta oggi di poter distinguere, all'interno del nostro ordinamento, una pluralità di accordi³²⁵ preliminari, capaci di dar luogo ad un vincolo caratterizzato da un crescente grado di intensità, al punto che ci si potrebbe correttamente riferire a tali tipi di accordi al plurale, mediante l'impiego della locuzione «contratti preliminari». Quanto affermato non esclude, tuttavia, che la contrattazione preliminare, pur nella varietà di «forme» e contenuti, debba

³²⁵ Evidenzia la possibilità di distinguere tra diversi tipi di accordi preliminari DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 146 ss.; trattasi, secondo l'A., di accordi in grado di esprimere il diverso intensificarsi del vincolo che, da una forma «*meramente promissoria*», si evolve fino ad acquisire una forma «*quasi definitiva*».

continuare ad essere riguardata come una categoria unitaria³²⁶; sicché, è solo a meri fini descrittivi, che può procedersi all'individuazione delle diverse configurazioni che la stessa è in grado di assumere.

1. Contratto preliminare non eseguibile in forma specifica.

In primo luogo, è possibile distinguere il contratto preliminare non eseguibile in forma specifica³²⁷. Si tratta di quelle ipotesi in cui, a fronte dell'inadempimento da parte di uno dei promissari acquirenti, non è possibile agire ai fini dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c.; ciò in quanto, l'operatività di tale forma di tutela è ammessa sempreché «sia possibile e non sia escluso dal titolo».

Quanto alla «possibilità», quest'ultima dev'essere valutata in relazione al soggetto, al titolo, nonché alla presenza di eventuali impedimenti di fatto o di diritto. Di conseguenza, non potrà emettersi una sentenza *ex art. 2932 c.c.*, ad esempio, nell'ipotesi di cui all'art. 1381 c.c., relativa alla promessa del fatto del terzo, ovvero nei contratti che presuppongono la spontaneità del contraente (es. donazione) o, ancora, in presenza di una prestazione di fare infungibile o di perimento del bene oggetto del contratto. Ad ogni modo, come in precedenza illustrato, non è richiesta una perfetta coincidenza tra il regolamento degli interessi considerato nella sentenza e quello predeterminato nel preliminare; e, infatti, a séguito della progressiva erosione del «principio di intangibilità del preliminare», al giudice è riconosciuto un potere di intervento in funzione correttiva, nei limiti del rispetto della volontà dei privati.

³²⁶ CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1121; esclude, invece, che possa ancora trattarsi di una categoria unitaria, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 143;

³²⁷ La dottrina prevalente ritiene che per il contratto preliminare non eseguibile in forma specifica non si applichi la disciplina di cui all'art. 1351 c.c., che richiede, per l'accordo preliminare, il medesimo requisito di forma previsto per il definitivo; in questo senso cfr., tra gli altri, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 51; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 156-157.

Con riferimento, invece, all'ipotesi in cui sia il titolo ad escludere la tutela in forma specifica, l'orientamento prevalente ritiene che sia necessaria un'espressa indicazione in tal senso, non potendosi, altrimenti, desumere da altre circostanze, quali la previsione di una clausola penale o di una caparra confirmatoria³²⁸.

Ad ogni modo, la soluzione adottata dalla norma in esame, dimostra come il legislatore, nel continuare ad ammettere accordi preliminari non eseguibili in forma specifica, abbia voluto lasciare un margine di autonomia ai privati, riconoscendo loro la possibilità, non solo di vincolarsi in modo non definitivo ma, anche, di far cadere tale impegno, a fronte di un mero sacrificio economico, nell'ipotesi in cui lo stesso non si dimostrasse più conveniente³²⁹.

Nelle ipotesi appena richiamate, dunque, il ricorso alla contrattazione preliminare non solo consente alle parti un controllo sulla correttezza delle prestazioni prima che l'accordo acquisti carattere definitivo e, di conseguenza, di intervenire preventivamente su eventuali sopravvenienze, ma consente ai contraenti di riservarsi, altresì, un ulteriore spazio per rinnovare il giudizio di «convenienza»³³⁰ già espresso in occasione della conclusione del primo

³²⁸ In questo senso, tra le altre, cfr., Cass., 9 febbraio 1948, n. 208, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Obbligazioni e contratti*, 249-250: «L'art. 2932 c.c., nell'escludere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto nei casi in cui detta esclusione risulti dal titolo, esige una univoca volontà delle parti al riguardo, la quale non potrebbe essere data dal semplice richiamo, dalle stesse fatto, alla responsabilità per danni»; *contra*, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., secondo il quale sarebbe sufficiente anche la mera apposizione di una clausola penale che, unitamente ad altre circostanze, desumibili dall'accordo e dal comportamento delle parti, faccia intendere la volontà delle parti di escludere il rimedio della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c.; ma v. altresì, Id., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 1-2, 32, ove il medesimo A., sembra fare un passo indietro rispetto a quanto in precedenza sostenuto, affermando che l'esclusione della possibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica, deve risultare da titolo stesso e, dunque, da una clausola espressa in forma scritta.

³²⁹ Così, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 46 ss.; DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 155 ss.

³³⁰ DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 149 ss., la quale evidenzia come, questo tipo di accordo, consenta di attribuire, alla tecnica procedimentale racchiusa nello strumento della contrattazione preliminare, una funzione di controllo della convenienza economica dell'operazione.

accordo³³¹. E, infatti, attraverso l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica, le parti non rimangono concretamente vincolate alla conclusione del contratto definitivo, potendo rifiutare il trasferimento del diritto a fronte di un mero risarcimento del danno³³².

Con riferimento alla categoria di accordi preliminari appena delineati, ossia quelli per i quali sia stata esclusa l'esecuzione in forma specifica, si osserva come di fatto essi si collochino in una fase intermedia tra le semplici trattative e il contratto preliminare suscettibile di esecuzione in forma specifica³³³.

Una simile impostazione non può, tuttavia, condurre a ritenere che il contratto preliminare non eseguibile in forma specifica non sia un vero contratto; piuttosto, tali tipi di accordi, consentono di individuare il momento a partire dal quale le trattative e le intese preliminari assumono il valore di impegno contrattualmente vincolante.

E' molto importante, infatti, valutare la riconducibilità di un dato accordo all'interno della categoria dei contratti preliminari, dal momento che, altrimenti, ove si qualificassero quali mere trattative, l'eventuale venir meno degli impegni assunti farebbe sorgere una mera responsabilità precontrattuale, con conseguente onere di risarcimento del danno nei limiti dell'interesse contrattuale negativo³³⁴.

Di contro, a fronte del rifiuto da parte di uno dei promissari acquirenti di giungere alla stipula del contratto definitivo, l'altro contraente, esclusa la

³³¹ In questo senso GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 46 ss., il quale evidenzia come, il preliminare non eseguibile in forma specifica, consenta di attribuire rilevanza anche alle «sopravvenienze soggettive».

³³² In questo senso, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 46 ss.

³³³ DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 149 ss.; la quale riprende la distinzione già evidenziata da GABRIELLI G., cfr., *op. ult. cit.*, 47 ss., il quale evidenzia, infatti, la presenza di due diversi tipi di contratto preliminare: l'uno soggetto alla disciplina di cui all'art. 2932 c.c., l'altro, sottratto, per volontà dei contraenti (salvo le ipotesi in cui tale rimedio non risulti «impossibile»), all'esecuzione in forma specifica.

³³⁴ Ritiene che la lesione, derivante dall'illecito precontrattuale, possa dar luogo al risarcimento del danno commisurato alla lesione dell'interesse contrattuale negativo, tra gli altri, GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, cit., 652 ss.; per tali osservazioni cfr., altresì, DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 151 ss.

possibilità di agire *ex art. 2932 c.c.*, potrà domandare il risarcimento del danno per equivalente; il risarcimento sarà, pertanto, commisurato al valore della prestazione che il contraente adempiente avrebbe conseguito qualora fosse stato concluso il contratto definitivo, sottratto il valore della controprestazione e delle spese non affrontate per effetto della liberazione³³⁵.

Si tratta dunque, come detto, di accordi maggiormente vincolanti rispetto alle semplici trattative, ma che – pur configurando dei contratti «già perfetti nei loro punti essenziali» – consentono alle parti di rinnovare il giudizio di convenienza già espresso in precedenza e, di conseguenza, di esprimere «ripensamenti» alla luce delle eventuali sopravvenienze.

2. Contratto preliminare eseguibile in forma specifica.

Diverso è, invece, il contratto preliminare eseguibile in forma specifica³³⁶, il quale rappresenta, invero, il tipo di accordo cui fanno riferimento la dottrina e la giurisprudenza allorché si riferiscono al contratto preliminare³³⁷.

³³⁵ DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 153 ss.; LUMINOSO A., *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Cod. civ., Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990, 156, il quale osserva che, di fronte al rifiuto di concludere il contratto definitivo, l'altro contraente, potrà scegliere di esercitare l'azione risarcitoria sostitutiva dell'azione di adempimento, ovvero, di agire per la risoluzione del preliminare con contestuale richiesta di risarcimento del danno. Anticipando quanto verrà esaminato oltre, può evidenziarsi come questo tipo di accordo c.d. preliminare «debole», si distingua dalla diversa fattispecie del c.d. preliminare di preliminare e, più precisamente, da quella figura emersa nella prassi delle contrattazioni immobiliari, diretta a far precedere, al contratto preliminare, la conclusione di un ulteriore accordo. La figura testé richiamata, da molto tempo oggetto di serrate critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza - sul presupposto dell'impossibilità di ravvisare un interesse meritevole di tutela che possa giustificare l'ammissibilità - è stata da ultimo oggetto di riconsiderazione da parte della giurisprudenza di legittimità, la quale ha riconosciuto la validità di tali accordi sul presupposto di una differenziazione dei contenuti (rispetto al successivo preliminare).

³³⁶ Condivide la distinzione tra contratto preliminare eseguibile/non eseguibile in forma specifica, altresì, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 47 ss., il quale chiarisce come, il legislatore, nell'introdurre la regola di cui all'art. 2932 c.c., fosse consapevole di introdurre una novità rispetto alla tradizionale funzione del preliminare; proprio per questo motivo ha previsto un temperamento, consentendo alle parti di attribuire al preliminare la funzione riconosciuta in precedenza.

Il riconoscimento di un'azione diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, nell'ipotesi di inadempimento dell'altro contraente, ha, come detto, costretto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulle conseguenze che tale rimedio avrebbe prodotto rispetto alla natura della fattispecie in esame.

Secondo alcuni autori, l'introduzione della disciplina di cui all'art. 2932 c.c., avrebbe definitivamente sovvertito il tradizionale rapporto preliminare/definitivo. In particolare, la previsione dell'esecuzione forzata in forma specifica avrebbe escluso ogni possibilità di spiegare il fenomeno in termini di obbligatorietà, individuando nel preliminare il momento in cui si sarebbe dovuta ricondurre l'efficacia attributiva³³⁸.

Invero, come anticipato, appare maggiormente corretto condividere l'opinione di quanti ritengono che la sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., non assolverebbe alla mera funzione di rendere definitivo il preliminare; piuttosto deve ritenersi che la stessa sia finalizzata a «sostituire» il procedimento che avrebbe condotto le parti a concludere il definitivo³³⁹.

Per questi motivi, pur essendo innegabile che la previsione dell'esecuzione in forma specifica abbia contribuito ad intensificare il vincolo assunto dalle parti con la stipula del preliminare, deve ritenersi che questo strumento contrattuale continui ad offrire alle parti la possibilità di valutare la correttezza del rapporto prima che lo stesso assuma carattere definitivo.

E, infatti, esclusa, come detto, la possibilità di un potere integrativo e correttivo in capo al giudice, che vada oltre il limite del rispetto degli accordi assunti dai contraenti in sede di accordo preliminare, non può affermarsi che, con la previsione di cui all'art. 2932 c.c., sia venuta meno la possibilità, per le parti, di rinnovare la valutazione già espressa in sede di preliminare.

Il preliminare eseguibile in forma specifica si distinguerebbe, infatti, da quello rispetto al quale una simile azione non sia stata prevista, solo in quanto –

³³⁷ DE MATTEIS R. *op. ult. cit.*, 163; GABRIELLI G., *op. ult. cit.*, 47-48, il quale ravvisa, nel preliminare non eseguibile in forma specifica, un'ipotesi «eccezionale».

³³⁸ In questo senso cfr., MONTESANO L., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, cit., 1200.

³³⁹ In questo senso GABRIELLI G., *op. ult. cit.*, 176 ss.

precludendo alle parti di sottrarsi alla conclusione del successivo negozio – non consente di rinnovare il giudizio di convenienza già espresso in occasione della stipula del preliminare. Tuttavia, esclusa la possibilità di nuove valutazioni di carattere «soggettivo», permane – anche in sede di giudizio *ex art. 2932 c.c.* – la possibilità di una verifica delle sopravvenienze «oggettive», ossia di quei presupposti di carattere obiettivo estranei alla volontà delle parti³⁴⁰.

Una precisa conferma di quanto testé affermato si rinviene, del resto, nel procedimento instaurato ai sensi dell'art. 2932 c.c.; quest'ultimo prevede, infatti, il previo contraddittorio delle parti al fine di garantire quell'attività di «controllo» normalmente svolta in occasione della stipulazione del definitivo.

Alla luce di quanto premesso, può affermarsi che la previsione di cui all'art. 2932 c.c., sebbene abbia senza dubbio influito sull'obbligo e, dunque, sull'intensità del vincolo derivante dalla stipula del preliminare, non ha tuttavia inciso sulla natura del rapporto³⁴¹, al punto da ridurre il definitivo a mero atto dovuto.

3. Contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. (Rinvio)³⁴².

E' possibile, inoltre, distinguere un contratto preliminare in cui si prevede l'anticipata esecuzione delle prestazioni e, dunque, l'attuazione

³⁴⁰ Più precisamente, secondo GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 155 ss., per individuare le sopravvenienze oggettive, «Basta riflettere sulla circostanza che non tutti gli elementi che influiscono sulla decisione di contrarre sono oggetto, nell'attività negoziale, di una valutazione soggettiva: vi sono presupposti rispetto ai quali il soggetto si limita ad un'attività oggettiva di conoscenza (...)». Tali sopravvenienze possono essere costituite non solo dalle ipotesi di «mancanza o vizio funzionale della causa» (impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione), ma anche da quelle specifiche circostanze che assumono rilevanza rispetto ai singoli istituti e che possono incidere sul futuro assetto di interessi.

³⁴¹ In questo senso, nonché in senso espressamente critico nei confronti di quanto sostenuto da Gabrielli G. (cfr. nt. prec.), cfr., PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 65 ss., secondo il quale il legislatore non ha inteso introdurre un nuovo «tipo» di preliminare, ma solamente perfezionarne la tutela, quale segno di una scelta politica rivolta a tutelare la sicurezza dell'affidamento.

³⁴² Cfr., più ampiamente, *sub cap. IV*.

(parziale o totale) dell'assetto d'interessi programmato. In tal caso le parti, attraverso il ricorso alla contrattazione preliminare, non solo si riservano la facoltà di operare un controllo sulle sopravvenienze, ma, altresì, di valutare la correttezza e la conformità – a quanto in precedenza pattuito – delle prestazioni già eseguite.

Al riguardo, si evidenzia come, solo apparentemente l'anticipata esecuzione delle prestazioni sia in contraddizione con la tradizionale funzione del contratto preliminare, quale strumento idoneo al soddisfacimento di bisogni futuri.

Invero, l'esigenza di soddisfare bisogni futuri – non presente nel preliminare c.d. ad effetti anticipati (e, d'altro canto, si porrebbe in evidente contrasto con l'immediata esecuzione della fase esecutiva) – non rappresenta l'unica ragione che può indurre i contraenti a dilazionare il verificarsi dell'effetto finale; può accadere, infatti, che l'incertezza delle parti non riguardi il futuro, ma il presente o addirittura il passato e, tale tipo di incertezza, risulta chiaramente compatibile con l'attualità del bisogno da soddisfare. In questi casi, il contraente preferirebbe, invero, fermarsi alla fase non impegnativa delle trattative, in attesa di acquisire quegli elementi che gli assicurino maggior certezza dell'affare; al contempo, però, vi è l'esigenza di non perdere l'affare durante il tempo necessario per assumere tali informazioni. Ecco, dunque, che, attraverso il ricorso al preliminare c.d. ad effetti anticipati, il contraente riesce, tanto a fermare l'affare che a soddisfare un bisogno attuale, assicurandosi, al contempo, una successiva fase, in cui, eventualmente, porre rimedio ai vizi (in senso lato) non emersi in precedenza e riguardanti i presupposti sui quali era stato raggiunto l'accordo nella prima fase³⁴³.

Da quanto premesso, emerge come il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati sia uno strumento negoziale che consente alle parti di ottenere, in un momento precedente alla stipula del definitivo, le prestazioni che normalmente seguono quest'ultimo, e che, pertanto, mediante la possibilità che esso offre di verificare la conformità delle prestazioni rispetto a quanto promesso, aumenti

³⁴³ Così, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 170 ss.

certamente il vincolo derivante dalla conclusione del contratto preliminare. Ed è, pertanto, in questo senso che può affermarsi che, con la stipula di un simile accordo, le parti sono «già proiettate» verso la stipula del definitivo. Più precisamente – alla luce di quanto evidenziato in precedenza (e di quanto verrà più ampiamente chiarito nel prosieguo della trattazione) – tale affermazione può essere condivisa allorché si ritenga unicamente³⁴⁴ diretta a porre in luce come, nell'ipotesi di anticipata esecuzione delle prestazioni, le parti siano «maggiormente» (o, meglio, ancor di più) proiettate verso la stipula del contratto definitivo, rispetto a quanto accade nel contratto preliminare c.d. «puro», avendo la possibilità di soddisfare immediatamente alcuni bisogni, nonché di chiarire alcuni punti oscuri prima che diventi attuale l'obbligo di stipulare il negozio definitivo³⁴⁵.

4. Contratto preliminare trascrivibile ex art. 2645 bis c.c.

Alcuni autori³⁴⁶, ritengono di poter, altresì, distinguere tra contratto preliminare «tradizionale» e contratto preliminare trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 bis c.c.; in particolare, si afferma che sarebbe possibile ravvisare nel

³⁴⁴ Di contro, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 269, evidenzia come, tale fattispecie contrattuale, sia certamente più vicina ad una vendita definitiva rispetto alla figura «tradizionale» di contratto preliminare; ciò, sul presupposto che, il preliminare ad effetti (totalmente) anticipati, costituisca una precisa deroga alla qualificazione della compravendita come contratto consensuale con efficacia traslativa, in quanto rende il successivo definitivo un mero atto traslativo della proprietà, meramente esecutivo del precedente contratto.

³⁴⁵ In particolare, si è affermato che tali tipi di accordi si collocherebbero «a mezza strada» tra il contratto obbligatorio ad esecuzione graduale e il contratto preliminare c.d. puro, cfr. DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, cit., 1640.

³⁴⁶ GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 20; Id., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, cit., 19 ss., il quale ha individuato, in detta trascrivibilità, un argomento decisivo a favore della ricostruzione del preliminare in termini di vendita obbligatoria, così ricollegando, alla trascrizione di cui all'art. 2645 bis c.c., gli effetti di cui all'art. 2644 c.c.; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 262 ss.

«preliminare trascrivibile», una «*figura giuridica nuova*», diversa dal preliminare tradizionale e con «*caratteristiche peculiari*³⁴⁷».

Questa impostazione conduce, quindi, parte di quella dottrina – diretta, come detto, ad evidenziare gli effetti della previsione, di cui all’art. 2645 *bis* c.c., sul contratto preliminare – alla conclusione secondo la quale, l’unica distinzione tra contratto preliminare trascrivibile e contratto definitivo, andrebbe ravvisata nella possibilità di realizzare l’effetto traslativo, cosicché sarebbe corretto riconoscere nel secondo un mero *modus acquirendi*³⁴⁸.

Invero, se può condividersi l’attenzione per il contratto preliminare trascrivibile, il quale ha certamente valorizzato, ulteriormente, la figura del contratto preliminare e, in particolare, la posizione del promissario acquirente, non sembra, tuttavia, possibile affermare che il riconoscimento della trascrivibilità abbia rafforzato «le potenzialità traslative» del preliminare, nel senso di aver contribuito, per ciò solo, a trasformare il contratto definitivo in mero atto dovuto di adempimento³⁴⁹.

E, infatti, sebbene, come detto, la trascrivibilità del preliminare abbia certamente contribuito a ridurre le distanze tra la fattispecie in esame e i comuni

³⁴⁷ Una precisa peculiarità del contratto trascrivibile è quello di avere una portata circoscritta a determinati tipi di contratti preliminari, quelli, più precisamente, che trasferiscono la proprietà di beni immobili o che costituiscono, trasferiscono o modificano diritti reali di godimento su beni immobili; di contro, il preliminare tradizionale è suscettibile di trovare applicazione in relazione alla quasi totalità delle fattispecie contrattuali; così, MUSTARI M., *op. cit.*, 265. L’A. evidenzia, inoltre, come la diversa ricostruzione prospettata con riferimento al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati (rispetto alla fattispecie tradizionale) – quale contratto dal quale nasce non un obbligo di *facere*, ma di *dare*, con la conseguenza, dunque, di rendere il successivo contratto definitivo un atto meramente traslativo – sembrerebbe essere confermata dalla nuova disciplina di cui all’art. 2645 *bis* c.c.. Secondo l’A., dunque, gli effetti di quest’ultima disciplina hanno contribuito ad accentuare le «potenzialità traslative» del contratto preliminare, al punto da rendere il definitivo un mero *modus acquirendi*.

³⁴⁸ In questo senso, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la “realtà”. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 270 ss., la quale, in particolare, evidenzia come, il riconoscimento dell’opponibilità *erga omnes* del preliminare trascrivibile, ne abbia rafforzato la «potenzialità traslativa», trasformando il definitivo in un mero atto dovuto. Tale impostazione individua, dunque, nella sequenza preliminare trascrivibile-contratto definitivo, l’antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

³⁴⁹ PALERMO G., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., 118, secondo il quale lo schema della vendita obbligatoria è del tutto estraneo alle valutazioni del legislatore.

contratti traslativi di diritti reali³⁵⁰, non può, tuttavia, ritenersi che una simile previsione abbia inciso sulla natura del contratto preliminare e, di conseguenza, sul suo rapporto con il definitivo, salvo che per un'effettiva valorizzazione della sequenza procedimentale nel suo complesso³⁵¹.

Quanto detto trova, del resto, una precisa conferma nella funzione che, nell'ottica del legislatore, la trascrizione del preliminare è chiamata a svolgere, nonché negli effetti alla medesima riconducibili.

Le ragioni che hanno condotto il legislatore all'introduzione della disciplina di cui all'art. 2645 *bis* c.c., devono, infatti, essere ravvisate, per sua stessa ammissione³⁵², nell'esigenza di accordare maggior tutela al promissario acquirente, contro il rischio dell'inadempimento da parte del promittente venditore.

Quanto, invece, agli effetti che la trascrizione del preliminare produce, deve riconoscersi una funzione di tipo «prenotativo»³⁵³, nel senso che, ove la trascrizione del contratto definitivo intervenga nei termini previsti, al

³⁵⁰ Al punto che potrebbe legittimamente condividersi l'assunto per il quale, la trascrizione del preliminare – anche se non rende il promissario proprietario del bene – attribuisce al medesimo un «diritto all'acquisto» opponibile ai terzi, avvicinandolo così ad un vero e proprio compratore; cfr., PALERMO G., *Contratto preliminare*, cit., 127. Si sofferma sull'importanza degli effetti della trascrizione, evidenziandone, tuttavia, in modo critico gli effetti sulla tradizionale impostazione del contratto preliminare; DI MAJO A., *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 131 ss., l'A., in particolare, sottolinea come i diversi interventi da parte del legislatore – e, precisamente, l'esecuzione in forma specifica e la trascrivibilità del preliminare – finiscano con l'omologare tale tipo di accordo ad un impegno definitivo; MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, cit., 270, ove, in particolare, si osserva come il preliminare trascrivibile si avvicini ancor più ad una vendita definitiva rispetto alla fattispecie del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, dal momento che l'effetto prenotativo tutela il promissario acquirente, non solo, contro gli atti di disposizione dell'altro contraente, ma anche nei confronti dei terzi.

³⁵¹ In proposito, autorevole dottrina ha evidenziato come la trascrivibilità del contratto preliminare non abbia alterato i confini della tradizionale distinzione tra contratto preliminare e definitivo, se non per un'«accentuazione della valenza procedimentale della sequenza preliminare-definitivo»; e, infatti, «Nonostante la pubblicità immobiliare di cui è divenuto capace, il contratto preliminare rimane, strutturalmente e funzionalmente, tale e quale era prima, poiché la pubblicità incide sulla opponibilità ai terzi della posizione giuridica del promissario acquirente, non sul contenuto degli effetti contrattuali inter partes»; così, LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, cit., 98.

³⁵² Cfr. Relazione all'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, cit.

³⁵³ L'efficacia meramente prenotativa della trascrizione del preliminare costituisce una diretta conferma del fatto che, quest'ultimo contratto, non sia autonomo, ma si collochi all'interno di una vicenda negoziale diretta al raggiungimento degli effetti finali predeterminati.

promissario acquirente non saranno opponibili le trascrizioni o le iscrizioni successive alla trascrizione del preliminare. E' solo, dunque, con la conclusione del contratto definitivo, che si producono gli effetti della trascrizione. Diversamente, se il contratto preliminare trascritto fosse una vendita obbligatoria, fonte diretta dell'effetto reale, il legislatore avrebbe dovuto ricollegare, alla sua trascrizione, un'efficacia immediatamente dichiarativa.

Si è poi osservato che, la ricostruzione che individua nel contratto preliminare un'ipotesi di vendita obbligatoria, non trova affatto conferma nella disciplina che prevede la trascrizione di taluni contratti preliminari, ma risulta, piuttosto, da questa smentita. Con riferimento alle vendite obbligatorie, infatti, è prevista l'esecuzione di una sola trascrizione, che ha di per sé effetto definitivo; invero, solo se in tale trascrizione fosse stata fatta menzione del carattere futuro dell'evento traslativo, sarebbe stato possibile, in un secondo momento, una seconda formalità pubblicitaria, diretta a segnalare, attraverso la cancellazione di quell'indicazione, l'intervenuto effetto traslativo; e, tuttavia, tale cancellazione è prevista solo in funzione di pubblicità notizia e non dichiarativa³⁵⁴.

Una diversa soluzione, non trova, d'altro canto, conferma neppure nella lettera della legge, la quale, al comma 2, dell'art. 2645 *bis* c.c., utilizza la locuzione «contratto definitivo»; né la natura di fonte diretta dell'effetto reale, propria della vendita obbligatoria, sembra compatibile con la previsione di un termine di efficacia della trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 *bis*, comma 3, c.c.)³⁵⁵.

Quanto evidenziato consente, dunque, di negare l'opinione di quanti abbiano individuato, nella trascrizione del preliminare, una conferma della possibilità di ravvisare, nel contratto preliminare, un titolo di per sé idoneo a produrre l'effetto traslativo.

³⁵⁴ Così, GABRIELLI G., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, cit., 744; TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 108.

³⁵⁵ NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 1372 ss.; TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 85.

Diversamente, infatti, come detto, il legislatore non avrebbe subordinato, alla trascrizione del contratto definitivo, il prodursi degli effetti propri della trascrizione³⁵⁶, né avrebbe ricollegato l'automatico venir meno del meccanismo pubblicitario al mancato compimento, entro i termini prestabiliti³⁵⁷, degli atti mediante i quali la sequenza, avviata con il contratto preliminare, è destinata a concludersi³⁵⁸; del pari, non avrebbe subordinato il riconoscimento del privilegio speciale, a favore del promissario acquirente, alla mancata esecuzione del contratto preliminare.

Una simile soluzione trova, del resto, precipua conferma nella stessa Relazione introduttiva della disciplina in esame, la quale individua nel preliminare, un «segmento» di un procedimento negoziale diretto al raggiungimento del risultato finale³⁵⁹.

Da quanto premesso, deve ritenersi che la considerazione della trascrivibilità del contratto preliminare non possa assumere altro significato se non quello di consentire l'identificazione di un'ulteriore categoria di accordi preliminari, connotati da un vincolo più intenso, ma non, per questo, idonei a

³⁵⁶ BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, cit., 989 ss., il quale evidenzia come gli effetti della trascrizione debbano essere ricondotti alla trascrizione del definitivo e non al contratto preliminare, come, invece, affermato da quegli autori diretti ad individuare, nel contratto preliminare, la vera e propria fonte del regolamento contrattuale.

³⁵⁷ L'art. 2645 bis, n. 3 c.c., prevede, infatti, come anticipato, il venir meno degli effetti della trascrizione, ove, entro un anno dalla data convenuta per la conclusione del definitivo e, in ogni caso, entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non sia stata eseguita la trascrizione del definitivo o di altro atto che costituisca esecuzione del preliminare, ovvero della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica di quest'ultimo; in proposito, si osserva come, il legislatore, consapevole del sacrificio cui la medesima trascrizione addossa al venditore - comportando di fatto un'immobilizzazione delle risorse - abbia voluto introdurre un temperamento con la previsione di un termine di efficacia della trascrizione del preliminare; cfr. BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, cit., 989.

³⁵⁸ PALERMO G., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., 129 ss., il quale evidenzia come, in realtà, la disciplina di cui all'art. 2645 bis c.c., valorizzi la natura meramente procedimentale del contratto preliminare.

³⁵⁹ In questo senso, cfr., Relazione all'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, cit., ove si afferma chiaramente che il preliminare non costituisce un contratto autonomo, ma rappresenta «un segmento di un procedimento che nasce con il preliminare ma che è destinato a svilupparsi, per effetto della procedura prevista dall'art. 2932 c.c., in un negozio con effetti reali. E' tenendo conto dell'intera vicenda che si individua nel contratto preliminare un contratto sostanzialmente prodromico di una vicenda negoziale intesa al raggiungimento di effetti reali».

configurare una diversa fattispecie³⁶⁰; ed è, dunque, solo nel senso testé indicato che potrebbe condividersi l'affermazione secondo la quale, il riconoscimento della trascrivibilità del contratto preliminare – con il conseguente effetto dell'opponibilità *erga omnes* – rappresenta «l'ultima fase del lungo iter verso la realtà del contratto preliminare³⁶¹».

Ad ogni modo, anche qualora si accogliesse la tesi sopra delineata – diretta a riconoscere, nel preliminare trascrivibile, un contratto definitivo con causa traslativa e, a ridurre il successivo atto ad un mero *modus acquirendi* – quest'ultima avrebbe una portata certamente molto limitata, in quanto consentirebbe di individuare un diverso «tipo» di accordo preliminare – idoneo ad alterare il tradizionale rapporto preliminare/definitivo – con esclusivo riferimento a quelle ipotesi rispetto alle quali è ammessa la trascrizione³⁶².

Sembra, pertanto, più corretto – nonostante non si possa negare il maggior vincolo derivante dalla trascrizione del contratto preliminare – continuare ad identificare il contratto preliminare nel contratto che obbliga a concludere un successivo contratto (seppur con le precisazioni che verranno esposte nel prosieguo). Di contro, il diverso atteggiarsi del vincolo, nell'ipotesi di preliminare trascrivibile, consente di poter affermare la correttezza dell'assunto per il quale, non è più possibile parlare di «contratto preliminare»,

³⁶⁰ NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 62 ss., la quale evidenzia come, sia la trascrizione del preliminare in sé, quanto alcuni aspetti della sua disciplina, si pongano in un rapporto di neutralità rispetto alla configurabilità della sequenza *titulus-modus acquirendi*. Al fine di accertare un'eventuale deroga al principio consensualistico, è necessario, piuttosto, verificare se l'atto presenti in concreto una mera funzione solutoria. In particolare, secondo l'A., una simile conclusione potrebbe configurarsi rispetto all'atto esecutivo di un contratto preliminare ad effetti anticipati, in cui sia stato previsto l'integrale pagamento del prezzo prima della stipula del definitivo.

³⁶¹ Così MUSTARI M., *op. ult. cit.*, 262; CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 685-686; il quale, già prima dell'introduzione della disciplina di cui all'art. 2645 *bis* c.c., affermava la necessità di un intervento legislativo che consentisse la trascrizione del preliminare immobiliare, al fine di accordare maggiore protezione al promissario acquirente: «soltanto così il cammino verso la realtà (del credito del promittente venditore) giungerebbe al suo massimo grado».

³⁶² In questo senso cfr., altresì, TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 85. A ciò si aggiunga che, la trascrizione del contratto preliminare, non costituisce un dovere giuridicamente sanzionato, quanto piuttosto un onere, il cui rispetto è necessario ove il promissario voglia avvalersi dell'effetto «prenotativo»; in questo senso, cfr., altresì, DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., 515.

ma occorre riferirsi ai «contratti preliminari», ciascuno caratterizzato da una diversa intensità dell'impegno da essi derivante.

5. Il preliminare di immobile da costruire.

Alcuni autori hanno individuato, nell'insieme delle prescrizioni contenute nel D. Lgs. n. 122 del 2005 (e specialmente nell'art. 6), l'emergere di una ulteriore «forma di preliminare immobiliare»³⁶³.

Al riguardo, si osserva che, ove il contratto preliminare rientri nella sfera di applicazione della disciplina testé citata, oltre ai requisiti «essenziali» richiesti per il preliminare «tradizionale», lo stesso dovrà contenere la determinazione degli impegni assunti dalle parti, con riferimento alle rispettive obbligazioni, da una parte, di costruire e trasferire il bene e, dall'altra, di pagare il prezzo convenuto³⁶⁴. Tali prescrizioni, dirette ad imporre ai contraenti un determinato contenuto per il contratto preliminare di immobili da costruire, andrebbero, pertanto, ad incidere non solo sull'oggetto del contratto, ma anche nella definizione del «*contenuto degli impegni*» reciprocamente assunti dalle parti, con riferimento, dunque, sia alla prestazione traslativa, che a quella pecuniaria.

Più precisamente, secondo l'orientamento in esame, le regole introdotte dal legislatore a tutela dei promissari acquirenti di immobili da costruire, in quanto dirette a vincolare la determinazione del contenuto dell'accordo, condizionerebbero tanto intensamente la struttura del contratto, al punto da rendere «*attuale*», quell'obbligo che, in altri tipi di accordi preliminari, assume

³⁶³ Così, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare tra prassi e formazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case d'abitazione*, in *Contr. Impr.*, 2, 2012, 467 ss.;

³⁶⁴ Ai sensi dell'art. 6, il contratto dovrà indicare, tra l'altro, con riferimento agli impegni assunti dal promittente venditore: le caratteristiche tecniche e i termini massimi di esecuzione della costruzione (lett. d ed e), gli estremi del permesso di costruire (lett. i); con riguardo, invece, all'obbligazione assunta dal promissario acquirente: il prezzo complessivo pattuito, nonché i tempi e le modalità di corresponsione e l'esistenza di eventuali caparre (lett. f).

rilevanza su un piano meramente programmatico, ossia nella prospettiva di un obbligo a contrarre³⁶⁵.

A ben vedere, la soluzione prospettata riflette l'assunto per il quale, accanto al contratto preliminare «tradizionale», è possibile individuare alcune «varianti tipologiche», ove l'obbligo a contrarre si atteggia come vero e proprio obbligo a trasferire.

Dalle norme predisposte dal legislatore, per disciplinare gli accordi diretti al «trasferimento non immediato» della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un bene immobile da costruire, non sembra, tuttavia, potersi trarre argomenti idonei ad avvalorare la tesi che individua nel definitivo un mero atto dovuto *solvendi causa*. Ammettere la possibilità di accordi preliminari che prevedano un obbligo di pagamento del prezzo e/o di consegna del bene, con conseguente predeterminazione del loro contenuto, non significa, per ciò solo di per sé, volontà di configurare una tipologia di accordi preliminari che rendano attuale l'obbligo di trasferire.

Invero, le disposizioni introdotte dal legislatore si giustificano, prima ancora che nell'esigenza di garantire il risultato finale, nell'apprestare adeguata tutela al promissario acquirente³⁶⁶.

Così, ad esempio, l'indicazione delle somme anticipatamente versate, serve a documentare l'avvenuto pagamento del prezzo, al fine di evitare eventuali problemi probatori al promissario acquirente come, ad esempio, in sede di escussione della garanzia fideiussoria³⁶⁷. Allo stesso modo, lo strumento della fideiussione, non è diretto a garantire l'adempimento del contratto, quanto, piuttosto, ad assicurare la sollecita restituzione delle somme,

³⁶⁵ DE MATTEIS R., *op. ult. cit.*, 470.

³⁶⁶ In questo senso cfr., altresì, MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendere al preliminare trascrivibile*, cit., 273, nt. 219, la quale osserva come proprio l'introduzione di strumenti idonei ad attenuare il rischio della mancata stipula del definitivo e delle conseguenze da esso eventualmente derivanti, evidenzia, in realtà, la particolare situazione di «quasi proprietario» e dunque di «non proprietario» del promissario acquirente; SANTARELLI L. – RILAMPA O., *La nuova normativa in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (L. 210/04 e D.Lgs. 122/05): la disciplina del contratto preliminare*, cit., 35, ove si evidenzia come le disposizioni contenute nella novella legislativa abbiano lo scopo di attribuire, al promissario acquirente, una completa cognizione dell'operazione negoziale.

³⁶⁷ In questo senso, cfr. le osservazioni di SANTARELLI L. – RILAMPA O., *op. ult. cit.*, 39.

anticipatamente corrisposte, nell'ipotesi in cui si verifichi una situazione di crisi del venditore-costruttore.

Si tratta, dunque, di prescrizioni volte ad assicurare la più completa determinazione dell'oggetto del contratto, tanto con riferimento all'attribuzione traslativa che a quella pecuniaria, al precipuo scopo di consentire, soprattutto al promissario acquirente (normalmente parte «debole» del rapporto, in particolare per quanto concerne la disponibilità di informazioni), di valutare il contenuto degli impegni reciprocamente assunti e, di conseguenza, di evitare «sorprese» nella successiva fase esecutiva³⁶⁸.

Ciò non toglie tuttavia che, dal contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire, quale emerge dalle previsioni di cui all'art. 6 del decreto, si delinei un diverso tipo di accordo preliminare che, lungi dal rappresentare la mera fonte di un *nudo contrahere*, impegna le parti a garantire la correttezza del risultato finale, attraverso una serie di prescrizioni che, in diverso modo, interferiscono sul contenuto degli impegni assunti. Sembra, pertanto, potersi affermare che, accanto alla garanzia liberamente introdotta dalle parti mediante l'anticipata esecuzione delle prestazioni – la quale, come detto, consente di valutare l'esatta conformità delle prestazioni prima che l'impegno assuma carattere definitivo – il legislatore abbia previsto una serie di ulteriori obblighi diretti a garantire ai contraenti e, in particolare, al promissario acquirente, una valutazione più precisa dell'operazione economica nel suo complesso.

Le considerazioni svolte consentono, pertanto, di affermare che, gli strumenti di tutela introdotti dal legislatore del 2005, nonostante incidano, in modo meno significativo sul «contenuto» del contratto preliminare rispetto a quanto sopra esaminato con riferimento alla disciplina della trascrizione, rappresentano un'ulteriore conferma di come, anche nel pensiero del legislatore, il contratto preliminare non si configuri più quale contratto dal

³⁶⁸ Evidenzia come, le prescrizioni contenute nella disciplina in esame, risultino dirette ad assicurare, al promissario acquirente, una «tutela preventiva», LUMINOSO A., *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, cit., 721 ss.;

quale sorge un mero obbligo di prestarsi alla stipulazione successiva, ma, piuttosto, quale contratto che obbliga, altresì, le parti a porre in essere una serie di comportamenti atti a garantire il raggiungimento del risultato finale, secondo quanto in precedenza pattuito.

6. Il preliminare di contratto preliminare.

Nell'ambito delle fattispecie tese a realizzare una formazione progressiva del «rapporto» negoziale, viene in considerazione il problema dell'ammissibilità del c.d. preliminare di preliminare. Con tale nozione si allude alla prassi di far precedere, alla stipula del contratto preliminare, un ulteriore accordo, mediante il quale le parti si obbligano alla conclusione del primo.

In particolare, può distinguersi una particolare sequenza emersa nella prassi, soprattutto nelle contrattazioni che coinvolgono le agenzie immobiliari in qualità di mediatori, spesso indentificata mediante la locuzione preliminare «aperto»³⁶⁹. Tale fattispecie si distingue dal preliminare c.d. «chiuso», con il quale le parti definiscono il contenuto dell'accordo («predeterminano gli elementi essenziali») e si obbligano alla successiva stipula del definitivo; con il preliminare «aperto», infatti, le parti si limitano a bloccare l'affare, vincolandosi, al contempo, a concludere un successivo contratto preliminare, con il quale determineranno il regolamento contrattuale del futuro contratto definitivo.

Il meccanismo attraverso il quale si perviene in questo caso al trasferimento della proprietà, si sviluppa dunque in tre fasi: nella prima fase, il promittente alienante accetta la proposta di acquisto dell'immobile formulata

³⁶⁹ Con riferimento alla rilevanza di tali accordi sotto il profilo fiscale, cfr., le osservazioni di MAZZU' C., *La funzione del «preliminare aperto» e il suo regime giuridico*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, Atti del Convegno della Fondazione italiana del notariato, *Sole 24 Ore*, 2007, 25 ss.

dal promissario acquirente e trasmessa al futuro venditore (con l'ausilio dell'agenzia immobiliare in veste di mediatore, secondo l'ipotesi più frequente di cui si è detto); nella seconda fase, promittente alienante e promissario acquirente concludono un contratto preliminare con il quale si impegnano a stipulare il successivo contratto definitivo per il trasferimento della proprietà, di cui predeterminano il contenuto minimo; infine, la terza fase chiude la sequenza con il trasferimento della proprietà³⁷⁰.

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla legittimità di tale figura negoziale³⁷¹.

Per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, il preliminare di preliminare, non sarebbe ammissibile sul presupposto dell'impossibilità di individuare l'interesse meritevole di tutela, in un accordo mediante il quale le parti si «obbligano ad obbligarsi»³⁷². Si afferma, pertanto, che una simile

³⁷⁰ La prassi conosce, tuttavia, una pluralità di ulteriori varianti rispetto a quella riportata nel testo.

³⁷¹ Per una ricostruzione dei diversi orientamenti, cfr., TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 17 ss.; CARBONE V., *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, cit., 619 ss.;

³⁷² *Ex multis*, Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Banche dati Pluris*, ove si afferma che «riconoscere come possibile funzione del primo (preliminare) anche quella di obbligarsi...ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a un inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito»; Cass., 10 settembre 2009, n. 19557, in *Banche dati Pluris*. In dottrina, tra gli altri, cfr., GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 50 ss., il quale evidenzia come, una simile fattispecie, non potrebbe ammettersi neppure sul presupposto del diverso contenuto del secondo preliminare, magari più ricco. Invero, il contratto preliminare non può che obbligare a concludere un ulteriore contratto di identico contenuto; di conseguenza, eventuali modifiche del precedente accordo, sarebbero frutto di un accordo modificativo/integrativo e non dell'obbligo assunto in precedenza; si tratterebbe, pertanto, di una mera ipotesi di ripetizione negoziale, sicché il preliminare sarebbe in realtà unico. In senso critico nei confronti della soluzione adottata da Gazzoni, CHIANALE A., *Il preliminare di preliminare. Intentio certa sese obligandi?*, in *Notariato*, 1, 2010, 45, il quale evidenzia come, quest'ultimo, affermi la nullità del preliminare di preliminare per assenza di causa, nonostante lo stesso riconosca nel preliminare di vendita immobiliare una vera e propria vendita obbligatoria; GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 30 ss., il quale afferma che il *bis in idem*, determinerebbe solo un inutile giro vizioso procedimentale. In particolare, l'A., ha ravvisato nei tre atti, rispettivamente, un preliminare, un definitivo e la riproduzione in forma pubblica di quest'ultimo; in particolare, l'A., propone di superare l'eventuale nullità di un accordo diretto ad interporre una fase negoziale intermedia, finalizzata unicamente alla mera ripetizione di un consenso già prestato, attraverso l'applicazione della disciplina che consente la conversione del negozio (art. 1424

fattispecie, risolvendosi in una inutile complicazione, deve ritenersi nulla per difetto di causa.

Si registra, tuttavia, la tendenza a riconoscere che, tali accordi, sebbene nulli come pattuizioni dirette a creare un obbligo a contrarre, potrebbero essere qualificati quali mere puntuazioni, da ricondursi ad una fase prenegoziale³⁷³.

Ad ogni modo, è possibile ravvisare alcune pronunce in cui le Corti³⁷⁴ si sono orientate in senso opposto all'orientamento in precedenza richiamato,

c.c.). Di conseguenza, tutti gli effetti finali, compreso quello traslativo, si producono già a seguito della conclusione del secondo accordo, salvo non risulti una diversa espressa volontà delle parti diretta a differire il trasferimento sino alla formazione dell'atto notarile. Ritiene che il primo accordo configuri già un contratto preliminare altresì, AL MUREDEN, *Stipulazione del contratto preliminare e diritto del mediatore alla provvigione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 799, il quale evidenzia come, il secondo accordo, venga concluso all'esito di autonome pattuizioni tra le parti e non in adempimento dell'obbligo assunto con il precedente preliminare, gestito dall'agente immobiliare; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 110-111; il quale, pur confermando l'inutilità di una fase preliminare ulteriore, evidenzia come, la censura assoluta di tali strumenti, appaia poco rispettosa dell'effettiva volontà delle parti, sì che dovrebbe ammettersi la possibilità di una conversione del c.d. preliminare di preliminare in un preliminare ordinario; in questo senso cfr., altresì, GIUSTI A. – PALADINI M., *Il contratto preliminare*, cit., 65; PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 125, il quale evidenzia come, il primo accordo assumerebbe, in realtà, una funzione diversa dalle fattispecie preliminari, ossia una funzione «pre-preparatoria» e il suo collegamento con il definitivo non sarebbe immediato ma mediato; LA PORTA U., *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 1, 2010, 53, secondo il quale, le dichiarazioni rese dalle parti in occasione del primo accordo, sebbene qualificati come «proposta» e «accettazione», individuino solamente l'inizio della trattativa e, dunque, il momento a partire dal quale inizia a trovare applicazione la disciplina di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. In particolare, l'A. evidenzia come, una simile soluzione, offra maggior tutela a favore del contraente debole, il quale inizia la trattativa senza, tuttavia, possedere le informazioni necessarie alla sua consapevole conclusione.

³⁷³ L'interesse a non limitare tali accordi alla fase pre-negoziale è avvertito, in particolare, dalla categoria degli agenti immobiliari e ciò, in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale che ammette il riconoscimento del diritto alla provvigione, solo al momento della conclusione del contratto preliminare. Con riferimento alla fonte dell'obbligazione di pagamento dei diritti della mediazione, cfr., AL MUREDEN, *Stipulazione del contratto preliminare e diritto del mediatore alla provvigione*, cit., 799 ss., il quale evidenzia che, al fine di individuare il diritto del mediatore alla provvigione, è necessario (in primo luogo) verificare se con la conclusione del primo accordo le parti abbiano avuto di mira la conclusione di un successivo contratto definitivo - rispetto al quale il preliminare assumerebbe pertanto carattere strumentale - o se, piuttosto, intendessero unicamente concludere il preliminare: il principio, affermato dalla giurisprudenza, per il quale il diritto alla provvigione del mediatore è condizionato alla suscettibilità di esecuzione in forma specifica, riguarda solamente la prima ipotesi e non la seconda.

³⁷⁴ Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in *Dir. e giur.*, 1995, 463: «Deve ritenersi del tutto ammissibile e meritevole di tutela nel nostro ordinamento, in virtù del principio dell'autonomia della volontà negoziale, il contratto preliminare del preliminare qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto

considerando meritevole di tutela la fattispecie negoziale in esame, qualora la medesima rappresenti un momento ben definito del progressivo procedimento diretto a realizzare il finale regolamento di interessi³⁷⁵, ossia, ove quest'ultima presenti un contenuto diverso rispetto al preliminare vero e proprio. E, d'altro canto, la stessa giurisprudenza di legittimità che in passato aveva ritenuto non meritevole di tutela l'interesse di «obbligarsi ad obbligarsi», lo aveva fatto sul presupposto della mancanza del «senso pratico» di una simile operazione³⁷⁶.

Del pari, anche all'interno della dottrina è possibile individuare un orientamento più liberale; alcuni autori riconoscono, infatti, la validità degli accordi precedenti alla stipula di un contratto preliminare, ora qualificandoli come contratti atipici retti da un interesse meritevole di tutela³⁷⁷, ora quali accordi che vincolano alla prosecuzione delle trattative secondo buona fede³⁷⁸.

regolamento di interessi»; App. Napoli, 11 ottobre, 1967, n. 2006, in Dir. e giur., 1968, I, 550 ss., la quale ha individuato, nel contratto con cui si stabilisce l'obbligo di un'ulteriore manifestazione di volontà diretta alla conclusione di un contratto preliminare, un contratto atipico a contenuto ed effetti obbligatori, da considerarsi meritevole di tutela allorché presenti un contenuto differente rispetto al contratto successivo.

³⁷⁵ PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 46.

³⁷⁶ Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, cit.; in questo senso cfr., altresì, Cass., ordinanza interlocutoria 12 marzo 2014, n. 5579; per un esame di tale ordinanza, cfr., TRAVAGLINO G., *Il contratto con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (cd. contratto preliminare di preliminare) deve, o meno, ritenersi nullo per difetto di causa?*, in *Corr. giur.*, 12, 2014, 1587 ss.;

³⁷⁷ App. Napoli, 11 ottobre 1967, n. 2006, cit.; BENEDETTI A. M., *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015; ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, IV, 2013, 971 ss., il quale pone l'accento sull'importanza di dare rilievo alla causa concreta e, dunque, sulla necessità di considerare la presenza di specifici interessi e soprattutto di scopi pratici idonei a giustificare la più complessa sequenza negoziale posta in essere dalle parti; TOSCHI VESPASIANI F., *Il «preliminare di preliminare» e la «proposta di acquisto accettata»*, in *I Contratti*, 11, 2009, 893 ss., il quale qualifica tale accordo come vero e proprio contratto preliminare; RAVAZZONI A., *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1-2, 1994, 39 ss., il quale ammette la validità del c.d. preliminare aperto, sul presupposto della differenziazione dei contenuti rispetto al preliminare c.d. chiuso (con la precisazione che la rinegoziazione potrà riguardare solo gli elementi complementari e non quelli essenziali che devono essere già previsti nel primo accordo). In particolare, l'A. evidenzia come, l'utilità di un secondo accordo preliminare debba essere individuata nella possibilità che esso offre alle parti – le quali normalmente non hanno ancora avuto un contatto diretto - di effettuare una verifica più approfondita della situazione giuridica. Inoltre, il medesimo autore non esclude che, a fronte della variabilità di modelli impiegati nella prassi delle contrattazioni immobiliari, il primo accordo debba ricondursi alla fase delle mere trattative; ciò accade, infatti, ogniqualvolta le dichiarazioni rese dalle parti siano rivolte esclusivamente all'agente immobiliare, anziché essere

Inoltre, all'interno del primo orientamento testé riportato, è possibile individuare alcuni autori diretti ad affermare una simile soluzione sul presupposto della differenziazione dei contenuti tra i due contratti; in particolare, per questi autori, una simile conclusione riflette la considerazione secondo la quale, il contratto preliminare non rappresenterebbe più la fonte di un mero obbligo di *facere*, ma da esso deriverebbe, altresì, un'obbligazione di dare, ossia l'obbligo di fare acquistare la proprietà; di conseguenza, si ammette la validità del c.d. preliminare di preliminare, individuando, nel primo accordo, un contratto preliminare (tradizionale), fonte dell'obbligo di contrarre e, nel successivo preliminare, una vendita obbligatoria, laddove il contratto definitivo costituisce invece l'atto traslativo solutorio³⁷⁹. Altri autori hanno invece proposto di ricostruire la fattispecie in esame individuando, nel primo accordo, un contratto preliminare (eseguibile in forma specifica), che impegna alla conclusione di un contratto definitivo in forma privata, da riprodursi successivamente in forma autentica³⁸⁰.

Con una recente decisione le Sezioni Unite sono intervenute sul tema³⁸¹, affermando la validità di un preliminare di contratto preliminare, qualora emerga l'interesse delle parti ad una formazione progressiva del rapporto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali.

In particolare, la Corte, richiamando il concetto di causa concreto³⁸², ha ritenuto possibile individuare interessi meritevoli di tutela alla base di una simile operazione negoziale, allorché il primo accordo presenti un contenuto

indirizzate rispettivamente al promissario acquirente e al promittente alienante, seppur con la mediazione del terzo.

³⁷⁸ GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 52, il quale ammette la possibilità che il contratto finale si formi a tappe, dovendosi, in tal caso, tuttavia distinguere una pluralità di vincoli successivi a «contrattare» e non a «contrarre»; CARBONE V., *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, cit., 623 ss.; DELFINI F., *Principio consensualistico ed autonomia privata*, cit., 187, secondo il quale una simile intesa resta all'interno dei rapporti precontrattuali.

³⁷⁹ In questo senso, cfr., CHIANALE, *Il preliminare di preliminare. Intentio certa sese obligandi?*, cit., 45 ss.,

³⁸⁰ GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, cit., 24.

³⁸¹ Cass. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

³⁸² Al pari di quanto in precedenza suggerito da autorevole dottrina, cfr., in particolare, ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 971 ss.

diverso dal successivo preliminare. Spetterà poi al giudice di merito accertare se l'accordo sia già qualificabile quale contratto preliminare, suscettibile di conseguire gli effetti di cui agli artt. 1351 c.c. e 2932 c.c. o se, piuttosto, le parti si siano volute vincolare alla conclusione di un ulteriore contratto ad effetti meramente obbligatori.

Una lettura «più attenta» della soluzione offerta dalle Sezioni Unite, conduce, tuttavia, ad escludere che le medesime si siano pronunciate nel senso della rilevanza giuridica del c.d. preliminare di preliminare «in senso stretto»³⁸³, ossia quale contratto che obbliga a concludere un successivo contratto preliminare, identico al precedente.

Potrebbe, inoltre, dubitarsi che, nella ricostruzione fattane dalla Corte, il c.d. preliminare di preliminare sia un vero e proprio contratto. Sembra, infatti, potersi affermare che l'accordo negoziale, al quale la Corte abbia inteso riferirsi, sia un mero accordo procedimentale che possa precedere la stipula del preliminare (rispetto al quale presenta un diverso contenuto), vincolando le parti a proseguire nella contrattazione secondo buona fede³⁸⁴. Invero, le fattispecie normalmente prese in considerazione dalla giurisprudenza, non configurano preliminari di contratti preliminari in «senso stretto», bensì accordi volti a creare un «obbligo a trattare»: negozi ad effetti obbligatori produttivi, per esempio, dell'obbligazione di proseguire nella trattativa secondo certe modalità, ovvero, di inserire determinati contenuti nel successivo contratto³⁸⁵.

³⁸³ In questo senso cfr., BENEDETTI A. M., *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, cit.; PLAIA A., *Da “inconcludente superfetazione” a quasi contratto: la parabola ascendente del “preliminare di preliminare”*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015; STEFINI U., *Secondo le Sezioni Unite il “preliminare di preliminare” è valido; anzi no*, in *Dir. civ. cont.*, 9 giugno 2015;

³⁸⁴ Cfr. gli autori citati alla nota precedente. In particolare, secondo la Corte, la fattispecie in esame può riflettere stadi procedimentali molto avanzati, «cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (...) che (però) vede(a) intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.».

³⁸⁵ Cfr., STEFINI U., *Secondo le Sezioni Unite il “preliminare di preliminare” è valido; anzi no*, cit.; BENEDETTI A. M., *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, cit.; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 52, il quale ammette la possibilità che il contratto finale si formi a tappe, potendosi, in tal , tuttavia distinguere una pluralità di vincoli successivi a «contrattare» e non a «contrarre». Emerge pertanto l'importanza della distinzione tra contratto preliminare, il quale contiene l'accordo delle parti sull'oggetto e sul prezzo – a nulla rilevando la mancata determinazione degli

Può, pertanto, affermarsi che, secondo la ricostruzione compiuta dalla Corte, il preliminare di preliminare non si identificherebbe neppure con il preliminare c.d. «debole», cioè non eseguibile in forma specifica, ma darebbe luogo ad un «quasi contratto»³⁸⁶, ed il rapporto obbligatorio sorgerebbe *ex art.* 1173 c.c., ossia in virtù di un atto o fatto idoneo a produrre un'obbligazione secondo l'ordinamento giuridico³⁸⁷. La specifica obbligazione derivante da questi accordi troverebbe, pertanto, la propria fonte nella legge e non nel contratto, sì che la sua violazione configurerebbe una mera responsabilità precontrattuale che, sebbene inquadrabile nell'ambito della responsabilità contrattuale (*rectius* da inadempimento delle obbligazioni³⁸⁸), consente il risarcimento del solo interesse contrattuale negativo³⁸⁹.

Diverso, dunque, sarebbe stato se la Corte avesse ritenuto il preliminare di preliminare un vero e proprio contratto, sì da consentire la risarcibilità della

elementi secondari dello stesso – e la figura della puntuazione di contratto, priva di valore vincolante, la quale ha la sola funzione di documentare l'intesa raggiunta dalle parti su alcuni punti di un futuro contratto; sulla distinzione tra contratto preliminare e puntuazione di contratto, *ex multis*, Cass. 18 dicembre 1956, n. 4452, in *Foro it.*, 1957, I, 11 ss.; Cass., 5 aprile 1982, n. 2092, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 124.

³⁸⁶ Così, PLAIA A., *Da "includente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, cit.

³⁸⁷ Invero, secondo le Sezioni Unite, si potrebbe immaginare che un simile vincolo contrattuale «sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrarre opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente *ex contractu*»; sul punto cfr., altresì, CELESTE A., *Le dinamiche delle compravendite immobiliari tra "includenti superfetazioni" e "esigenze volte a bloccare l'affare"*, in *Immobili e proprietà*, 7, 2015, 421 ss.

³⁸⁸ Si ritiene corretto pertanto aderire alla tesi di GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, 652 ss., il quale evidenzia che - contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza - la responsabilità contrattuale è, in realtà, la responsabilità nascente dall'inadempimento di un'obbligazione, quale che sia la fonte, contrattuale o non contrattuale, dal quale deriva l'obbligazione rimasta inadempita. La ricostruzione testé indicata giustificerebbe, pertanto, il richiamo alla buona fede operato dalle Sezioni Unite, a proposito della responsabilità contrattuale da inadempimento del c.d. preliminare di preliminare.

³⁸⁹ Solo in presenza di un contratto concluso il risarcimento del danno potrà essere, infatti, commisurato all'interesse contrattuale positivo; cfr., tra gli altri, PLAIA A., *Da "includente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, cit., il quale evidenzia come non si comprenda cosa distinguerebbe tali accordi, riconducibili alla fattispecie del preliminare di preliminare, dai c.d. accordi preparatori (minute, puntuazioni), dalla cui violazione deriva una responsabilità precontrattuale, riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale, sebbene il danno risarcibile sia, in tal caso, limitato al solo interesse contrattuale negativo.

lesione dell'interesse contrattuale positivo³⁹⁰; in questo modo, sarebbe stato, infatti, agevole distinguere un simile accordo dalle mere trattative «vincolanti», per qualificarlo, invece, come contratto atipico meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

Ad ogni modo, se l'emergere di un simile strumento negoziale consente di ravvisare un interesse delle parti alla graduale predisposizione del contenuto del regolamento negoziale e, dunque, all'introduzione progressiva del rapporto, non è tuttavia possibile considerarlo una «via di fuga³⁹¹» rispetto agli effetti del contratto preliminare, il quale, secondo alcuni autori, avrebbe assunto una forma «quasi definitiva»³⁹².

Nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite, il preliminare di preliminare configura piuttosto, come detto, un accordo preparatorio, cui le parti fanno riferimento in un momento in cui sono ancora incerte sulla convenienza dell'affare. In altre parole, tale fattispecie contrattuale consentirebbe di operare un vero e proprio giudizio di convenienza, consentendo alle parti di rifiutare la stipula del preliminare ove tale giudizio dia esito negativo, esponendo, al contempo, le medesime, al mero obbligo di risarcire la lesione dell'interesse contrattuale negativo³⁹³.

³⁹⁰ Conferma la risarcibilità dell'interesse positivo nell'ipotesi di inadempimento del contratto preliminare, tra le altre, Cass., 7 gennaio 1993, n. 78, *Giur. it. Mass.*, 1993.

³⁹¹ In questo senso cfr., DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., 515 ss.;

³⁹² Il riferimento è a quella dottrina che ha individuato nel preliminare la fonte di un vero obbligo di *dare* e non più solamente di contrarre; in proposito, cfr., quanto sarà precisato oltre.

³⁹³ DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, cit., 515 ss., il quale ha affermato l'importanza e la legittimità di una disciplina che lasci al contraente anche la facoltà di *non adempiere* senza particolari conseguenze, ove si sia servito di uno strumento idoneo a tale scopo. L'autore, richiamando l'esperienza anglosassone, parla al riguardo di *inadempimento efficiente*, cfr. per una sintesi di tale teoria, SCHWARZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. Dir. privato*, 1996, 433 ss. La soluzione offerta consente, altresì, di fornire una risposta negativa alla questione relativa alla trascrivibilità della figura in esame. La trascrizione interessa, infatti, solo il contratto preliminare che precede l'atto traslativo; tale soluzione deriva, invero, dall'osservazione del collegamento esistente tra contratto prenotante e contratto prenotato di cui all'art. 2645 *bis* c.c., la cui funzione è, dunque, quella di anticipare gli effetti di un atto produttivo della vicenda reale; in questo senso cfr., SALVADORI M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, cit., 677-678.

D'altro canto, risulta difficile legittimare una duplicazione di accordi preliminari sul presupposto della differenziazione dei contenuti negoziali; ove, infatti, il secondo accordo arricchisse la pattuizione precedente, non si avrebbe altro che un nuovo accordo modificativo o integrativo di quello originario³⁹⁴.

Ad ogni modo, anche a voler prendere le distanze dalla (ormai nota) decisione delle Sezioni Unite, per individuare nel «preliminare di preliminare» un contratto atipico meritevole di tutela, ipotizzando, così, la sua validità sul presupposto della «differenziazione dei contenuti», non v'è chi non veda come, un simile accordo, potrebbe assumere rilevanza solo se posto in relazione ad un preliminare per il quale non sia stata esclusa la disciplina di cui all'art. 2932 c.c.³⁹⁵; diversamente, non sarebbe possibile individuare alcuna utilità nella ripetizione dell'accordo, potendo già le parti venir meno agli impegni assunti con il contratto preliminare, a fronte di un mero sacrificio in denaro.

³⁹⁴ Così, ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, cit., 24.

³⁹⁵ In proposito, chi scrive condivide, comunque, le osservazioni formulate da GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, cit., 32-33, in merito alla necessità che l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica risulti dal titolo stesso (e, trattandosi di beni immobili, la volontà deve risultare da una clausola espressa in forma scritta), senza che dal fatto stesso della previsione di una fase contrattuale intermedia possa desumersi l'esclusione di una piena efficacia già del primo accordo preliminare.

CAPITOLO QUARTO

SULL'INQUADRAMENTO GIURIDICO DEL CONTRATTO PRELIMINARE C.D. «AD EFFETTI ANTICIPATI».

SOMMARIO: Premessa. – 1. La struttura della fattispecie. – 2. La causa del contratto definitivo e i rapporti preliminare–definitivo – 3. Sulla disciplina applicabile al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. – 3.1. Anticipata consegna del bene e interessi compensativi. – 4. La proposta di un diverso *nomen iuris*.

Premessa

Come testé evidenziato, i numerosi interventi – sia legislativi che giurisprudenziali – che nel corso del tempo hanno interessato la figura del contratto preliminare, hanno condotto ad un progressivo allontanamento dall'impostazione originaria³⁹⁶, al punto che tale figura contrattuale non può essere più intesa quale fonte di un mero *pactum de contrahendo*, che vincola le parti solamente a prestare il successivo consenso, il quale dev'essere rigidamente predeterminato, sia relativamente alle parti che al contenuto, al fine della realizzazione del risultato finale.

La maggior tutela riconosciuta al promissario acquirente e la possibilità di trascrivere l'accordo preliminare – con conseguente opponibilità *erga omnes*

³⁹⁶ La tradizionale impostazione – che vede nel contratto preliminare la fonte di un mero obbligo di concludere il successivo contratto – deriva dall'insegnamento di Coviello L., il quale introdusse l'istituto nel nostro sistema, recependo la figura del *Vorvertrag* elaborata dai Pandettisti; al riguardo cfr., *supra* cap. I.

del medesimo (subordinata, come detto, alla trascrizione del contratto definitivo) –, ha condotto ad una progressiva valorizzazione della sequenza procedimentale nel suo complesso, consentendo di individuare nel preliminare un contratto ad efficacia obbligatoria «complessa», in quanto, non essendo estraneo alle prestazioni finali, obbliga le parti alla loro esecuzione (nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati), ovvero alla loro preparazione³⁹⁷.

Si giunge, in questo modo, ad una «moderna concezione³⁹⁸» del preliminare, quale schema negoziale diretto a realizzare un assetto di interessi «prodromico» a quello che sarà compiutamente realizzato con il successivo contratto.

Proprio questa ulteriore funzione consente di ravvisare, nel contratto preliminare, non solo la fonte di un'obbligazione principale ma, altresì, di alcune «obbligazioni accessorie», che si risolvono in attività preparatorie ai fini della realizzazione del risultato avuto di mira dai contraenti.

Alla luce di quanto premesso, è necessario verificare se la nuova identità assunta dal contratto preliminare, consenta di corroborare la tesi secondo la quale, il contratto preliminare «puro» e quello «ad effetti anticipati», lungi dal rappresentare due differenti tipi contrattuali, possano, piuttosto, considerarsi quale espressione di una medesima tecnica negoziale, la quale, dal passaggio dall'una all'altra «variante», si arricchisce di una pluralità di clausole che ne articolano il contenuto senza, tuttavia, alterarne la fisionomia³⁹⁹.

1. La struttura della fattispecie.

³⁹⁷ Così, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 46.

³⁹⁸ Così, Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, cit.

³⁹⁹ Così, CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1121-1122, la quale fornisce una risposta positiva a tale interrogativo.

Come in precedenza illustrato ⁴⁰⁰, in un primo momento la giurisprudenza si trovò ad affrontare il difficile compito di ricondurre le ipotesi, per lo più caratterizzate dall'anticipata esecuzione delle prestazioni e fino ad allora inquadrata all'interno della promessa di vendita, quale fonte dell'obbligo di trasferire il diritto e, dunque, finalizzata al mero compimento dell'effetto traslativo, nella figura del contratto preliminare, quale fonte di un mero obbligo di concludere un ulteriore contratto ⁴⁰¹.

La giurisprudenza, al fine di superare l'*impasse*, nonché allo scopo di ricondurre tali accordi nel rispetto del principio consensualistico, fece pertanto ricorso alla formula dell'«anticipata esecuzione», che avrebbe consentito di individuare, nelle obbligazioni aggiuntive, l'anticipata esecuzione delle prestazioni proprie del contratto che le parti si erano obbligate a concludere. In questo modo, si riuscì ad abbandonare la fattispecie della promessa di vendita, come contratto che obbligava all'effetto traslativo, per accogliere la figura del contratto preliminare, il quale, pur caratterizzato dall'anticipata esecuzione delle prestazioni, rimaneva inquadrato in quell'accordo che obbliga alla conclusione di un futuro contratto.

In ordine alla fonte di tali obbligazioni, se in un primo momento queste ultime venivano imputate direttamente al definitivo, del quale costituivano un'anticipata esecuzione, in un secondo momento, preso atto dell'impossibilità di giustificare l'esecuzione di un'obbligazione non ancora sorta, si iniziò a ricondurre le obbligazioni in discorso al contratto preliminare.

Nondimeno, la funzione attribuita al contratto preliminare, secondo il modello «puro» recepito dal legislatore, quale accordo che obbliga solamente le parti a concludere un futuro contratto, poteva sollevare il sospetto circa l'idoneità di tali clausole accessorie ad incidere sulla natura di tale fattispecie negoziale. Tuttavia, simili dubbi possono, oggi, ritenersi superati se si ha

⁴⁰⁰ Cfr. *supra*, cap. I, § 4.

⁴⁰¹ In merito all'orientamento formatosi precedentemente all'entrata in vigore del Codice del '42, cfr., *supra*, cap. I, § 3; in proposito cfr., altresì la precisa ricostruzione di CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 678 ss.

riguardo al nuovo contenuto riconosciuto al contratto preliminare, sia da parte della giurisprudenza, sia per effetto dei diversi interventi legislativi.

In proposito, si è visto come tali interventi abbiano condotto ad un progressivo allontanamento rispetto a quella ricostruzione astratta, frutto dell'influenza germanica, cui il legislatore del '42 fece riferimento nell'introdurre la fattispecie della contrattazione preliminare nel nostro ordinamento⁴⁰². Nel tempo, infatti, sono state elaborate una serie di regole che, presupponendo una maggiore complessità e ricchezza di contenuti, hanno favorito l'emersione di una nuova «identità» del contratto preliminare, non più inteso quale contratto dal quale deriva un mero obbligo di concludere un ulteriore contratto, bensì quale accordo che impegna, altresì, le parti a porre in essere tutta quell'attività necessaria per assicurare la realizzazione del risultato finale⁴⁰³. In altre parole, la «nuova» concezione del contratto preliminare fa sì che a quest'ultimo sia riconducibile l'obbligazione del «futuro» dare, la quale, lungi dal trasformarsi in un'obbligazione immediata di trasferire la proprietà del bene (con riferimento al preliminare di compravendita, vero terreno di elezione della fattispecie in esame), obbliga le parti a porre in essere tutta quell'attività fondamentale per garantire il suo successivo adempimento⁴⁰⁴.

In tale prospettiva, il contratto preliminare, pur rimanendo un contratto preparatorio, diviene, come detto, un contratto obbligatorio «ad efficacia

⁴⁰² Dalle due uniche disposizioni originariamente previste dal Codice (art. 1351 e art. 2932 c.c.), emerge chiaramente come il legislatore abbia inteso introdurre un unico procedimento di contrattazione preliminare, che inizia con un contratto che vincola le parti alla conclusione di un successivo accordo, qualificato come «contratto definitivo»; in questo senso cfr., tra gli altri, le osservazioni di PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 1.

⁴⁰³ In proposito, può richiamarsi la decisione con la quale le Sezioni Unite hanno escluso che il preliminare c.d. ad effetti anticipati, nell'ipotesi di vizi, difformità ovvero oneri gravanti sul bene promesso in vendita, possa giustificare una diversa tutela rispetto al preliminare c.d. «puro». Secondo la Corte, infatti, una simile tutela è comune ad entrambe le fattispecie, in quanto non deriverebbe da un'anticipata applicazione della disciplina della compravendita, quanto dall'applicazione della disciplina di cui all'art. 1218 c.c.; in questo senso Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit.; sul punto cfr., più ampiamente sopra, *sub cap. I, sez. I*.

⁴⁰⁴ Evidenzia in modo chiaro la nascita di una serie di obbligazioni dirette a garantire il risultato finale, tra gli altri, BIANCA C. M., *Il contratto*, cit., 185 ss.

complessa», in quanto, in entrambi i casi, preliminare «puro» o «ad effetti anticipati», non rimane estraneo alle prestazioni finali⁴⁰⁵.

Quanto detto in ordine alla «moderna concezione» del contratto preliminare consente, pertanto, di confermare – al pari di quanto in precedenza sostenuto dall’orientamento maggioritario – la conciliabilità del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati con la fattispecie «pura».

In particolare, posto che il contratto preliminare è un contratto autonomo, destinato a realizzare un assetto di interessi prodromico al definitivo, l’adempimento degli obblighi previsti nella fattispecie c.d. «complessa», non sarebbe altro che un’anticipata esecuzione di prestazioni finali «connesse all’obbligo di contrarre»⁴⁰⁶.

Le prestazioni alle quali le parti si obbligano prima della conclusione del definitivo, non rappresentano, infatti, un’esecuzione anticipata di quest’ultimo contratto, ma specifiche e autonome obbligazioni del preliminare stesso, le quali si aggiungono, per espressa volontà delle parti, all’obbligo principale di concludere il successivo contratto.

Le parti, obbligandosi a concludere un successivo contratto, si impegnano altresì, ad eseguire tutto o parte delle prestazioni tipiche di quest’ultimo e, ciò, al fine di soddisfare una pluralità di interessi, quali, ad esempio, quello di rendere più pregnante quel controllo che normalmente il preliminare è diretto ad assicurare (e, di conseguenza, assicurare una maggior garanzia del risultato finale), ovvero quello di assicurare al promittente alienante una fonte di finanziamento o al promissario acquirente il godimento del bene per il soddisfacimento di bisogni attuali.

Tali obbligazioni accessorie, dunque, possono essere previste dalle parti attraverso la previsione di specifiche clausole⁴⁰⁷, le quali si inseriscono nel

⁴⁰⁵ D’altro canto, quanto affermato, trova precisa conferma nel riconoscimento, a favore del promissario acquirente, di alcuni rimedi diretti ad assicurare la realizzazione del risultato finale (in proposito, cfr., più ampiamente, *supra*, cap. III, sez. I e II).

⁴⁰⁶ Così, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 53.

⁴⁰⁷ Riconduce le obbligazioni accessorie alla presenza di clausole atipiche, GUGLIELMO R., *Contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, cit., 680; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 169, nt. 37, il quale osserva che «l’accordo circa

contratto preliminare, rendendone più complesso il contenuto, ma senza mutarne l'originaria funzione⁴⁰⁸.

Alla luce di ciò, è solo in termini economici e non propriamente giuridici che può parlarsi di anticipazione; in assenza del titolo traslativo, rappresentato dal contratto definitivo, le attribuzioni poste in essere dalle parti sono meramente provvisorie e, dunque, giustificabili su un piano meramente obbligatorio e non giuridico⁴⁰⁹. In altre parole, sembrerebbe potersi affermare che il versamento anticipato del denaro non avvenga necessariamente a titolo di anticipato pagamento del corrispettivo: non essendo stata ancora stipulata la vendita, il versamento del corrispettivo avviene, piuttosto, in virtù di un titolo diverso da quello della vendita (se poi il promittente venditore ne acquista la proprietà, mentre il promissario acquirente consegue il mero godimento del bene anticipatamente consegnatogli – ciò dipenderebbe esclusivamente dal fatto che oggetto della prestazione è una somma di denaro⁴¹⁰).

Si tratta, dunque, di attribuzioni giustificabili in termini meramente obbligatori⁴¹¹, ove le parti si impegnano, rispettivamente, a non pretendere la restituzione della cosa e a non ripetere la somma corrisposta, fino al momento in cui il definitivo sarà concluso. A quel momento, il contratto definitivo verrà,

l'anticipata esecuzione, di per sé estraneo al contenuto del preliminare, può tuttavia formare oggetto di una particolare convenzione accessoria».

⁴⁰⁸ Chi scrive non intende, tuttavia, negare la possibilità delle parti di dar vita, accanto al contratto preliminare, ad autonomi e distinti negozi dotati di una propria causa e collegati al contratto preliminare, mediante i quali regolare i reciproci rapporti prima della conclusione del definitivo (es. un contratto di locazione).

⁴⁰⁹ Al riguardo si evidenzia come tali attività aggiuntive non raggiungano mai la natura di atti dispositivi in senso tecnico; in questo senso, cfr., GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 159 ss.; BIANCA C. M., *Il contratto*, cit., 186 ss.; gli autori testé citati fanno, tuttavia, salva l'ipotesi in cui le parti abbiano previsto l'anticipata integrale attuazione del rapporto finale.

⁴¹⁰ Così, CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1117, nt. 18.

⁴¹¹ GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 170, nt. 38, il quale evidenzia come gli obblighi di anticipata esecuzione delle prestazioni, non rappresentino un «atto dispositivo in senso tecnico»; sicché non andrebbero affatto ad introdurre un elemento materiale ed economico tra gli obblighi meramente formali del preliminare; e, infatti, «quando si osserva (il riferimento è all'opinione di AMOROSO B., *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, cit., 421 ss.) (...) che l'anticipata esecuzione si porrebbe in contrasto con l'elemento, caratterizzante il preliminare, dell'assenza di una disposizione economica sostanziale, si dimentica che tale esecuzione attua un semplice spostamento della detenzione (nemmeno del possesso...)».

rispetto ad esse, a sostituirne il titolo⁴¹²: per la somma che dovrebbe essere restituita, opererà la compensazione con il credito da prezzo, mentre, con riferimento al bene oggetto di anticipata consegna, opererà la *traditio brevi manu*, con conseguente modificazione del titolo originario, come detto, meramente obbligatorio⁴¹³.

Quanto premesso consente, pertanto, di confermare che la presenza di una clausola che preveda l'anticipata esecuzione totale o parziale delle prestazioni, non preclude la possibilità di ricondurre l'accordo in esame alla fattispecie del contratto preliminare⁴¹⁴, secondo il modello recepito dal legislatore⁴¹⁵, potendo ravvisare in esso, tutt'al più, una mera «*variante della figura base*»⁴¹⁶.

⁴¹² BIANCA C. M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, cit., 145; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1128.

⁴¹³ Tale precisa ricostruzione della natura delle obbligazioni accessorie si deve a GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit., 731.

⁴¹⁴ In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., 19 aprile 2000, n. 5132, cit., secondo la quale: «*la previsione della "traditio" della "res" e/o del pagamento, anche totale, del prezzo non sono assolutamente incompatibili con l'intento di stipulare il contratto preliminare di vendita*».

⁴¹⁵ Una simile soluzione risulta, del resto, confermata dalla giurisprudenza di legittimità; in proposito cfr., tra le altre, Cass., 1 marzo 2010, n. 4863, cit., ove si afferma: «*In conclusione, anche in presenza del cd. preliminare ad effetti anticipati - che pure ha, certo portata ben più pregnante del paradigmatico pactum de contraendo - è pur sempre il contratto definitivo, espressione di autonomia negoziale e non mero atto dovuto solvendi causa, a produrre l'effetto traslativo reale: restando esclusa la scissione tra titulus e modus acquirendi (eventualmente, anche mediante atto non negoziale), che era propria del diritto romano ed è tuttora vigente in taluni ordinamenti moderni, come quello tedesco. Entro questa cornice concettuale, la consegna della cosa e l'anticipato pagamento del prezzo non sono incompatibili, in ultima analisi, con la figura del preliminare, nè indice della natura definitiva della compravendita; quale che ne sia la giustificazione causale: se per clausola atipica, introduttiva di un'obbligazione aggiuntiva, o per collegamento negoziale*»; Cass., 13 aprile 1999, n. 3626, in *Mass. Gist. Civ.*, 1999, 834, «*L'obbligo della consegna immediata della cosa, che il promittente assume nel contratto preliminare di vendita, non si configura come un'esecuzione anticipata del contratto definitivo, ma come una specifica ed autonoma obbligazione del preliminare stesso; sicché, ove totalmente o parzialmente inosservato, è regolato non già dalle specifiche disposizioni sulla compravendita, quali quelle riguardanti i termini e le condizioni dell'azione di garanzia per vizi (art. 1495 c.c.), bensì dalle norme generali in materia di inadempimento delle obbligazioni ed in particolare di vizi del bene consegnato, sicché l'acquirente, come qualsiasi creditore in genere, può domandare la risoluzione del contratto per inadempimento*»; in dottrina, cfr., tra gli altri, CENNI D., *op. ult. cit.*, 1127, secondo la quale «*la presenza di clausole che impongono l'anticipata esecuzione (anche integrale) delle prestazioni oggetto del definitivo non vale a collocare la figura in esame al di fuori della nozione tipica del preliminare*».

⁴¹⁶ Così, ROPPO V., *Il contratto*, cit., 618.

* * *

La soluzione che si è tentato di offrire in merito alla compatibilità delle clausole accessorie rispetto alla figura del contratto preliminare, non intende, tuttavia, negare che le parti, nella loro autonomia contrattuale, possano ricorrere ad ulteriori varianti negoziali che meglio soddisfino i rispettivi interessi, con tutte le conseguenze per ciò che riguarda la disciplina applicabile al rapporto.

E' ben vero, infatti, che, se nella realtà pratica delle contrattazioni, non manchino ipotesi in cui le parti, con il perfezionamento del contratto preliminare, non intendano assumere direttamente un impegno dispositivo, quanto piuttosto un obbligo rivolto alla conclusione di un successivo accordo, al quale ricondurre la fonte del loro rapporto e al quale affidare il compito di integrare e/o modificare il regolamento negoziale (specie in seguito al verificarsi di eventuali sopravvenienze⁴¹⁷, manifestatesi dopo la conclusione del primo accordo)⁴¹⁸; è altrettanto vero che, nella maggior parte dei casi sottoposti all'attenzione delle Corti, si ravvisano accordi nei quali il contratto preliminare, lungi dall'obbligare le parti ad un mero obbligo a contrarre, obblighi, al contrario, il promittente alienante a trasferire immediatamente il bene dedotto in contratto, sebbene l'effetto reale risulti differito al momento della conclusione di un ulteriore negozio avente, di conseguenza, causa esclusivamente solutoria.

E, infatti, come anticipato, può osservarsi che, se la figura del contratto preliminare delineata a livello codicistico, corrisponde, al pari del modello tradizionale del *Vorvertrag* elaborato dalla dottrina tedesca, a quell'accordo che obbliga le parti unicamente a concludere un successivo contratto, è pur vero che la prassi negoziale, nella sua piena disponibilità dell'immediatezza dell'effetto

⁴¹⁷ Sul tema delle sopravvenienze contrattuali, cfr., l'esaustiva trattazione di AL MUREDEN E., *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004.

⁴¹⁸ Quanto detto risulta, del resto, confermato da quelle decisioni giurisprudenziali che continuano ad individuare nel contratto preliminare la mera fonte di un obbligo a contrarre; così, *ex multis*, Cass., 5 giugno 2012, n. 9063, in *Corr. giur.*, 2013, 2, 218; Cass., 11 luglio 2007, n. 15585, in *Banche dati Pluris*; Cass., 25 febbraio 2003, n. 2824, in *Banche dati Pluris*.

traslativo – stante la possibilità offerta dal principio consensualistico – rivela l’impiego di diversi modelli contrattuali che sembrano allontanarsi dall’istituto tradizionale, a favore di altre fattispecie dirette a realizzare la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

Da una parte, dunque, la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno, fin dal secolo scorso, elaborato e, successivamente, acquisto, una figura negoziale, quella del contratto preliminare, la quale, al pari del *Vorvertrag* tedesco, obbligava le parti a concludere un successivo contratto; tuttavia, nella prassi delle contrattazioni, si andavano delineando modelli contrattuali che si discostavano dalla struttura pensata dalla dottrina e poi recepita dal legislatore del ‘42⁴¹⁹.

In altre parole, non pare potersi negare il fatto che nelle concrete applicazioni quotidiane, la negoziazione preliminare si sia assestata sulla separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*, ove l’obiettivo perseguito dai contraenti, non è tanto quello di obbligarsi a concludere un successivo contratto, quanto piuttosto quello di separare l’effetto obbligatorio della vendita da quello reale.

Una simile evenienza potrà venire in considerazione soprattutto in quelle ipotesi in cui il primo accordo preveda già l’immediata attuazione integrale del rapporto finale⁴²⁰, essendo più agevole, in tal caso, ravvisare una

⁴¹⁹ PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 150, il quale evidenzia come «deve escludersi una vocazione dispositiva “originaria” del preliminare: sarebbero le parti a optare per una divaricazione strutturale del negozio tipizzato dal legislatore del ‘42»; l’A., tuttavia, con riferimento alle ipotesi di preliminari produttivi di un’obbligazione di «dare», individua nel successivo definitivo un mero atto traslativo con causa esterna.

⁴²⁰ In proposito, cfr. GABRIELLI G., *Contratto preliminare*, (*Riv. dir. civ.*), cit., 439, il quale evidenzia la possibilità che le parti, nel dare immediata attuazione integrale all’assetto di interessi programmato, possano, in realtà, aver voluto la conclusione di un contratto definitivo, rinviando all’atto conclusivo della sequenza determinati effetti, o, nella maggior parte dei casi, il solo effetto traslativo, in funzione di garanzia per l’alienante (tuttavia, secondo l’A., una simile soluzione potrebbe prospettarsi solo con riferimento alle ipotesi in cui i contraenti hanno previsto l’integrale anticipata esecuzione delle prestazioni).

volontà diretta a rinviare al contratto definitivo il mero prodursi dell'effetto reale⁴²¹.

Ancora, una simile soluzione sembra emergere, sempre più frequentemente, nelle decisioni giurisprudenziali rispetto alla fattispecie di preliminare di vendita di bene altrui⁴²².

Con riferimento alla figura in esame, occorre, in primo luogo, evidenziare come la giurisprudenza di legittimità si sia ormai consolidata nell'ammettere che l'obbligo del promittente alienante di procurare l'acquisto al promissario acquirente possa essere adempiuto, non solo mediante l'acquisto

⁴²¹ Ciò, in particolare, sul presupposto che sembra più normale che, in tali ipotesi, le parti abbiano già determinato in modo completo il loro assetto di interessi, di modo che, quest'ultimo necessita di un mero atto idoneo a renderlo definitivo. Un simile schema potrebbe, allora, giustificare quelle ipotesi in cui l'effetto traslativo finale venga rinviato per motivi diversi dalla necessità di garantire un controllo delle sopravvenienze ovvero di integrare il regolamento di interessi. E' il caso, ad esempio, in cui il preliminare abbia ad oggetto un edificio realizzato abusivamente – insuscettibile, a pena di nullità, di costituire oggetto di un contratto ad effetti reali, sia pur differiti – per il quale il promittente alienante confidi di ottenere, prima della conclusione del definitivo, il permesso di costruire in «sanatoria». Inoltre, l'assenza di una precisa esigenza di un controllo delle sopravvenienze è resa ancor più evidente dalla circostanza che il promissario acquirente, avendo già versato integralmente il prezzo, ove eventualmente scopra che il bene già consegnatogli sia affetto da vizi, non verrà certamente a trovarsi nella vantaggiosa posizione di convenuto in un'azione di esecuzione in forma specifica, cui opporre, in via riconvenzionale, una risoluzione del preliminare per inadempimento. Piuttosto, il promissario acquirente, ove voglia ottenere la restituzione del corrispettivo già corrisposto, sarà tenuto egli stesso ad assumere la veste di attore, promuovendo un giudizio per lo scioglimento del contratto preliminare, per violazione delle obbligazioni assunte da parte del promittente alienante; quest'ultimo, infatti, difficilmente agirà in giudizio per l'adempimento coattivo dell'obbligo di contrarre se, consapevole dei vizi, ha comunque ottenuto l'intero prezzo pattuito; così, PETTI G., *Preliminare ad effetti anticipati e revocatoria fallimentare*, cit., 29 ss.

⁴²² Invero, correttamente si evidenzia come proprio la particolare fattispecie del preliminare di vendita di beni altrui abbia consentito una «riconsiderazione» della categoria del contratto preliminare, non più inteso quale mero *pactum de contrahendo*; in questo senso, cfr., le osservazioni di BOLONDI E., *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*, cit., 1402, nt. 30; SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 58; CIMEI F., *In tema di preliminare di cosa parzialmente altrui*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1987; CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 678 ss., in particolare, l'A. rinviene, nelle pronunce giurisprudenziali in tema di preliminare di vendita di beni altrui, la conferma di una mutata considerazione della natura giuridica del contratto preliminare. L'A., in particolare, qualifica l'obbligazione gravante in capo al venditore, quale vera e propria obbligazione di dare (che si aggiungerebbe, dunque, a quella di contrarre) e ciò, a prescindere dal ricorrere di una fattispecie di preliminare di vendita di beni altrui, ovvero dalla presenza di una clausola che imponga l'anticipata esecuzione delle prestazioni del definitivo (salvo la possibilità di individuare, in queste ipotesi, un diverso atteggiarsi del rapporto causa *solvendi-causa venditionis*).

del bene e il suo successivo trasferimento al compratore⁴²³ ma, anche, procurando l'acquisto direttamente dal terzo proprietario⁴²⁴.

Una simile soluzione ha sollevato, tuttavia, l'interrogativo in merito all'individuazione del soggetto al quale si ritenga di dover attribuire la qualifica di venditore. Al riguardo, secondo la tesi maggioritaria sia in dottrina che in giurisprudenza, nonché da ultimo confermata, anche, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nonostante l'effetto traslativo venga prodotto per effetto dell'accordo tra il terzo proprietario e il promissario acquirente, il contratto di

⁴²³ Seguendo l'orientamento tradizionale, che individua nel preliminare un *mero pactum de contrahendo*, il preliminare di vendita di beni altrui dovrebbe, infatti, obbligare le parti ad una successiva vendita di cosa ancora altrui.

⁴²⁴ *Ex multis*, Cass. Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624, cit.; in senso conforme, Cass., 12 novembre 2012, 19612, in *Imm. e propr.*, 2013, 1, 55: «*In tema di contratto preliminare di vendita di cosa altrui, l'obbligo del promittente venditore può essere adempiuto sia mediante l'acquisto della proprietà della cosa da parte sua, con l'automatico ed immediato trapasso della proprietà al compratore, sia mediante la vendita diretta della cosa stessa operata dal terzo proprietario in favore del compratore. In tale ultimo caso, tuttavia, ai fini della valutazione dell'avvenuto adempimento dell'obbligo, è pur sempre necessario che la vendita diretta abbia avuto luogo in conseguenza di un'attività svolta dallo stesso venditore nell'ambito dei suoi rapporti con il proprietario, e che quest'ultimo manifesti, in forma chiara ed inequivoca, la propria volontà di vendere il bene di sua proprietà al compratore e in ragione dell'adempimento da parte di detto proprietario degli obblighi assunti nei confronti del venditore o promittente venditore*». La questione in merito alle modalità attraverso cui potesse essere adempiuto l'impegno preliminare a trasferire un diritto altrui, è stata, in passato, oggetto di accesi scontri giurisprudenziali. Premessa la soluzione positiva al problema testé evidenziato, in caso di conoscenza da parte del promissario acquirente, al momento della stipula del preliminare, della non appartenenza del bene promesso in vendita al promittente alienante, ci si chiedeva tuttavia se, il promittente alienante, nella diversa ipotesi di ignoranza dell'altruità del bene da parte del promissario, potesse pretendere da quest'ultimo l'adesione all'acquisto offerto direttamente dal reale proprietario. L'orientamento diretto a dare risposta negativa a tale questione, si basava, in particolare, su un'applicazione analogica della disciplina di cui all'art. 1479 c.c., che abilita, in tal caso, il promissario acquirente a chiedere la risoluzione del contratto, a meno che il venditore non abbia, nel frattempo, acquistato la proprietà della cosa (così, tra le altre, Cass., 6 luglio 1984, n. 3963, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 7; *contra*, Cass., 27 novembre 2001, n. 15035, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 2023; Cass., 17 gennaio 2002, n. 485, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1596). Intervenute a dirimere il contrasto, le Sezioni Unite, con la sentenza sopra richiamata, hanno, invece, confermato la possibilità per il promittente venditore, indipendentemente dalla conoscenza dell'altruità del bene da parte del promissario acquirente, di adempiere la propria obbligazione procurando l'acquisto al promissario acquirente con la vendita diretta da parte del terzo proprietario ed evitando, così, la necessità di un doppio passaggio del diritto di proprietà sul bene. In particolare, secondo la Corte, nell'ipotesi di contratto preliminare, non troverebbe applicazione la disciplina di cui all'art. 1479 c.c., in quanto, diversamente da quanto accade nella vendita, nell'ipotesi di contratto preliminare l'effetto traslativo non è immediato, sicché il promittente venditore, ove riesca comunque a procurare l'acquisto nel termine stabilito per la conclusione del definitivo, non può ritenersi inadempiente.

compravendita deve, ciononostante, ritenersi intercorrente tra gli originari promittenti (di conseguenza, sarà il promittente venditore ad aver diritto al pagamento del prezzo e sul quale graveranno le obbligazioni di consegna, di garanzia per l'evizione, nonché per i vizi della cosa), mentre il contratto con il quale il terzo proprietario trasferisce al promissario acquirente la proprietà del bene, si configura, invece, quale adempimento del terzo di cui all'art. 1180 c.c., dell'obbligazione di dare assunta dal promittente alienante (e non, dunque, dell'obbligazione primaria di contrarre). Alla base di tale ricostruzione vi è, evidentemente, la convinzione per la quale, con la conclusione di un contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un bene altrui, il promittente assume, nei confronti della controparte, una duplice obbligazione: una principale, diretta alla conclusione del contratto definitivo ed un'altra, strumentale, di procurare l'acquisto del bene al promissario acquirente. E, infatti, ove la Corte avesse qualificato il contratto preliminare quale fonte di un mero obbligo di *contrahere*, destinato, in quanto tale, ad essere assorbito dal definitivo, una volta concluso il contratto definitivo con il reale titolare del bene, solamente quest'ultimo avrebbe assunto la qualità di venditore, con conseguente venir meno di qualsiasi obbligazione in capo al promittente venditore⁴²⁵⁻⁴²⁶.

Le diverse soluzioni offerte dalla giurisprudenza, sia con riferimento alla fattispecie del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, sia con riferimento al contratto preliminare di beni altrui, consentono, pertanto, di confermare come non sia possibile pervenire ad una ricostruzione unitaria della figura della contrattazione preliminare⁴²⁷.

⁴²⁵ In quest'ottica, dunque, avrebbe trovato piena legittimazione un eventuale rifiuto, da parte del promissario acquirente, di prestarsi alla conclusione del definitivo, dal momento che, quest'ultimo, nell'ipotesi, ad esempio, di vizi o difformità del bene, si sarebbe trovato dinanzi ad una non pattuita diminuzione di tutela.

⁴²⁶ Accanto all'orientamento testé illustrato, è tuttavia possibile individuare altre decisioni (sebbene si tratti di pronunce precedenti all'intervento delle Sezioni Unite sopra citato) che hanno ravvisato nel definitivo la sola fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, confermando, in tal modo, l'orientamento tradizionale diretto a negare una natura essenzialmente solutoria del definitivo; così, Cass., 10 marzo 1999, n. 2091, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 124.

⁴²⁷ Così, ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 455 ss., la quale evidenzia come l'esistenza di orientamenti diversi in ordine alla ricostruzione della fattispecie

* * *

Chi scrive ritiene, pertanto, che al problema della ricostruzione della fattispecie in esame non possa darsi risposta univoca.

D'altro canto, non può negarsi che, il ricorso ad un procedimento traslativo che si conclude con un «atto di puro adempimento», alternativo, dunque, a quello tradizionale e culminante con un contratto definitivo destinato a rappresentare la fonte esclusiva (o meglio, principale) dei diritti e degli obblighi delle parti, sia un'«opzione legittima»⁴²⁸, concessa alle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale⁴²⁹.

in esame, trovi la propria giustificazione nella mancanza di omogeneità degli accordi impiegati nella prassi. Per questo motivo, al fine di un corretto inquadramento, è necessario analizzare, di volta in volta, l'effettiva volontà dei contraenti.

⁴²⁸ Così si esprime, PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 154, il quale, tuttavia, individua la presenza di questo procedimento traslativo «alternativo», ogniqualvolta le parti abbiano inteso regolare i loro rapporti ricorrendo all'impiego della figura del preliminare «complesso», in luogo della fattispecie «tradizionale».

⁴²⁹ Al riguardo, cfr. le osservazioni di GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 96 ss., il quale nega la legittimità di una sequenza diretta ad attribuire al preliminare la mera funzione di regolare un trasferimento, rimettendone l'attuazione ad un futuro titolo traslativo. Secondo l'A., una simile ricostruzione non rappresenterebbe una mera eccezione espressamente prevista nel nostro ordinamento, ma determinerebbe una vera e propria breccia, rimettendo all'arbitrio dei privati la possibilità di rovesciare il sistema delineato dalla legge, con conseguenze non trascurabili. La possibilità di individuare nel definitivo un atto diretto esclusivamente alla produzione dell'effetto traslativo, andrebbe, altresì, negata per motivi di ordine sostanziale; e, infatti, sarebbe difficile sostenere che l'interesse concretamente perseguito dalle parti, mediante il ricorso alla sequenza preliminare-definitivo, sia esclusivamente quello di far precedere l'effetto traslativo da una fase di impegno soltanto obbligatorio. Più precisamente, l'A., non intende negare che la prima fase dell'accordo possa essere diretta a produrre un mero obbligo di trasferire, anziché produrre il trasferimento vero e proprio e, tuttavia, la costituzione di un mero obbligo a trasferire al posto del trasferimento (sia pur differito), «non può interessare le parti come fine ultimo, ma soltanto, semmai, come conseguenza». Invero, affermare il contrario sarebbe come ammettere che l'unica funzione della vendita obbligatoria consista nel far precedere l'effetto traslativo da una fase di impegno meramente obbligatorio, laddove il fine sarebbe, invece, quello di subordinare l'effetto reale al soddisfacimento di un determinato interesse. Inoltre, si è osservato che, se la funzione del preliminare si riducesse alla sola possibilità che esso offre di poter contare, prima della produzione dell'effetto traslativo, su una prima fase di impegno meramente obbligatorio, potrebbe seriamente dubitarsi dell'utilità del definitivo; e, infatti, per raggiungere il medesimo risultato, basterebbe considerare il preliminare come un comune contratto ad efficacia traslativa differita, con la previsione di una serie di clausole idonee ad assicurare, nella fase precedente il trasferimento, la situazione di portata meramente obbligatoria voluta dalle parti. «In altri termini, anche la concezione del definitivo come titolo traslativo non riesce a rendere ragione dell'interesse concretamente

Invero, il diverso atteggiarsi dell'accordo in esame nel caso concreto, impedisce qualsivoglia riconducibilità ad unico schema; del resto, l'ammissibilità di differenti configurazioni giuridiche di tali accordi, trova conferma nelle diverse decisioni delle Corti, dalle quali emerge l'esigenza di tener conto, nel singolo caso concreto, del diverso atteggiarsi della volontà delle parti. Solo, dunque, un attento esame della volontà di queste ultime, consentirà di negare alle obbligazioni aggiuntive qualsiasi impegnatività giuridica, per ricondurvi, invece, una mera volontà delle parti di concedersi reciproci vantaggi immediati, la quale può trovare una giustificazione nella fermezza dell'impegno assunto, oltrech  nella certezza della successiva stipula del contratto definitivo⁴³⁰.

Il problema che si   tentato di risolvere in merito all'esatta ricostruzione della figura in esame, non offre, allora, una risposta unitaria per ogni ipotesi di contratto preliminare «complesso»; piuttosto,   la stessa struttura attribuita dalle parti al rapporto negoziale a guidare l'interprete verso l'una o l'altra soluzione⁴³¹, a seconda che il negozio preliminare sia stato da queste ultime voluto come produttivo di un'obbligazione «meramente formale» ovvero gi  «dispositivo sostanziale»⁴³².

In altre parole, per riassumere utilizzando l'espressione di autorevole dottrina «*Sarebbero le parti, nella loro autonomia contrattuale, a optare per una divaricazione strutturale del negozio tipizzato dal legislatore del '42*⁴³³».

L'accertamento se la stipulazione debba essere qualificata come un preliminare, quale accordo diretto alla creazione di un mero vincolo strumentale ai fini della conclusione del successivo contratto, al quale dovranno riferirsi

perseguito dalle parti mediante la previsione della necessit  del definitivo stesso per il prodursi degli effetti giuridici finali».

⁴³⁰ In questo senso, cfr., ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 455.

⁴³¹ Con riferimento alla necessit  di un'analisi strutturale del contratto, cfr., le osservazioni di, SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

⁴³² Cos , PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 150; sul punto cfr., altres , Cass., 9 ottobre 1996, n. 8818, in *Banche dati Pluris*, la quale riconosce che la consegna del bene possa anche non avere il carattere della definitivit ; quest'ultima, infatti, potrebbe anche essere effettuata per soddisfare esigenze particolari e temporanee del promissario acquirente, con conseguente impossibilit  di ritenere consumato l'obbligo di consegna nascente dal definitivo.

⁴³³ Cos , PLAIA A., *op. ult. cit.*, 150.

tutti gli effetti, obbligatori e reali, ovvero se, piuttosto, le parti abbiano voluto riservare al definitivo il mero compito di attuare il trasferimento del diritto, richiederà, dunque, un'attenta indagine in ordine all'effettivo intento dei contraenti⁴³⁴, compiuto mediante le normali regole di interpretazione del negozio, con la precisazione, tuttavia, che l'uso di eventuali espressioni quali, ad esempio, «prometto di concludere un futuro negozio», ovvero, «prometto di trasferire», non è necessariamente indicativo della volontà delle parti verso l'una o l'altra soluzione⁴³⁵.

L'importanza di un corretto inquadramento dell'accordo, lungi dal porsi quale mero esercizio teorico, assume, invero, notevole rilievo pratico e ciò, appare ancora più evidente se si considera che, ad una diversa qualificazione, corrisponderà una diversa tutela a favore del promissario acquirente, oltretutto una differente soluzione in merito alla validità dell'accordo principale, nell'ipotesi di un'eventuale invalidità delle obbligazioni accessorie (e viceversa)⁴³⁶.

2. La causa del contratto definitivo e i rapporti preliminare-definitivo.

⁴³⁴ In una simile prospettiva, sembra, allora, corretto accogliere l'invito di quella dottrina la quale suggerisce di non considerare il singolo atto di autonomia privata in sé e per sé, ma di esaminarlo, piuttosto, nel contesto dell'operazione economica in cui il medesimo è collocato: «*E' infatti nel contesto dell'operazione, nella sua «unità formale», che le diverse componenti dell'atto di autonomia possono trovare una soddisfacente estrinsecazione*» (Così, GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.; quanto al rapporto tra contratto e operazione economica si è detto che «*esso (il contratto) è il titolo giuridico sul quale l'operazione è fondata*», così BIANCA C. M., *Il contratto*, cit., 27-28).

⁴³⁵ Evidenzia la necessità di indagare sull'effettiva volontà dei contraenti, nonostante le espressioni eventualmente impiegate, altresì, BIANCA C. M., *Il contratto*, cit., 186-187; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

⁴³⁶ Evidenziano l'importanza delle conseguenze derivanti da un diverso inquadramento, tra gli altri, ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 457-458; PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, cit., 34.

Si è detto che l'anticipata esecuzione delle prestazioni non è di per sé idonea ad incidere sulla natura del contratto preliminare: solo l'eventuale anticipazione dell'effetto traslativo consentirà di individuare un contratto già definitivo, ove il successivo contratto che le parti si impegnano a realizzare non sarà altro che una mera riproduzione o ripetizione in altra forma, dell'accordo già perfetto.

Tanto premesso, è necessario verificare in che modo il diverso atteggiarsi della fattispecie in esame risulti idoneo ad alterare il tradizionale rapporto preliminare-definitivo; a ben vedere, la questione non è di poco conto, giacché, come anticipato, la diversa soluzione offerta è destinata a ripercuotersi su numerosi aspetti della disciplina applicabile.

In particolare, la diversa qualificazione del contratto definitivo incide, in primo luogo, sulla disciplina dell'invalidità del contratto preliminare e delle sue conseguenze sulla validità del definitivo assetto di interessi⁴³⁷. Infatti, ove si attribuisca al contratto definitivo una funzione meramente solutoria e si individui nel preliminare la fonte esclusiva dei diritti e degli obblighi delle parti⁴³⁸, eventuali vizi del preliminare si riverserebbero direttamente sul definitivo; di contro, dovrebbe affermarsi l'irrilevanza, in sede di stipula del definitivo, sia dei vizi del consenso, quanto dell'eventuale sopravvenuta incapacità di agire. Viceversa, riconoscendo al definitivo una propria autonomia funzionale⁴³⁹, si avrà l'ininfluenza, sullo stesso, dell'invalidità del preliminare⁴⁴⁰ (salvo l'ipotesi di errore di diritto⁴⁴¹).

⁴³⁷ DE RADA D., *Il contratto preliminare di diritti reali immobiliari*, cit., 14 ss.; RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 45.

⁴³⁸ L'orientamento che individua nel contratto preliminare un'ipotesi di vendita obbligatoria, ravvisa, infatti, nel contratto definitivo, un mero atto di adempimento a carattere solutorio, il quale acquista carattere negoziale solo nel momento in cui le parti decidano di innovare il contenuto del rapporto preliminare, dando così vita ad un nuovo contratto, estraneo a quello precedente; secondo questa impostazione, dunque, il definitivo non avrebbe una propria causa interna, ma esterna, costituita dal negozio di cui costituisce l'adempimento.

⁴³⁹ La dottrina e la giurisprudenza prevalenti affermano, infatti, che anche nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati il contratto definitivo sia un vero e proprio contratto, espressione di autonomia negoziale e fonte di tutti i diritti e obblighi delle parti; al riguardo cfr., tra gli altri, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 137 ss.

⁴⁴⁰ LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, cit., 27.

Diversa sarebbe, anche, la soluzione rispetto all'esperibilità dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale; e, infatti, ove si ravvisi nel preliminare la fonte di tutte le attribuzioni patrimoniali e si attribuisca al definitivo natura di mero atto solutorio, l'azione revocatoria ordinaria non potrebbe essere esperita nei confronti di quest'ultimo, dal momento che l'art. 2901 c.c., esclude la revocabilità degli atti di adempimento delle obbligazioni⁴⁴²; di contro, sarebbe revocabile il preliminare, in quanto atto dispositivo potenzialmente lesivo della garanzia patrimoniale (rappresentata dal patrimonio del debitore). Diversamente, ove si attribuisca al preliminare natura meramente preparatoria, un simile rimedio potrà riguardare solo il contratto definitivo, quale unico atto dispositivo dell'intero procedimento⁴⁴³ e, dunque, causa della diminuzione della garanzia patrimoniale del creditore.

Il tema dell'autonomia causale, o meno, del definitivo emerge, altresì, nell'ipotesi di divergenza tra il contenuto del preliminare rispetto a quello del definitivo. Così, ove si ammetta la distinta autonomia strutturale e funzionale dei due contratti, allora il preliminare verrà meno una volta stipulato il definitivo e qualsiasi modifica del regolamento di interessi precedentemente stabilito non avrà alcuna rilevanza. Tuttavia, qualora il definitivo dovesse risultare invalido, gli obblighi derivanti dal preliminare riacquisterebbero efficacia e la parte interessata potrebbe esperire l'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Al contrario, la qualifica del definitivo come

⁴⁴¹ BIANCA C. M., *Il contratto*, cit., 189, il quale evidenzia come la rimozione di un contratto definitivo, stipulato in adempimento di un preliminare invalido, possa comunque ammettersi sotto il profilo dell'errore di diritto; il contraente potrà, pertanto, chiedere l'annullamento del definitivo, qualora l'errore circa la doverosità del preliminare abbia costituito la ragione principale del contratto (art. 1429, n. 4 c.c.). Di contro, non potrà invocarsi l'istituto dell'indebito, in quanto quest'ultimo presuppone un atto esecutivo materiale e, pertanto, risulta inapplicabile rispetto ad un atto contrattuale.

⁴⁴² Con riferimento alle diverse opinioni offerte in merito al significato di tale disposizione, cfr., MARTONE L., *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 11, 1354 ss.

⁴⁴³ Così Cass., 16 aprile 2008, n. 9970, in *Giur. it. Mass.*, 2008; si precisa tuttavia, che mentre la verifica del presupposto oggettivo (*eventus damni*) va compiuta con riferimento al contratto definitivo, il presupposto soggettivo del *consilium fraudis*, deve invece sussistere al momento della conclusione del contratto preliminare (la successiva consapevolezza del pregiudizio arrecato ai creditori sarebbe, infatti, irrilevante, dal momento che non vi sarebbe più la libertà di stipulare il successivo contratto); in questo senso cfr., altresì, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 52.

mero atto di adempimento richiede una riproduzione fedele del contenuto del contratto preliminare, con la conseguenza che, ove questo non sia rispettato e manchi la prova di una comune volontà di modifica, il preliminare manterrà la propria efficacia, sicché un medesimo rapporto sarà regolato da più fonti contrattuali divergenti⁴⁴⁴; in altre parole, nell'ipotesi di difformità tra il contenuto del preliminare e del definitivo, e mancando una diversa volontà espressa, dovrà ritenersi di essere di fronte ad un mancato o parziale adempimento, che non elimina l'obbligo di adempiere il preliminare per la parte non riprodotta⁴⁴⁵.

Tanto premesso, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza in merito all'inidoneità delle clausole di anticipazione degli effetti ad incidere sulla funzione propria del preliminare, anche con riferimento alle ipotesi di anticipata esecuzione delle prestazioni, può, in primo luogo, riconoscersi, nella sequenza preliminare-definitivo, la presenza di un doppio contratto⁴⁴⁶.

A ben vedere, una simile soluzione deve ritenersi valida, non solo con riferimento alle ipotesi in cui le parti si siano obbligate ad un nudo *contrahere*» ma, altresì, in tutti quei casi in cui, secondo l'intenzione delle parti, il

⁴⁴⁴ GAZZONI F, *Il contratto preliminare*, cit., 22; RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 45, il quale evidenzia che nell'ipotesi di difformità tra il contenuto del definitivo e quello del preliminare, opererà – in mancanza di una volontà diversa - una presunzione di mancato o parziale adempimento del preliminare, con la conseguenza che il definitivo incompleto o difforme dovrà essere interpretato con riferimento al preliminare, sicché, quest'ultimo, sarà altresì suscettibile di esecuzione in forma specifica per la parte rimasta inadempita.

⁴⁴⁵ In questo senso cfr., più ampiamente, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 45, e *ivi* ulteriori esempi in cui assume rilevanza la diversa natura del definitivo.

⁴⁴⁶ Di conseguenza, tanto per il preliminare quanto per il definitivo, devono ricorrere tutti i requisiti necessari per la validità del contratto; in questo senso, tra gli altri, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 137 ss., il quale afferma la natura negoziale del definitivo, evidenziandone, in particolare, la funzione di controllo delle sopravvenienze; ROPPO V., *Il contratto*, cit., 620, il quale evidenzia, chiaramente, come «*il preliminare e il definitivo sono due contratti distinti, e separati nel tempo; ma sono anche due contratti legati fra loro in una sequenza concepita come operazione unitaria*»; SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 292; CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 697, il quale rinvia, altresì, all'art. 1376 c.c., che si riferisce ai «*contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata*»; in proposito cfr., altresì, PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, cit., 429, secondo il quale, il contratto definitivo, anche se concluso in adempimento di un obbligo preesistente, sarebbe da configurare come un vero e proprio negozio giuridico (contratto); contra GAZZONI F, *Il contratto preliminare*, cit., 13.

preliminare obblighi immediatamente il promittente venditore al trasferimento del diritto, rimettendo al definitivo la sola produzione dell'effetto traslativo.

Invero, anche con riferimento agli accordi testé delineati, sembra difficile disconoscere la natura negoziale del definitivo per considerarlo, invece, un mero atto traslativo *solvendi causa*⁴⁴⁷. Sembra pertanto più corretto, nonché maggiormente conforme al dettato normativo, continuare ad individuare nel contratto definitivo un vero e proprio contratto. D'altro canto, la stessa formulazione dell'art. 1351 c.c., il quale richiama il «contratto definitivo», nonché dell'art. 2932 c.c., che fa riferimento a «colui il quale è obbligato a concludere un contratto», sembra confermare che il nostro ordinamento ammetta che un contratto sia concluso in adempimento di una precedente obbligazione.

Alla luce di quanto premesso, è, pertanto, possibile ricostruire la sequenza preliminare-definitivo quale fattispecie caratterizzata dalla presenza di due contratti, distinti ma al contempo strettamente collegati: preliminare e

⁴⁴⁷ A sostegno di quest'ultima soluzione si è, invero, affermato che non ci si potrebbe sottrarre alla seguente alternativa: «o il “definitivo” è contratto, e dovrà avere tutti i requisiti negoziali di legge, ma non sarà adempimento di un'obbligazione; o è adempimento di un'obbligazione, e di questo, e non del negozio, avrà presupposti e struttura»; così, MONTESANO L., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, cit., 1177; secondo tale orientamento, dunque, una volta ritenuta dovuta la conclusione del definitivo, non sarebbe possibile ricondurlo alla categoria contrattuale, ovvero, in alternativa, il preliminare dovrebbe essere considerato quale una mera dichiarazione di trattativa. A tale tesi, autorevole dottrina ha tuttavia obiettato che: «le conclusioni in esame presuppongono una fedeltà a tutta prova alla definizione del negozio come strumento immediato di autonomia, e alla ulteriore definizione del contratto come negozio. Esse classificano in base a preoccupazioni dogmatiche rivolgendosi ad una loro propria nozione di negozio, più che alla nozione positiva di contratto, o fanno capo ad una concezione stravagante del valore dell'art. 1376 c.c. Non risulta che alcuna applicazione pratica raccomandi in modo speciale l'adozione di questi schemi teorici»; così, SACCO R., *Il contratto*, cit., II, 270. Si evidenzia, dunque, come nessuna disposizione richieda un'immediata correlazione tra autonomia e contratto, sicché quest'ultimo potrà certamente avere una causa solutoria ed essere, di conseguenza, uno strumento di adempimento della precedente obbligazione; in questo senso, cfr., altresì, BOLONDI E., *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*, cit., 1400; in giurisprudenza, afferma espressamente la presenza di due distinti contratti, *ex multis*, Cass., 20 giugno 2012, n. 10186, cit.: «anche in presenza del cd. preliminare ad effetti anticipati è pur sempre il contratto definitivo, espressione di autonomia negoziale e non mero atto dovuto *solvendi causa*, a produrre l'effetto traslativo reale: restando esclusa la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* (eventualmente, anche mediante atto non negoziale), che era propria del diritto romano ed è tuttora vigente in taluni ordinamenti moderni, come quello tedesco».

definitivo, infatti, «*fanno parte di un'unica sequenza procedimentale diretta alla realizzazione di un'unica operazione finale*⁴⁴⁸».

La circostanza che tutte o parte delle prestazioni tipiche del definitivo si siano già consumate in un momento precedente, solleva, tuttavia, un rilevante interrogativo, dalla cui soluzione derivano conseguenze di notevole rilievo pratico; ci si chiede, infatti, quale sia la causa da riconoscere ad un contratto che si limita a trasferire la proprietà al promissario acquirente, non dando, invece, quest'ultimo, nulla in cambio (poiché ha già adempiuto la propria obbligazione)⁴⁴⁹.

In proposito, può affermarsi, in linea con l'orientamento prevalente, che il definitivo ha una doppia natura⁴⁵⁰; più precisamente, in esso convivono, almeno in astratto, due cause, una causa solutoria, in cui si estingue l'obbligo di contrarre assunto con il contratto preliminare e una causa negoziale, ossia quella che avrebbe se non fosse preceduto dal contratto preliminare e, dunque, una propria causa che si riferisce all'attuazione del programma negoziale prestabilito: lo scambio del «diritto» sul bene contro prezzo, nell'ipotesi di contratto di compravendita.

⁴⁴⁸ Così, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 48.

⁴⁴⁹ Solleva il medesimo interrogativo SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 272.

⁴⁵⁰ Aderiscono a questa soluzione, tra gli altri, ROPPO V., *Il contratto*, cit., 619 ss.; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 26 ss.; VISALLI N., *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.)*, cit., 79 ss.; RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 48; CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 697; contra, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 13 ss., secondo il quale il definitivo sarebbe un mero *modus acquirendi*, come tale caratterizzato da doverosità e, quindi, atto dovuto al pari dell'adempimento: «Solo così la ricostruzione ha un senso, perché se il definitivo fosse contratto ad effetti reali con causa (anche) interna, non vi sarebbe alcuna sostanziale deroga all'art. 1376, deroga che invece è evidente qualora l'effetto reale sia la risultante di un contratto ad effetti obbligatori seguito da un atto dovuto». L'A., tuttavia, evidenzia come, anche escludendo la natura negoziale del definitivo, permarrrebbe quella scissione funzionale che consente un controllo dei presupposti e delle sopravvenienze, in quanto si porrebbe sul piano dell'«esatto adempimento del preliminare di vendita, inteso come vendita obbligatoria».

La prevalenza dell'una o dell'altra causa non può, tuttavia, stabilirsi a priori ed in modo univoco, ma richiede un'indagine concreta in merito all'effettiva volontà delle parti in relazione alla singola vicenda contrattuale⁴⁵¹.

Come anticipato, infatti, anche con riferimento all'ipotesi in cui l'accordo preliminare preveda l'anticipata esecuzione delle prestazioni, le parti possono scegliere di rinviare al momento della conclusione del successivo accordo l'attuazione del definitivo assetto di interessi, ovvero, di riservare al definitivo il mero compito di attuare il trasferimento del diritto. Nel primo caso si avrà, dunque, la prevalenza della *causa solvendi* e, di conseguenza, la valorizzazione della sequenza preliminare-definitivo, mentre, nella seconda ipotesi, si valorizzerà l'autonomia del contratto definitivo⁴⁵².

I rilievi che precedono consentono, pertanto, di giustificare la premessa iniziale circa l'impossibilità a dare una risposta definitiva al problema della ricostruzione della fattispecie in esame; ciò, in quanto, la soluzione di una simile questione richiede un'indagine diretta a definire l'effettiva volontà dei contraenti nel caso concreto.

Da una simile impostazione derivano, nondimeno, alcuni rilevanti corollari con riferimento al rapporto preliminare-definitivo.

Invero, la qualifica del preliminare quale contratto che ha ad oggetto non solo «consensi» ma anche «prestazioni», nonché la configurazione del definitivo quale contratto dotato di una doppia causa, non consente, infatti, di affermare in modo univoco il rapporto tra preliminare e definitivo, e, dunque, la prevalenza dell'uno o dell'altro contratto, ma impone un esame caso per caso, che tenga conto della reale volontà delle parti e del senso dell'operazione

⁴⁵¹ Una simile indagine, essendo relativa all'interpretazione di un negozio e, dunque, al «fatto», è riservata al giudice di merito (l'indagine di cui si parla è pertanto incensurabile in sede di legittimità, salvo i casi di insufficiente motivazione e di inosservanza delle regole ermeneutiche); in proposito, cfr., tra gli altri, SACCO R., *Il contratto*, cit., II, 296.

⁴⁵² Così, ROPPO V., *Il contratto*, cit., 620; SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 293, il quale evidenzia, altresì, come ogniqualvolta le parti, pur consapevoli della nullità del contratto preliminare, si determinino comunque alla conclusione del successivo contratto, si avrà un vero e proprio superamento della *causa solvendi*, in luogo dell'emersione della causa propria del definitivo; in questo senso, altresì, CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 698, il quale osserva come un'eventuale invalidità del definitivo potrebbe, invece, configurarsi nell'ipotesi in cui i contraenti abbiano concluso quest'ultimo contratto per la sola convinzione di esserne obbligati in virtù dell'accordo precedente.

economica nel suo complesso. Di conseguenza, una simile soluzione esclude, altresì, la possibilità di fornire, quantomeno aprioristicamente, soluzioni estreme e, dunque, non consente, né di individuare nel preliminare la fonte esclusiva del regolamento negoziale, con conseguente impossibilità di modifica da parte del definitivo, né, all'opposto, di ritenere che il definitivo assorba completamente il preliminare, il quale, pertanto, verrebbe meno.

E, infatti, poiché il preliminare non è estraneo alla realizzazione del risultato finale, anche nell'ipotesi in cui il preliminare sia la fonte di un mero obbligo a contrarre, l'eventuale difformità di contenuto tra il preliminare e il definitivo non potrà, in ogni caso, risolversi in una sicura prevalenza per il definitivo⁴⁵³, ma richiederà un'indagine in ordine all'effettiva volontà delle parti, onde verificare se queste ultime abbiano inteso sostituire le originarie pattuizioni o se, piuttosto, una tale difformità debba essere interpretata quale mancato adempimento degli obblighi derivanti dal preliminare, così da consentire l'esercizio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c.⁴⁵⁴.

Anche con riferimento al problema della reciproca influenza dei vizi tra i due contratti, deve ritenersi che non sia possibile escludere a priori

⁴⁵³ Ha attribuito sicura prevalenza al contratto definitivo, Cass., 26 ottobre 2001, n. 13267, in *I Contratti*, 2002, 437, con nota di Corriero; Cass., 10 gennaio 2007, n. 233, in *Foro it.*, 2007, 7-8, 1, 2165, ove si evidenzia che, nell'ipotesi di difformità tra il contenuto del contratto definitivo e quello del preliminare, opererebbe la presunzione per la quale le parti, nella loro autonomia contrattuale, hanno voluto un nuovo accordo, sostitutivo del precedente; pertanto, l'eventuale diversa volontà di mantenere alcuni obblighi o prestazioni in precedenza pattuite, deve emergere da un preciso accordo o atto scritto (in presenza di beni immobili), formato contestualmente alla stipula del contratto definitivo. E', poi, possibile individuare un altro orientamento secondo il quale il definitivo non esaurirebbe il contenuto del preliminare, sicché gli ulteriori diritti e obblighi nascenti dal preliminare non verrebbero meno: Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, cit.

⁴⁵⁴ Così, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 49; SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 295-296, il quale evidenzia come il contratto definitivo, in quanto concluso in ottemperanza al precedente obbligo, racchiuda in sé due differenti aspetti, giacché potrebbe comportarsi come contratto obbligatorio, ovvero libero: da una parte, dunque, è adempimento di un obbligo, dall'altra è, invece, un negozio capace di estinguere e sostituire il precedente obbligo. Come atto solutorio, il definitivo che preveda obblighi ulteriori rispetto a quelli contemplati nel preliminare, diverrebbe una prestazione indebita; come atto «autonomo», invece, quest'ultimo «supererebbe» il preliminare, regolando i rapporti tra le parti, anche in modo diverso rispetto a quanto in precedenza pattuito; ROPPO V., *Il contratto*, cit., 620, secondo il quale, il problema della divergenza di contenuto tra i due contratti dovrà essere valutato caso per caso, «ricostruendo volontà delle parti e senso dell'operazione»; Toschi Vespasiani F., *Sull'efficacia di clausole del contratto preliminare non riprodotte nel definitivo*, *I Contratti*, 10, 2007, 874.

un'irrelevanza dell'invalidità del preliminare sul definitivo, ma sarà necessario verificare, di volta in volta, se simili vizi possano o meno incidere sul successivo accordo; in particolare, l'eventuale invalidità del preliminare dovrà ritenersi idonea a ripercuotersi sul definitivo – il quale verrà di conseguenza meno per difetto della causa solutoria – solo ove quest'ultimo si configuri quale mero adempimento dell'obbligo assunto con il precedente accordo. Del pari, nel caso di incapacità di agire di un contraente, sopravvenuta dopo la stipula del preliminare, il definitivo concluso da quest'ultimo dovrà ritenersi annullabile, solo ove lo stesso non si configuri come mero atto necessitato⁴⁵⁵.

3. Sulla disciplina applicabile al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati.

Dopo aver ricondotto la fattispecie del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati alla categoria della contrattazione preliminare, ove le clausole relative all'esecuzione anticipata della consegna del bene e del pagamento del prezzo costituiscono la fonte di mere obbligazioni accessorie a quella principale di concludere il contratto definitivo, deve, ora, esaminarsi la disciplina applicabile.

Si è già detto⁴⁵⁶ delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza con riferimento alle ipotesi in cui il bene anticipatamente consegnato risulti affetto da vizi o difformità. In tal caso, dunque, il promissario acquirente, ove non voglia richiedere la risoluzione del contratto, potrà, come qualsiasi altro creditore, agire per l'esatto adempimento dell'obbligazione, ovvero per la riduzione del prezzo.

⁴⁵⁵ Per ulteriori esempi cfr., ROPPO V., *Il contratto*, cit., 621; SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 294 ss. Non sembra, invece, mutare la soluzione con riferimento all'esercizio dell'art. 2901 c.c., dal momento che l'unica causa della diminuzione della garanzia patrimoniale del creditore rimarrebbe, pur sempre, il contratto definitivo.

⁴⁵⁶ Cfr., sopra, cap. III, sez. I.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento dell'altra parte, intenda agire per la risoluzione del contratto preliminare⁴⁵⁷, egli avrà diritto alla restituzione della somma anticipatamente corrisposta (e il promittente venditore alla restituzione del bene anticipatamente consegnato)⁴⁵⁸, nonché al risarcimento del danno, comprensivo del pregiudizio derivante dalla svalutazione monetaria⁴⁵⁹.

Di contro, ove la risoluzione del contratto preliminare sia imputabile al promissario acquirente, che si rende inadempiente rispetto all'obbligo di corresponsione del prezzo pattuito, il promittente venditore avrà diritto, oltre alla restituzione del bene e degli eventuali frutti⁴⁶⁰, al risarcimento del danno derivante dal mancato godimento dell'immobile. In particolare, poiché per effetto della risoluzione, l'occupazione dell'immobile si configura, fin dall'inizio, come *sine titulo*, il promissario acquirente sarà tenuto a corrispondere l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene, con riferimento all'intera durata dell'occupazione e, dunque, per tutto il tempo compreso tra la data della consegna e quella della restituzione dello stesso; inoltre, il danno da risarcire dovrà essere calcolato tenendo presente, altresì, il

⁴⁵⁷ Se poi, il promittente venditore, pur in presenza, ad esempio, di vizi o difformità, pretenda ugualmente il pagamento del prezzo pattuito, il promissario acquirente potrà avvalersi dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.).

⁴⁵⁸ GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 169, spec. nt. 37, il quale, nell'ammettere che l'accordo di anticipata esecuzione, estraneo al contenuto del preliminare, possa comunque formare oggetto di una precisa convenzione accessoria mediante la quale le parti si impegnano a non ripetere tali prestazioni fino alla conclusione del definitivo, evidenzia, tuttavia, che «*l'inefficacia del preliminare non può che ripercuotersi sulla convenzione ad esso intimamente legata*», dando, così, luogo agli ordinari rimedi restitutori; SACCO R., *Il contratto*, II, cit., 273.

⁴⁵⁹ Si afferma, infatti, che la somma anticipatamente corrisposta, pur essendo oggetto di una specifica obbligazione pecuniaria, dev'essere restituita tenendo presente la rivalutazione monetaria, in quanto, solo in questo modo, il promissario acquirente potrà essere reintegrato nella posizione in cui si trovava al momento della conclusione del preliminare; in questo senso cfr., Cass., 27 gennaio 1996, n. 639, in *Vita not.*, 1996, 854.

⁴⁶⁰ In relazione ai frutti, assume rilevanza la qualificazione del promissario acquirente quale mero detentore qualificato; in caso di restituzione dell'immobile, infatti, non potrà trovare applicazione l'art. 1148 c.c., il quale si riferisce al solo possessore, con la conseguenza che il promissario acquirente sarà tenuto a restituire le utilità percepite fin dall'inizio del rapporto; così, Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, cit.; Cass., 22 giugno 2005, n. 13368, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 1815; inoltre, il promissario acquirente non potrà chiedere il rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie o l'indennità per i miglioramenti apportati al bene, in quanto la norma di cui all'art. 1150 c.c., non è applicabile al detentore e non è suscettibile di applicazione analogica; così, tra le altre, Cass., 6 giugno 2013, n. 14362, in *Banche dati Pluris*; Cass., 22 luglio 2010, n. 17245, cit.; in proposito cfr., *infra*, cap. V, § 5.

danno derivante al promittente venditore sia dal mancato godimento del bene, sia dalla mancata percezione dei frutti sul prezzo pattuito⁴⁶¹.

Anche con riferimento alla fattispecie in esame devono, inoltre, ritenersi senz'altro esperibili sia il rimedio della rescissione del contratto per lesione, sia l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; e, tuttavia, il concreto esercizio di quest'ultimo rimedio risulta, nel caso di specie, fortemente limitato, giacché si esclude che la domanda di cui all'art. 1467 c.c., possa essere proposta ove l'alterazione dell'equilibrio fra le prestazioni sia intervenuto in un momento successivo all'adempimento della propria obbligazione, ovvero al ricevimento della controprestazione⁴⁶².

⁴⁶¹ Cass., 24 novembre 2011, n. 24510, in *CED Cass., 2011*: «*Il promissario acquirente di un immobile, che, immesso nel possesso all'atto della firma del preliminare, si renda inadempiente per l'obbligazione del prezzo, da versarsi prima del definitivo, e provochi la risoluzione del contratto preliminare, è tenuto al risarcimento del danno in favore della parte promittente venditrice, atteso che la legittimità originaria del possesso viene meno a seguito della risoluzione lasciando che l'occupazione dell'immobile si configuri come "sine titolo". Ne consegue che tali danni, originati dal lucro cessante per il danneggiato che non ha potuto trarre frutti né dal pagamento del prezzo né dal godimento dell'immobile, sono legittimamente liquidati dal giudice di merito, con riferimento all'intera durata dell'occupazione e, dunque, non solo a partire dalla domanda giudiziale di risoluzione contrattuale*»; Cass., 8 maggio 2006, n. 10498, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; Cass., 18 gennaio 2002, n. 550, in *Giur. it. Mass.*, 2002; in dottrina, cfr., tra gli altri, TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 79, ove si evidenzia, altresì, che il riconoscimento del risarcimento del danno a favore del promittente venditore è subordinato ad una specifica domanda in tal senso, e ciò in quanto l'obbligo restitutorio non sarebbe conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, ma trarrebbe origine dal venir meno, in conseguenza della pronuncia di risoluzione del preliminare, del titolo che giustificava l'attribuzione patrimoniale (per tale soluzione, cfr. altresì Cass., 25 gennaio 1995, n. 875, in *Giur. it. Mass.*, 1995); di contro, ove la sopravvenuta inefficacia del contratto preliminare sia dovuta alla prescrizione del diritto alla stipula del contratto definitivo, il promissario acquirente sarà tenuto alla restituzione della cosa e agli eventuali frutti e non al risarcimento del danno per il mancato godimento del bene da parte del promittente venditore per il periodo successivo al compimento della prescrizione; in questo senso, cfr., Cass., 3 luglio 2013, n. 16629, cit.

⁴⁶² In questo senso cfr., Cass., 13 giugno 1997, n. 5349, in *Giur. it. Mass.*, 1997 : «*Se le obbligazioni sinallagmatiche del contratto definitivo di compravendita - pagamento del prezzo e consegna del bene - sono state anticipate al momento della stipula del contratto preliminare, non può chiedersi la risoluzione di questo per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), poichè questa norma non è applicabile se l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale delle predette prestazioni è successivo al loro adempimento*»; Cass., 14 dicembre 1982, n. 6858, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 309, 312; per l'esercizio dell'azione si ritiene comunque sufficiente che l'esecuzione di una parte economicamente rilevante della prestazione risulti differita nel tempo; così, Cass., 5 aprile 1974, n. 966, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in genere*, 303. *Contra*, RICCIO A., *Eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja e Branca*, IV, *Delle obbligazioni*, artt. 1467-1469, Bologna-Roma, 2010, il quale, sul presupposto che, pur in presenza dell'anticipata esecuzione delle prestazioni, il preliminare rimanga un

3.1. Anticipata consegna del bene e interessi compensativi.

Il ricorso allo strumento del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati (*rectius* a prestazioni anticipate), ha sollevato il problema in ordine alla possibilità di applicare, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1499 c.c.⁴⁶³

La questione si pone, in particolare, in quelle ipotesi, non rare nella pratica, in cui, a fronte dell'immediata consegna del bene oggetto del contratto, le parti non abbiano previsto l'immediata corresponsione, neppure parziale, del prezzo pattuito.

L'art. 1499 c.c., prevede che, salvo diverso accordo, «quando il bene venduto e consegnato sia produttivo di frutti naturali o civili o di altri proventi in genere, decorrono gli interessi sul prezzo, anche se questo non è ancora esigibile».

Gli interessi previsti dalla disposizione testé richiamata, non presuppongono né l'inadempimento del compratore nel pagamento del prezzo, né la scadenza della relativa obbligazione. La *ratio* della previsione di un tale obbligo, espressamente riconosciuto come derogabile per volontà dei contraenti, dev'essere piuttosto individuata nell'esigenza di ristabilire

negozio ad effetti meramente obbligatori, ammette la possibilità di agire per la risoluzione del contratto preliminare per eccessiva onerosità sopravvenuta fino al momento del verificarsi dell'effetto reale.

⁴⁶³ La disposizione, collocata nell'ambito della disciplina sulla vendita, prevede che, qualora vi sia stata la consegna immediata del bene «fruttifero», non seguita dalla contestuale corresponsione del prezzo pattuito – e salvo non sia diversamente pattuito - l'acquirente è tenuto al versamento, a favore dell'alienante, di determinate somme di denaro a titolo di interessi sul prezzo, così da compensare il vantaggio derivante dalla dilazione di pagamento. Si tratta, dunque, di interessi previsti a titolo compensativo, al fine di garantire la corrispettività delle prestazioni, che vanno, pertanto, tenuti distinti dagli interessi moratori, i quali hanno, invece, finalità risarcitoria e presuppongono il ritardo colpevole nell'adempimento dell'obbligazione; del pari, gli interessi compensativi si distinguono da quelli corrispettivi, i quali, pur avendo anch'essi finalità equitative, presuppongono un debito non solo liquido e certo ma altresì esigibile.

l'equilibrio economico tra le parti e, dunque, nella necessità di compensare il venditore del mancato godimento dei frutti della cosa, consegnata all'acquirente prima di ricevere la controprestazione⁴⁶⁴.

Con riferimento all'applicabilità di tale disciplina, nell'ipotesi in cui l'anticipata consegna del bene derivi dall'esecuzione di un contratto preliminare c.d. «puro», dottrina e giurisprudenza non sono pervenute ad una risposta unitaria⁴⁶⁵.

Al riguardo, è possibile distinguere un primo orientamento⁴⁶⁶ contrario alla possibilità di estendere la disciplina sugli interessi compensativi al contratto preliminare e ciò sul presupposto che, in questi casi, l'anticipata consegna del bene non alteri l'equilibrio contrattuale, diversamente da quanto accade nella vendita definitiva.

Di contro, possiamo individuare una diversa tesi che sostiene l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1499 c.c., in tutte le ipotesi in cui un contraente, creditore di una somma di denaro, abbia eseguito in anticipo la propria prestazione (rispetto a quanto pattuito) e da ciò ne sia derivato un vantaggio per l'altro contraente. Alla luce di ciò, si ritiene che tale disciplina possa, pertanto, trovare applicazione anche al contratto preliminare, ogni qual volta l'anticipata esecuzione della prestazione da parte di uno dei contraenti possa risultare idonea ad alterare l'equilibrio contrattuale⁴⁶⁷.

In questa prospettiva sembra, pertanto, più corretto ammettere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1499 c.c., anche rispetto alla

⁴⁶⁴ Cass., 23 marzo 1991, n. 3184, in *Giur. it. Mass.*, 1991;

⁴⁶⁵ Sull'argomento cfr., altresì, le osservazioni di GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 35-36.

⁴⁶⁶ Cass., 19 aprile 2006, n. 9043, in *Giur. it. Mass.*, 2006, 7-8; Cass., 6 luglio 1999, n. 6967, in *Contratti*, 2000, 125; Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, cit.; in dottrina, ARIETA G., *Sull'applicabilità al contratto preliminare di vendita dell'art. 1499 cod. civ. in tema di interessi compensativi*, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 161 ss., in particolare, l'A. evidenzia come l'obbligazione di corrispondere gli interessi non possa sussistere quando non sia dovuta quella principale di pagare il prezzo.

⁴⁶⁷ Tra le altre, Cass., 23 dicembre 1995, n. 13104, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1340 ss.; Cass., 23 marzo 1991, n. 3184, cit.; App. Roma, 21 ottobre 1975, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 160 ss.; in dottrina BIANCA C. M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, cit., 154, nt. 45; LIBERTINI M., voce *Interessi*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, 110 ss.; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1139-1140.

fattispecie del contratto preliminare, in quanto espressione di un principio di carattere generale che riguarda tutte le ipotesi in cui «*il contraente, creditore di una somma di denaro, abbia eseguito in anticipo la propria prestazione rispetto a quanto era previsto nel contratto, qualora dall'esecuzione anticipata sia derivato un vantaggio patrimoniale alla controparte*»⁴⁶⁸.

Quanto detto non trova, tuttavia, applicazione nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati⁴⁶⁹ e, dunque, ogniqualvolta l'anticipata esecuzione delle prestazioni sia stata oggetto di specifica pattuizione. E, invero, sebbene non si possa negare che nel preliminare di vendita sia già in astratto ravvisabile l'esigenza di tutelare l'equilibrio tra le prestazioni, proprio perché oggetto di specifico accordo, l'anticipata esecuzione delle prestazioni non potrebbe ritenersi di per sé idonea ad alterare l'equilibrio contrattuale⁴⁷⁰.

In questi casi, infatti, è ragionevole ritenere che il vantaggio derivante ad uno dei contraenti dall'anticipata esecuzione della prestazione da parte

⁴⁶⁸ Così LIBERTINI M., *op. cit.*, 110 ss.

⁴⁶⁹ Per un esame delle diverse ragioni che militerebbero a sfavore di un'applicazione analogica della norma alla fattispecie in esame, cfr., in particolare, MUSSI C. A., *Il contratto preliminare di vendita immobiliare "ad effetti anticipati"*, in *I Contratti*, 4, 2015, 387 ss.; l'A., in particolare, osserva che, come più volte affermato dalla giurisprudenza, il presupposto per l'applicazione analogica della disciplina in esame sia il pieno godimento del bene a titolo di proprietà e, pertanto, gli interessi non potrebbero essere richiesti al promittente acquirente, dal momento che, quest'ultimo, diverrà proprietario solo al momento della stipula del definitivo.

⁴⁷⁰ Così, Cass., ord., 2 ottobre 2014, n. 20860, in *Diritto & Giustizia 2014*, 3 ottobre; Cass. 28 maggio 2007, n. 12401, in *Obbl. e contr.*, 2007, 11, 934; Cass., 11 aprile 2005, n. 7419, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4, ove si evidenzia come le concrete modalità di svolgimento del rapporto, unitamente alla previsione di specifiche clausole, ben possono costituire quel "patto contrario" diretto a derogare il dettato normativo; Cass., 13 marzo 2001, n. 3646, in *Giur. it. Mass.*, 2001; Cass., 23 marzo 1991, n. 3184, cit.; Cass., 10 luglio 1991, n. 7637, in *Giur. it. Mass.*, 1991, ove, con riferimento al contratto preliminare ad effetti anticipati, si afferma che «*in tale ipotesi è ragionevole ritenere che il vantaggio dell'acquirente sia stato previsto e considerato nella determinazione del prezzo, onde difetta il fine di riequilibrio delle posizioni economiche delle parti, rispetto al negozio, costituente la ratio della norma citata*»; Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, cit.; *contra*, App. Roma, 21 ottobre 1975, cit.; in dottrina, cfr., tra gli altri, MUSSI C. A., *Il contratto preliminare di vendita immobiliare "ad effetti anticipati"*, cit., 387, il quale evidenzia come nelle fattispecie in esame, le parti, spostando il pagamento nel tempo, renderebbero il credito del prezzo inesigibile fino a quel momento; pertanto, non vi sarebbero ragioni per compensare il promittente venditore per il mancato godimento di qualcosa di cui lui stesso ha deciso di privarsi prima di ricevere il corrispettivo.

dell'altro, abbia già inciso sulla determinazione del prezzo; inoltre, non può neppure escludersi che tale vantaggio sia stato previsto a titolo gratuito⁴⁷¹.

In questi casi, dunque, il decorso automatico degli interessi compensativi, potrebbe essere esso stesso causa di un'alterazione dell'equilibrio contrattuale rispetto a quanto voluto dalle parti.

Si afferma, tuttavia, che, ove le parti abbiano fissato un termine per la stipula del definitivo, l'eventuale ritardo addebitabile al promissario acquirente (ancorché dovuto a causa a lui non imputabile), potrebbe giustificare la pretesa del promittente venditore alla corresponsione degli interessi compensativi⁴⁷².

4. La proposta di un diverso *nomen iuris*.

Giunti a questo punto dell'analisi in merito all'inquadramento giuridico di quella fattispecie di contratto preliminare con il quale le parti si obbligano, altresì, all'esecuzione anticipata delle prestazioni, sembra opportuno

⁴⁷¹ Per esempio per incentivare l'altro contraente all'acquisto del bene; così CENNI D., *op. ult. cit.*, 1139; MARIANELLO M., *Consegna anticipata del bene e corresponsione degli interessi compensativi*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 2, 123 ss.

⁴⁷² In questo senso, Cass., ord., 2 ottobre 2014, n. 20860, cit.: «*Nell'ipotesi di contratto preliminare di compravendita, il promittente venditore, mentre non ha diritto agli interessi compensativi ex art. 1499 c.c. per il periodo intercorrente tra la data della consegna del bene e quello della stipulazione del contratto definitivo prevista per la corresponsione del saldo del prezzo quando la consegna immediata del bene sia avvenuta per una specifica clausola del contratto preliminare, ha invece diritto agli interessi per il periodo successivo alla data prevista per detta stipulazione, ancorché il promittente acquirente abbia ritardato il pagamento del saldo per causa a lui non imputabile o avvalendosi dell'eccezione d'inadempimento*»; Cass. 28 maggio 2007, n. 12401, cit.; Cass., 6 luglio 1999, n. 6967, cit.: «*nell'ipotesi di contratto preliminare di compravendita il promittente venditore non ha diritto agli interessi compensativi, ex art. 1499 c.c., per il periodo intercorrente tra la data della consegna del bene e quella della stipulazione del contratto definitivo prevista per la corresponsione del saldo del prezzo (quando la consegna immediata del bene sia avvenuta per una specifica clausola del contratto preliminare), mentre ha diritto agli interessi per il periodo successivo alla data prevista per detta stipulazione sul presupposto, comunque, che sia provata la certezza e definitività del prezzo, anche se non ancora esigibile*»; Cass., 10 novembre 1989, n. 4775, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 442: «*Ove il pagamento del prezzo sia stato convenuto per una data o correlato ad un evento (...) successivo alla consegna del bene all'acquirente, gli interessi saranno dovuti dal momento in cui, con la scadenza di detta data o il verificarsi di tale evento, il credito della somma capitale sia divenuto, oltre che liquido, anche esigibile*».

evidenziare l'improprietà della formula adottata per identificare tali tipi di accordi.

Non può negarsi, infatti, che l'impiego di una diversa definizione per distinguere le ipotesi di preliminare caratterizzate dall'anticipata esecuzione delle prestazioni, potrebbe offrire un valido supporto al fine di eliminare i numerosi dubbi che ancora oggi solleva la fattispecie negoziale in esame.

Invero, in passato, la nozione «contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati», traeva il proprio fondamento dalla convinzione che le prestazioni oggetto di anticipata esecuzione non avessero origine nel contratto preliminare ma nel definitivo⁴⁷³.

Successivamente, la locuzione «ad effetti anticipati» è rimasta nell'uso sia giurisprudenziale che dottrinale, nonostante sia stata, pressoché unanimemente, accolta l'opposta opinione che individua la fonte di tali obbligazioni direttamente nel preliminare. Appare, infatti, chiaro come il contratto preliminare in esame non anticipi gli effetti del definitivo, ancora da stipularsi, bensì le prestazioni tipiche di quest'ultimo e, dunque, con specifico riferimento ai contratti preliminari di vendita – come detto, ambito di applicazione più diffuso della fattispecie in esame – le obbligazioni di consegna del bene e di pagamento del prezzo⁴⁷⁴.

Se, dunque, le ragioni delle difficoltà che si possono incontrare nell'accogliere una diversa qualificazione, possono essere giustificate dalla volontà di rimanere fedeli ad una ormai annosa tradizione, non altrettanto può

⁴⁷³ In proposito, cfr., *supra*, sub cap. I, § 1.

⁴⁷⁴ Con riferimento all'improprietà dell'espressione usata, cfr., altresì, NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 168; DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, cit., 828; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1119; in giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.; BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, Torino, 2007, 132; PITTELLA D., *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, cit., 60; PUPPO C. A., *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso «ad usucapionem»*, in *Foro It.*, 2009, 3158.

dirsi per la capacità, dell'espressione testé richiamata, di evidenziare sul piano fattuale le differenze rispetto alla contrattazione preliminare «pura»⁴⁷⁵.

A tal fine non può, tuttavia, accogliersi la diversa definizione di contratto preliminare «impuro», anch'essa apparsa in qualche pronuncia delle Corti e ciò, in quanto, tale formula sembrerebbe rinviare ad una fattispecie «atipica», contraria, dunque, ai risultati della presente trattazione.

Per questi motivi, appare più corretto e, ancor prima, maggiormente utile, riferirsi alla figura negoziale in esame – ossia a quella «variante» del contratto preliminare caratterizzata dall'anticipata esecuzione delle prestazioni – con la formula «contratto preliminare complesso», anch'essa, spesso, impiegata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, cit., 12 ss, (spec. p. 30), secondo la quale, tuttavia, tale formula avrebbe, addirittura, contribuito ad occultare un procedimento contrattuale molto più complesso e distante rispetto alla fattispecie «pura».

⁴⁷⁶ Una simile definizione non deve, tuttavia, creare confusione rispetto alla diversa categoria del negozio complesso.

CAPITOLO QUINTO

LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA POSIZIONE DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE IMMESSO ANTICIPATAMENTE NEL GODIMENTO DELLA *RES*

SOMMARIO: Premessa. L'importanza dell'esatta identificazione delle prerogative di cui gode il promissario acquirente rispetto al bene oggetto di anticipata consegna. – 1. La posizione del promissario acquirente nel pensiero dottrinale e giurisprudenziale. – 2. Possesso e detenzione. – 2.1. L'interversione del possesso. – 3. Sulla natura giuridica del possesso e sulla configurabilità della «vendita del possesso». – 4. Il trasferimento del possesso nell'ambito di alcune particolari figure negoziali tendenti al trasferimento del diritto reale. – 5. Ricostruzione della posizione del promissario acquirente alla luce della natura del contratto preliminare «complesso».

Premessa. L'importanza dell'esatta identificazione delle prerogative di cui gode il promissario acquirente rispetto al bene oggetto di anticipata consegna.

Controversa è la natura del potere del promissario acquirente rispetto al bene anticipatamente consegnato.

La questione, a ben vedere, presenta numerose e importanti conseguenze, dal momento che, il nostro ordinamento, prevede una disciplina del possesso che non è applicabile alla detenzione. In particolare, la qualificazione del potere del promissario acquirente in termini di possesso, consentirebbe l'operare della disciplina di cui agli artt. 1158 c.c. e ss.,

permettendo, così, l'acquisto del bene per usucapione nell'ipotesi di mancato perfezionamento del contratto definitivo.

Una simile soluzione consentirebbe, altresì, il riconoscimento degli altri *commoda possessionis* a favore del promissario acquirente.

In proposito può, anzitutto, richiamarsi la disciplina di cui all'art. 1148 c.c., per la quale il possessore di buona fede è tenuto unicamente alla restituzione dei frutti percepiti dal giorno della domanda giudiziale fino alla consegna del bene, ovvero quella prevista dall'art. 1150 c.c, che attribuisce al possessore, in caso di restituzione del bene, il diritto al rimborso delle spese fatte per riparazioni straordinarie ed all'indennità per i miglioramenti apportati⁴⁷⁷, quella di cui all'art. 1170 c.c., che consente al possessore che abbia subito turbative nel possesso, ovvero uno spoglio non violento o non clandestino, di richiedere, rispettivamente, la manutenzione del possesso o la sua reintegrazione⁴⁷⁸ o, ancora, l'ulteriore tutela cautelare offerta dalle azioni di nunciazione di cui agli artt. 1171 e 1172 c.c.

1. La posizione del promissario acquirente nel pensiero dottrinale e giurisprudenziale.

In merito alla qualificazione giuridica della posizione del promissario acquirente rispetto al bene anticipatamente consegnato, non è possibile

⁴⁷⁷ Con riferimento agli effetti del possesso, cfr., tra gli altri, MONTEL A., *Il possesso*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., vol. V, T. IV, 2° ed. agg., Torino, 1962, 246 ss. e Id., voce *Possesso (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XIII, 1957, 374 ss. Sulla differenza tra miglioramenti e addizioni, cfr., tra gli altri, Id., *op. ult. cit.*, 384, il quale chiarisce come le seconde, a differenza delle prime, diano luogo ad una nuova entità.

⁴⁷⁸ Discussa è, invece, la possibilità di ammettere l'esperibilità dell'azione inibitoria di cui all'art. 844 c.c., a favore del possessore. In argomento, cfr., Cass., 11 novembre 1992, n. 12133, in *Foro it.*, 1994, I, 205 ss., con nota di LENER G., *Immissioni "intollerabili" e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'«actio negatoria»*. *La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati"*, in *Foro it.*, 1994, I, 206 ss.

individuare, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁴⁷⁹, uniformità di opinioni⁴⁸⁰.

La giurisprudenza sfavorevole all'individuazione di una situazione possessoria, ha, per lungo tempo, giustificato una simile soluzione, in

⁴⁷⁹ Hanno riconosciuto a favore del promissario acquirente la presenza di una situazione di mera detenzione, tra le altre, Cass., 9 giugno 2011, n. 12634, cit.: «*Nel contratto preliminare di vendita d'immobile, ancorché siano previsti la consegna del bene e il pagamento del prezzo prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica di per sé l'anticipazione di tutti gli effetti traslativi del contratto definitivo, se il giudice di merito, ricostruendo la comune intenzione delle parti (...), accerti che trattasi di contratto preliminare (...) con alcuni effetti anticipati, ma comunque senza effetto traslativo, in quanto la disponibilità del bene ha luogo nella piena consapevolezza dell'altruità della cosa*»; Cass., 22 marzo 2011, n. 6489, in *Ced. Cass.*, 2011; Cass., 1 marzo 2010, n. 4863, cit.; Cass., 25 gennaio 2010, n. 1296, cit.; Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, cit.; Trib. Nola, 24 marzo 2009, in *Giur. merito* 2009, 10, 2468; Cass., 14 novembre 2006, n. 24290, cit; Cass., 22 giugno 2005, n. 13368, cit.; Cass., 6 agosto 2004, n. 15145, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 451, con nota di De Tilla; Trib. Cagliari, 28 ottobre 2003, in *Riv. not.*, 2004, II, 1195, con nota di Onano, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di immobili*; Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, cit., secondo la quale: «*Nel contratto preliminare ad effetti anticipati (...) la disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente ha luogo con la piena consapevolezza dei contraenti che l'effetto traslativo non s'è ancora verificato, risultando, piuttosto dal titolo l'"altruità" della cosa. Ne consegue che deve ritenersi inesistente nel promissario acquirente l'"animus possidendi", sicché la sua relazione con la cosa va qualificata come semplice detenzione*»; Cass. 30 maggio 2000, n. 7142, in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 698 ss.; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Possesso*, 29; Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 855; Cass., 11 novembre 1992, n. 12135, in *Foro it.*, 1994, 205; Cass. Regno, 10 luglio 1929, n. 2681, cit. Favorevoli alla trasmissione del possesso: Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, cit.; Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, cit.; Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Riv. not.*, 2001, 3, 721 ss.; Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 522 ss.; Cass., 26 marzo 1997, n. 2655, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, 422; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, cit.; Cass., 9 settembre 1991, n. 9478, in *Giur. it. Mass.*; Cass., 4 maggio 1990, n. 3716, in *Banche dati Pluris*. Per una rassegna giurisprudenziale in materia cfr., ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 441 ss.; SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, cit., 1050 ss.; DE TILLA M., *Anticipata consegna del bene al promissario acquirente*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1819.

⁴⁸⁰ In via di prima approssimazione, è possibile operare una prima parziale distinzione tra i diversi filoni di pensiero a seconda della ricostruzione offerta in merito alla natura del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati. Così, individuano la presenza di una posizione di mera detenzione, tutti coloro che ritengono che il contratto preliminare con anticipata esecuzione delle prestazioni sia da ricondurre alla medesima fattispecie del preliminare c.d. puro; in tal caso, infatti, non essendosi ancora verificato l'effetto reale, vi sarà un titolo che implica la presenza di una situazione creditoria ovvero, volendo porre l'accento sull'*animus*, di un titolo che implica il riconoscimento dell'altruità del bene. Diversamente, per coloro i quali intendono la fattispecie in esame alla stregua di un contratto definitivo, sia pure ad efficacia parzialmente differita, la posizione del promissario acquirente dovrà valutarsi in termini di possesso, giacché con la consegna del bene si realizzerebbe immediatamente l'effetto traslativo; in questo senso, cfr., la ricostruzione di MUSSI C. A., *Il contratto preliminare di vendita immobiliare "ad effetti anticipati"*, cit., 381; sulla posizione del promissario acquirente cfr., altresì, le riflessioni di GRASSI U., *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie a qualificazione plurima*, Napoli, 2006, 169 ss.

particolare sul presupposto dell'assenza dell'*animus possidendi* in capo al promissario acquirente, ritenuto, invece, elemento indispensabile del possesso⁴⁸¹; il promissario acquirente, infatti, nonostante l'anticipata consegna, sarebbe pienamente consapevole dell'altruità del bene, dal momento che l'effetto traslativo si realizzerà solo al momento della stipula del contratto definitivo.

La giurisprudenza in alcune pronunce ha, altresì, posto l'accento sulla natura reale, ovvero obbligatoria, della convezione mediante la quale le parti concedono il godimento di un determinato bene, giacché solo una convenzione idonea a produrre effetti reali sarebbe in grado di determinare l'*animus possidendi* in capo al promissario acquirente⁴⁸².

A differenza del precedente orientamento, dunque, quest'ultimo individua una situazione di mera detenzione avendo riguardo al titolo,

⁴⁸¹ Cass., 14 novembre 2006, n. 24290, cit.; Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, cit.; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533, cit. L'orientamento maggioritario considera, infatti, l'*animus possidendi*, l'elemento principale che distingue il possesso dalla detenzione. In questo senso, tra gli altri, MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, VIII, 1982, 432; *contra*, nega l'essenzialità dell'*animus*, tra gli altri, FUNAIOLI C. A., *L'animus nel possesso e il dogma della volontà*, in *Giust. civ.*, 1951, 27, secondo l'A., l'elemento di distinzione tra possesso e detenzione andrebbe, piuttosto, individuato nel «*titolo, che dalla volontà o dalla legge si desuma: nell'autonomia o nella dipendenza obiettiva del possesso e dal potere di fatto altrui. Il detentore non ha e soprattutto non può avere un animus possidendi; in questo senso l'animus è subordinato al titolo, e a nulla varrebbe in contrario la prova di una diversa volontà se non attuata nelle forme necessarie appunto per mutare il titolo. Perciò, quando si dice che nel possesso o nella detenzione è richiesto un determinato animus (domini o possidendi o detinendi, o di tenere la cosa come proprietario, usufruttuario ecc.), s'intende assai spesso in realtà (..) che è richiesto un determinato titolo (che è la qualifica giuridica del fatto). E' in definitiva il corpus, come potere di fatto nei confronti altrui in base al titolo della detenzione o del possesso che di volta in volta la legge prende in considerazione*». Sul punto, cfr., altresì, gli autori citati *infra*.

⁴⁸² Cass., 1 marzo 2010, n. 4863, cit.; Cass. 30 maggio 2000, n. 7142, cit.: «*deve (...) escludersi che, nell'ipotesi in cui il godimento dell'immobile sia stato disposto nei confronti del promissario acquirente con apposita clausola del contratto preliminare, la disponibilità del bene da parte di quest'ultimo possa valere come esplicitazione del possesso "ad usucapionem", essendo il preliminare un contratto ad effetti obbligatori e non reali*»; Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, cit.; Cass., 6 agosto 2004, n. 15145, cit.; Cass., 11 novembre 1992, n. 12133, cit.; Cass., 27 gennaio 1983, n. 741, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 1. Sul punto, cfr., altresì, SACCO R-CATERINA F., *Il possesso*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, III ed., 2014, 115, ove si evidenzia come fino al momento del trasferimento del diritto esiste un mero diritto di credito che esclude come tale la tutela di cui all'art. 1140 c.c.

meramente obbligatorio, in virtù del quale il promissario acquirente riceve l'anticipata consegna del bene.

Ad ogni modo, entrambe le soluzioni si basano sul principio secondo il quale il possesso è una mera posizione di fatto e non di diritto e, pertanto, esso non è trasmissibile, considerato che «*un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'animus possidendi (...), cioè da un elemento che, per la sua soggettività, può essere proprio soltanto di colui che attualmente possiede e non di chi ha posseduto in precedenza*»⁴⁸³. Ai fini dell'acquisto del possesso è, pertanto, necessario che il soggetto inizi a svolgere l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, e ciò può avvenire sia a seguito dell'apprensione del bene, unilateralmente e contro la volontà del precedente possessore, sia a seguito della consegna effettuata in relazione ad un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale (e, dunque, anche nullo); ad ogni modo, deve ritenersi che, anche in quest'ultimo caso, si avrebbe un acquisto a titolo originario e non derivativo del possesso, nonostante sussista il consenso e la partecipazione del precedente possessore⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, in *Banche dati Pluris*; Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

⁴⁸⁴ Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, cit., «*Quindi esattamente si è affermato in dottrina che ciò che si trasferisce è solo l'oggetto del possesso, il quale invece, "non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio", e, perciò l'acquisto a titolo derivativo del possesso è un'espressione da usarsi solo in senso empirico e traslato*». D'altra parte, anche chi propende per la tesi contraria riconosce che di acquisto derivativo possa parlarsi «*soltanto per sottolineare che l'acquisto del possesso ha luogo con l'assenso e la partecipazione del precedente possessore e non con il solo contegno di colui che acquista il possesso, come accade nell'apprensione*»»; Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit. Invero, la dottrina si è a lungo interrogata in merito ai modi di acquisto del possesso. In proposito, l'orientamento maggioritario appare fermo nel ritenere che, anche ove il trasferimento del possesso avvenga con il consenso del precedente possessore e, dunque, non tramite apprensione unilaterale, si avrà comunque un acquisto a titolo originario, giacché l'acquisto del possesso presuppone sempre l'inizio di una precisa attività sul bene. Il riferimento ai modi di acquisto a titolo derivativo avrebbe, pertanto, mero valore descrittivo, giacché non si diventerebbe possessori per effetto del mero consenso, quanto, piuttosto, attraverso la realizzazione del comportamento di cui all'art. 1140 c.c.; (al riguardo cfr., ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F. D., Milano, 2003, 74 ss., il quale evidenzia che «*anche nel c.d. acquisto derivativo è comunque pur*

Di contro, le decisioni dirette a riconoscere l'acquisto del possesso in capo al promissario acquirente, evidenziavano come nella fattispecie in esame, seppur ad effetti meramente obbligatori, le parti, nel prevedere l'anticipata consegna del bene e la contestuale corresponsione (in tutto o in parte) del corrispettivo, intendessero anticipare gli effetti del definitivo⁴⁸⁵.

Il filone giurisprudenziale testé citato poneva, dunque, l'accento sulla circostanza per la quale, il contratto preliminare ad effetti anticipati esprime, senz'altro, un comune proposito di trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale, rispetto alla quale risulta, pertanto, compatibile il passaggio immediato del possesso⁴⁸⁶.

sempre necessaria un'attività ai fini dell'acquisto del possesso, in quanto la messa a disposizione del bene pone solo il presupposto per l'atto instaurativo del possesso, che si configura quindi sempre in modo autonomo, non potendosi concepire la «trasmissione» di un comportamento o comunque un dato fattuale qual è il possesso»; MONTEL A., Il possesso, cit., 215 ss.; PROTETTI E., Acquisto, conservazione e perdita del possesso, in Montel-Protetti, Possesso e azioni possessorie nella giurisprudenza, in Racc. sist. Giur. comm., diretta da Rotondi, XI, Padova, 1970, 165; GRASSO G., La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori, in Contr. impr., 2002, 726; GRASSI U., La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie a qualificazione plurima, cit., 152 ss.; cfr., tuttavia, le osservazioni di TROISI B., Circolazione del possesso e autonomia privata, in TROISI B. – CICERO C., I possessi, in Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato, diretto da P. Perlingeri, Napoli, 2005, 230 ss., secondo il quale, le obiezioni mosse alla configurabilità dell'acquisto a titolo derivativo del possesso, non terrebbero in considerazione la circostanza che l'«acquisto a titolo derivativo» oltre che traslativo possa essere anche costitutivo o novativo. In particolare, l'acquisto derivativo del possesso, farebbe riferimento «alla possibilità di accesso al bene» e, con essa, alla situazione giuridica soggettiva possessoria).

⁴⁸⁵ *Ex multis*, Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, cit.; Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, cit.; Cass., 1 ottobre 1997, n. 9560, cit.: «In una siffatta evenienza negoziale la clausola accessoria di quel contratto non è diretta a trasferire il mero godimento personale della cosa - che si realizza a mezzo della attribuzione della detenzione, caratterizzando di conseguenza la consegna del bene - ma è funzionale ad un comune intento del trasferimento in avvenire della proprietà ed al quale è coerente il passaggio immediato del possesso costituendo questo una mera anticipazione voluta dalle parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, dell'effetto giuridico finale che quelle si sono ripromesse di realizzare con il contratto preliminare di vendita».

⁴⁸⁶ Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, cit.; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, cit., ove si evidenzia come nelle convenzioni con le quali, pur essendo ad effetti meramente obbligatori, le parti tendono a realizzare il trasferimento della proprietà del bene, tra le quali rientrerebbe anche quella del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, «la convenzione non tende solamente ad attribuire il godimento del bene ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso, che costituisce solo un'anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito»; Trib. Cagliari, 11 maggio 1985, cit., ove si evidenzia come nell'ipotesi di contratto preliminare ad effetti anticipati, la posizione del promissario acquirente, rispetto al bene oggetto di anticipata consegna, dovrebbe qualificarsi in termini di possesso e non di mera detenzione, in quanto

La stessa giurisprudenza ha, inoltre, più volte precisato, che la consapevolezza dell'altruità della cosa non è idonea ad escludere la presenza dell'*animus rem sibi habendi* e, dunque, della volontà di comportarsi come se si fosse proprietario del bene⁴⁸⁷.

* * *

Anche in dottrina sembra prevalere l'orientamento diretto a negare l'acquisto del possesso in capo al promissario acquirente⁴⁸⁸. In proposito, si è in

sarebbe configurabile, in capo a quest'ultimo, un vero e proprio *animus possidendi*; a parere dei Giudici, infatti, attraverso la conclusione di un simile contratto, i contraenti anticiperebbero l'esecuzione dell'obbligazione di cui all'art. 1476, n. 1, c.c., sicché l'effetto della consegna è, in questo caso, quello reale e non quello obbligatorio tipico della detenzione, non essendo previsto l'obbligo di restituzione, salvo l'ipotesi di risoluzione; in senso critico cfr., LOCHE L., *Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 838, la quale evidenzia come, nella pronuncia in esame, i giudici partano dall'errato presupposto per cui l'anticipata esecuzione delle prestazioni rappresenterebbe un'anticipazione degli effetti della vendita definitiva, laddove si tratterebbe, invece, di «*meri effetti materiali ed economici*»; in senso critico, tra gli altri, altresì, GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit., 734, il quale evidenzia come gli orientamenti in esame siano diretti ad assegnare effetti attributivi della disponibilità possessoria al mero accordo delle parti, mentre la consegna viene considerata alla stregua di un «*atto neutro o negozio astratto, che non richiede affatto il requisito del fondamento causale*», quasi che, in tal modo, il possesso ottenuto mediante consegna potesse prescindere dal diritto reale di cui dovrebbe costituire esercizio e quindi dal titolo astrattamente idoneo (...) a trasferirlo o costituirlo».

⁴⁸⁷ Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, cit.; Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, cit.: «*Essendo (il possesso) ricollegato, sia sotto il profilo materiale (corpus) che sotto quello psicologico (animus) ad una situazione di fatto, il possesso non è escluso, dunque, dalla conoscenza del diritto altrui, né è subordinato all'esistenza della correlativa situazione giuridica*»; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, cit.

⁴⁸⁸ In questo senso, tra gli altri, GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, cit., 170, nt. 38, secondo il quale con la consegna anticipata del bene si attuerebbe il trasferimento della mera detenzione, in quanto non è possibile individuare, nella previsione dell'anticipata esecuzione delle prestazioni, un «atto dispositivo in senso tecnico»; DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitiva di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, cit., 623 ss.; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1140 ss.; CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1005 ss.; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II cit., 527, nt. 13; SACCO R-CATERINA F., *Il possesso*, cit., 116, ove si evidenzia come il promissario acquirente che ha diritto di ricevere la proprietà del bene oggetto del preliminare, è pur sempre un creditore; quest'ultimo, dunque, avrebbe un mero diritto personale, e non già reale, rispetto al bene oggetto di anticipata consegna; Id., in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 281; UGOLINI S., *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e*

primo luogo evidenziato come la consegna del bene venga effettuata in virtù di un contratto ad effetti meramente obbligatori e non, dunque, in relazione ad un titolo idoneo a trasferire il diritto reale⁴⁸⁹; il promissario acquirente, pertanto, eserciterebbe sul bene un diritto personale e non reale.

compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?, cit., 86; RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 59; DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, cit., 623; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 31 ss.; GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit., 734; BIANCA C. M., *La vendita e la permuta* cit., 149, sub nt. 5, secondo il quale ove il pagamento anticipato del prezzo risulti in funzione della consegna anticipata del bene, il rapporto tra dante causa e accipiens dovrebbe essere qualificato in termini di locazione; ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 91-92; LUMINOSO A., *La vendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, 657; CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1019; RE A., *Preliminare ad effetti anticipati*, in *Imm. e propr.*, 10, 2010, 620; CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, cit., 556-557, il quale, tuttavia, non esclude una diversa qualificazione, in relazione al contesto del contratto preliminare programmato; CALISAI F., *Lo “smembramento” del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 193; BOZZI G., *I contratti preparatori*, cit., 143 ss.; TOMMASINI M., *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*, Milano, 2012, 121 ss.; per una ricognizione delle diverse posizioni dottrinali, cfr., invece, ONANO A., *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*, in *Riv. Not.*, 2004, V, 1201 ss.

⁴⁸⁹ Così, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32 ss.; RE A., *Preliminare ad effetti anticipati*, cit., 620; TAMBORRINO A., *Contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati, tra possesso e detenzione ed usucapibilità del bene immobile*, cit., 373; al riguardo, può richiamarsi quanto affermato da MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 186, secondo il quale: «se in adempimento di una clausola del contratto, l'alienante consegna immediatamente la cosa all'acquirente (...) [quest'ultimo] acquista per intanto un possesso “precario”, che non è vero possesso, mancando l'animo di tenere la cosa come propria (...) ma semplice detenzione, sia pure nell'interesse proprio»; in proposito, cfr., altresì, le osservazioni di TIMPANO E., *Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, cit., 1096, in particolare, l'A., partendo dalla ricostruzione da ultimo offerta dalle Sezioni Unite in termini di collegamento negoziale, invita ad avere riguardo al tipo di negozio collegato al preliminare dal quale deriva la legittimazione del godimento del bene da parte del promissario acquirente. Così, se il contratto collegato al preliminare è un negozio ad effetti obbligatori, quale un comodato ovvero una locazione, non potrà che configurarsi una mera detenzione. Diverso sarebbe, invece, ove il contratto collegato al preliminare fosse costitutivo, ad esempio, dell'usufrutto ovvero di un altro diritto reale limitato; la soluzione, sebbene in apparenza improbabile – dal momento che sarebbe contraddittorio un accordo con cui le parti intendano, da un lato rinviare il trasferimento della proprietà e, dall'altro, costituire immediatamente un diritto reale minore –, farebbe comunque sorgere, in capo al promissario acquirente, una situazione di possesso corrispondente al diritto reale minore trasferito.

Allo stesso modo, parte della dottrina ha evidenziato come il contratto preliminare dia inizio ad una sequenza procedimentale diretta alla produzione dell'effetto traslativo, destinata a concludersi solo con la stipula del contratto definitivo (ovvero con la pronuncia della sentenza *ex art. 2932 c.c.*), sicché è solo all'esito di tale sequenza che potrà aversi il trasferimento della proprietà e, di conseguenza, del possesso⁴⁹⁰.

In particolare, si ritiene che ai fini della qualificazione del potere del promissario acquirente, nessun rilievo assumerebbe la «consegna» del bene.

La consegna, infatti, secondo l'orientamento maggioritario, rappresenterebbe un atto neutro non negoziale, con il quale si mette a disposizione dell'*accipiens* la cosa e, pertanto, non idoneo a qualificare la posizione giuridica di quest'ultimo, cosicché ai fini dell'acquisto del possesso è necessario che la consegna sia posta in relazione ad un titolo che costituisca o trasferisca il diritto reale⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 59.

⁴⁹¹ La consegna, dunque, secondo l'opinione prevalente, sarebbe un mero atto neutro non negoziale, mediante il quale si trasmette la materiale disponibilità del bene, senza che allo stesso possa assegnarsi un valore giuridico idoneo a qualificare la posizione di colui il quale riceve la *res*; al riguardo, cfr., NATOLI U., *Il possesso*, Milano, 1992, 102, secondo il quale la consegna indica semplicemente «una operazione materiale, che si esaurisce nella sostituzione di un soggetto (*tradens*) con un altro (*accipiens*) nella relazione fisica con la cosa»; PROTETTI E., *Acquisto, conservazione e perdita del possesso*, cit., 165: «la consegna della cosa non importa una successione giuridica e (...) essa non ha alcuna rilevanza se non si attua la reale disponibilità di fatto della cosa da parte di colui che acquista il possesso»; ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 141, il quale evidenzia che il possesso, in quanto attività non trasmissibile, esprime sempre una vicenda nuova rispetto a colui il quale inizia ad esercitarlo, «né la consegna della cosa da parte del precedente possessore è significativa in quel senso, costituendo essa solo il presupposto dell'apprensione e quindi dell'autonoma iniziativa del soggetto possessore, e non già il «trasferimento del possesso». In particolare, si evidenzia, inoltre, come il riferimento alla «consegna» e al «trasferimento del possesso», contenuto negli artt. 1153, comma 1° e 1263, comma 2°, c.c., non assumerebbe rilevanza se non a fini puramente descrittivi, Sulla consegna, cfr., altresì, GRASSO G., *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 704-705; Id., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, in *Dir. giur.*, 2000, 371-372; GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007, 129 ss.; GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit., 734, il quale lo definisce un atto reale non negoziale; BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 404-405, secondo il quale dovrebbe negarsi la natura negoziale della consegna, giacché quest'ultima si limita ad eseguire il rapporto contrattuale senza porsi quale nuovo titolo di un regolamento di interessi. Inoltre, secondo l'A., l'estraneità della consegna al fenomeno negoziale troverebbe conferma nella

circostanza per cui tale operazione non solleva esigenze di tutela del contraente; in particolare, risulterebbe incongrua l'esigenza di quei requisiti, quali ad esempio, quello di capacità e forma, che condizionano la validità del negozio, giacché la consegna si risolverebbe nel mero adempimento di una delle obbligazioni derivanti dal contratto e, pertanto, tale atto, deve ritenersi soggetto alla disciplina generale riguardante l'adempimento delle obbligazioni. L'A., dunque, qualifica la consegna quale mero atto giuridico e, tuttavia, a differenza di molti autori, esclude che si tratti di un atto reale (o materiale), in quanto una simile indicazione evidenzerebbe *«le prestazioni eventualmente necessarie a rendere il bene pronto per l'acquirente, ma essa finisce col fare confondere l'atto della consegna con le attività preparatorie di vario contenuto che la precedono (costruzione, custodia, confezione ecc.)»*. Pertanto, secondo l'autore, la consegna rientrerebbe sì nell'ambito generale degli atti giuridici e, tuttavia, esprimerebbe un «tipo autonomo» di atto, contraddistinto dalla particolare funzione della messa a disposizione della cosa; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32, secondo il quale *«la consegna è atto di per sé neutro, dal quale, dunque, non può desumersi se l'accipiens possa, esercitando il potere di fatto, divenire possessore o resti mero detentore della cosa»*. Ritengono si tratti di un atto non negoziale, altresì, RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXIII, ristampa 2° ed., Milano, 1971, 473, secondo il quale la consegna rappresenterebbe un mero atto materiale in senso stretto, con tutte le conseguenze in merito ai requisiti di capacità nonché ai vizi della volontà; CATERINA R., *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di Gambaro A. e Morello U., vol. I, Milano 2008, 410; CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, I, Milano, 1988, 46, secondo il quale la consegna non rappresenterebbe un negozio ma un mero atto giuridico, *«perché la consegna non costituisce un nuovo titolo di regolamento di interessi: il venditore, infatti, si limita a compiere un atto di adempimento, né è richiesta la partecipazione dell'accipiens, come è confermato dagli artt. 1510, 2° comma (...) e 1514, 1° comma»*. Lo definisce, invece, un negozio astratto, SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, cit., 215, *«la consegna è l'atto bilaterale mediante il quale il possessore precedente (...) immette nel potere il possessore successivo (...). Essa è la fattispecie normale per l'acquisto del possesso, così come il contratto (causale) è il modo normale per la circolazione della proprietà. La consegna occupa dunque un posto di primaria importanza nella sistematica degli atti giuridici»*. Affermano la natura negoziale della consegna, altresì, DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, (*Estratto della Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XVIII, 1), Torino, 1894, 164 ss., spec. 171, secondo il quale il possesso dell'accipiens non può sorgere se alla materiale consegna del bene non si accompagni il consenso del tradens; in particolare, secondo l'A. nella tradizione occorrerebbe distinguere *«l'atto materiale, per cui la cosa dalla potestà effettiva del traente passa – iuste an iniuste, nihil interest – in quella dell'acquirente (consegna dei mobili, presa di possesso degli immobili) – dal contratto di alienazione, mercè cui il possesso, quale valore economico e bene patrimoniale, passa definitivamente nel patrimonio dell'acquirente. Ogni qual volta il ricevente apprenda in effetto la cosa, egli può realizzare il rapporto possessorio, da sé, in modo originario, (...) sia il tradente giuridicamente capace od incapace di alienare, consenta o non consenta, siavi o non siavi accordo in corpore, esista o non esista una iusta causa transferendae, respective acquirendae possessionis, è indifferente: il ricevente è già adversus ceteros, possessore. Ma la trasmissione del possesso non è ancora definitiva, e il tradente conserva ancora il diritto al possesso: perché anche questo passi, accanto al fatto del possesso, nell'acquirente, perché egli acquisti il possesso in modo assoluto, non solo verso i terzi, ma anche verso il precedente possessore, occorre che questi sia in generale capace di alienare, che voglia nel concreto caso alienare il possesso, che siavi tra il tradente e l'acquirente consenso in corpore, ed una iusta causa traditionis: occorre insomma un vero contratto di alienazione del possesso, una vera successione nel possesso»*; ALBERGO M., *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita Not.*, 1998, 3, 1429; TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 209; DALMARTELLO A., *La consegna della cosa*, Milano, 1950, 44 ss. e 203, secondo il quale la consegna sarebbe un vero e proprio negozio giuridico

Altri autori, invece, hanno posto l'accento sull'assenza dell'elemento soggettivo del possesso: il contratto preliminare, seppur ad effetti anticipati, implica pur sempre il riconoscimento dell'altruità della cosa⁴⁹².

La tesi dell'acquisto di una situazione possessoria è stata, altresì, confutata, in virtù della natura e, dunque, della ricostruzione offerta in merito al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati.

Si è in tal modo richiamato il carattere meramente provvisorio delle prestazioni anticipate dai promittenti, da intendersi in senso meramente economico e non giuridico e, come tali, giustificabili solo in termini obbligatori, con esclusione, dunque, di qualsiasi anticipazione degli effetti di un contratto che ancora non esiste⁴⁹³.

E', dunque, solo minoritaria, in dottrina, la tesi diretta ad affermare l'acquisto immediato di una posizione possessoria⁴⁹⁴. Quest'ultima, in

(giacché «*La consegna, come tale, non si perfeziona se non concorre la volontà e l'azione dell'uno e dell'altro soggetto*») mediante la quale si realizzerebbe il trasferimento di un vero e proprio potere di «disposizione possessoria»; in particolare, si tratterebbe di un negozio astratto, rispetto al quale non è necessaria la giustificazione causale (e ciò, in quanto, «*operando essa sul solo terreno del possesso, cioè del fatto, è chiaro che per essa non si pone quella esigenza del fondamento causale che è, invece, un requisito normale dei negozi che incidono sul rapporto giuridico*»).

⁴⁹² Evidenziano l'assenza nel promissario acquirente dell'*animus possidendi*, tra gli altri, GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, cit., 527, nt. 13; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1141, ove si evidenzia come l'esistenza di un titolo che implica il riconoscimento dell'altruità del bene, impedisca di ravvisare nel promissario acquirente l'intenzione di comportarsi come proprietario del bene consegnatogli.

⁴⁹³ GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, cit., 733, il quale evidenzia come la consegna rappresenti un mero atto non negoziale, che consente di mettere a disposizione dell'*accipiens* il bene, sicché la presenza di una posizione di possesso, ovvero di detenzione, dev'essere determinata in virtù del titolo in base al quale deriva questa disponibilità; tale titolo, idoneo a trasferire o a costituire un diritto reale: «*non può certo essere costituito da un puro e semplice accordo che, (...), dovrebbe trasferire la situazione di fatto in via attuale e quella corrispondente al diritto reale in via potenziale e anticipatoria*».

⁴⁹⁴ In questo senso, tra gli altri, TENELLA SILLANI C., voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 4° ed., 1996, 31; TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, cit., 189 ss.; PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1081 ss., la quale pone l'accento sulla circostanza per cui, mentre nella vendita del possesso oggetto del contratto sarebbe la mera situazione possessoria, con il contratto preliminare ad esecuzione anticipata, sorge l'obbligo della conclusione del definitivo con il quale si trasferirà la proprietà del bene; pertanto, «*se le parti vogliono traslare in futuro la proprietà del bene, se il promissario acquirente diventerà con la stipulazione del contratto definitivo proprietario, allora perché negare che egli abbia il bene a sua disposizione come possessore, ossia con quel particolare*

particolare, evidenzia la presenza di un vero e proprio diritto all'acquisto in capo al promissario acquirente, destinato a realizzarsi per il tramite del contratto definitivo, ovvero della sentenza di cui all'art. 2932 c.c.; ciò consentirebbe al medesimo di esercitare sul bene oggetto di anticipata consegna un potere di fatto corrispondente al diritto di proprietà di cui diverrà titolare⁴⁹⁵.

L'orientamento da ultimo richiamato, dunque, pone l'accento sull'operazione economica nel suo complesso, in quanto finalizzata al trasferimento del diritto reale; la posizione del promissario acquirente dovrebbe, pertanto, essere valutata in modo «dinamico», in quanto quest'ultimo, pur non essendo formalmente proprietario, ambisce tuttavia ad esserlo, sicché la consegna del bene e il pagamento del prezzo, unitamente agli altri elementi

animus in fondo giustificato dalla proprietà che la controparte si è obbligata a traslare?»; CORTUCCI D., *Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, cit., 627 ss., la quale evidenzia la presenza dell'*animus possidendi* in capo al promissario acquirente. In particolare, con riferimento alle transazioni immobiliari, evidenzia come «*appare difficile negare che chi ha la disponibilità del bene, procede alla sua ristrutturazione, od al suo frazionamento, oppure lo fa "circolare" mediante trasferimento a terzi della propria posizione contrattuale (...), paga per potere fare ciò l'intero prezzo o comunque una parte consistente dello stesso, sia da considerarsi come un proprietario "in pectore", e conseguentemente anche come un possessore*»; BERNARDINI M., *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, cit., 720; GALLO P., *Il Possesso. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 429 ss.; ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 441 ss.; LONGO L., *La mancanza dell'abitabilità è inadempimento del contratto*, in *Notariato*, 2002, 3, 264 ss., in particolare, l'A. chiarisce, in primo luogo, la sua posizione favorevole all'indirizzo giurisprudenziale diretto ad affermare, nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati avente ad oggetto immobili ad uso abitativo, l'esigenza del rilascio del certificato di abitabilità contestualmente alla consegna anticipata del bene (salvo diverso accordo delle parti) e ciò, sul presupposto che nel sistema delineato dal legislatore, la consegna si pone quale fattispecie complessa, idonea a far acquisire al compratore non solo la cosa ma anche quanto è necessario per l'esercizio del diritto. Inoltre, nel ritenere che la fattispecie in esame anticipi «*l'intero assetto effettuale della compravendita*», rimettendo al definitivo il solo prodursi dell'effetto traslativo, l'A. sembrerebbe ammettere il passaggio immediato del possesso al momento della consegna del bene; LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, cit., 554 ss., secondo il quale saremmo di fronte ad un accordo atipico di cessione del possesso, da ritenersi ammissibile avuto riguardo agli interessi in gioco e alla fattispecie posta in essere dalle parti; IANNACCONE A., *Sul costituito possessorio implicito nella vendita*, in *Notariato*, 3, 1997, 248, il quale guarda con favore quegli orientamenti giurisprudenziali diretti a riconoscere l'acquisto del possesso da parte del promissario acquirente.

⁴⁹⁵ Così, TENELLA SILLANI C., voce *Possesso e detenzione*, cit., 31; PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1091 ss.

dell'operazione, rivelerebbero la sua intenzione di trattenere la disponibilità del bene *ad modum domini*⁴⁹⁶.

In particolare, affermano la presenza di una situazione possessoria (parte di) quegli autori che, negando l'appartenenza del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati allo schema tradizionale del preliminare⁴⁹⁷, individuano nel preliminare, sebbene non idoneo a produrre l'effetto reale, la causa del trasferimento, con conseguente attribuzione al contratto definitivo del mero compito di realizzare il trasferimento del diritto reale⁴⁹⁸.

In questo contesto, autorevole dottrina⁴⁹⁹ ha offerto una pregevole ricostruzione della qualificazione della posizione del promissario acquirente, giungendo ad individuare una diversa soluzione a seconda che vi sia già stato,

⁴⁹⁶ NOCERA I. L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, cit., 719; Id., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 167 ss.; in particolare, l'A., pone l'accento sulla causa concreta del contratto valutato nel complesso della sequenza procedimentale, la quale sarebbe diretta alla conclusione di un futuro contratto definitivo idoneo a produrre l'effetto traslativo. In questo contesto, sembrerebbe non confutabile la volontà del promissario acquirente di trattenere la disponibilità del bene *uti dominus*; giacché la consegna si inserisce in un procedimento più ampio, finalizzato alla vendita del diritto reale. In altre parole, non si tratterebbe di un'ipotesi di vendita del possesso *tout court*, giacché il trasferimento del possesso si inserirebbe in un procedimento complesso rivolto al trasferimento del diritto reale; TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, cit., 73, il quale chiarisce, altresì, che non può condividersi l'assunto secondo il quale il possesso non sarebbe trasmissibile separatamente dal diritto a cui lo stesso si riferisce, giacché «*la consegna del bene accompagnata dal pagamento del prezzo non va configurata come vendita del possesso: semplicemente le parti compiono un mero atto materiale, ossia la messa a disposizione di una di esse di un immobile*».

⁴⁹⁷ In questo senso, tra gli altri, TOMASSETTI C., *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 909-910, il quale evidenzia che nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, ove ricondotto allo schema del contratto traslativo con causa esterna, la relazione del promissario acquirente rispetto al bene deve considerarsi irretrattabile, giacché tutto il significato dell'operazione economica è racchiuso nel preliminare nel quale ha già trovato soluzione il conflitto di interessi tra le parti. In questo contesto, nonostante l'assenza della produzione dell'effetto reale, non può dunque escludersi l'*animus rem sibi habendi* in capo al promissario acquirente.

⁴⁹⁸ Sul punto, cfr., in particolare, LUMINOSO A., *La vendita*, cit., 657, il quale evidenzia come fino a quando il contratto preliminare era inteso quale *pactum de contraendo*, non vi erano dubbi che dalla sua efficacia obbligatoria potesse derivare una mera ipotesi di detenzione. E, tuttavia, gli sviluppi successivi, hanno sollevato numerosi dubbi circa la possibilità di giungere a soluzioni differenti. Sul punto occorre allora distinguere: se al negozio che chiude la sequenza si assegna solamente la funzione di rendere definitivi gli effetti già prodotti con il primo contratto, allora si avrà un solo contratto e, dunque, un solo titolo idoneo a giustificare il possesso; di contro, se si ravvisa nell'atto finale un negozio traslativo con causa esterna, deve necessariamente riconoscersi una ipotesi di mera detenzione.

⁴⁹⁹ GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32-34.

in occasione della stipula del preliminare, un integrale pagamento del prezzo ovvero solamente parziale.

In particolare, partendo dalla diversa configurazione del preliminare c.d. ad effetti anticipati quale ipotesi di vendita obbligatoria (assimilabile, come detto, a quella propria dell'ordinamento tedesco) da cui nasce un obbligo di dare, si è osservato come nella sequenza preliminare-definitivo, intesa, dunque, quale scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, l'effetto traslativo si realizzerebbe in conseguenza del *modus acquirendi*, quale mero atto solutorio (non negoziale), mentre il preliminare assumerebbe all'interno della sequenza un ruolo centrale sebbene non decisivo.

Si chiarisce, dunque, come anche questa ricostruzione della fattispecie in esame non sarebbe idonea a giustificare il trasferimento immediato del possesso, giacché «*a prescindere dalla rilevanza che avrà a posteriori il titolo preliminare, la pur meno intensa tutela possessoria deve misurarsi con una vicenda ancora in itinere sul piano della creazione del modus acquirendi, non potendo l'anticipazione della consegna significare anticipazione della rilevanza del modus stesso, almeno a prescindere da ulteriori manifestazioni di volontà*». «*La sola consegna, manterrebbe (dunque) in capo al tradens, in presenza di un titolo solo virtualmente traslativo, il potere di fatto sulla cosa, esercitato tramite il terzo detentore*»⁵⁰⁰.

Esclusa, dunque, l'idoneità del contratto preliminare a giustificare una situazione possessoria, si fa salva, comunque, la possibilità che in occasione del contratto preliminare le parti intendano già esaurire il contegno esecutivo finale,

⁵⁰⁰ Diversa sarebbe invece l'ipotesi in cui il definitivo venisse considerato quale fatto idoneo ad avverare la condizione apposta al preliminare, ovvero a rendere definitivi i suoi effetti; in questo caso, infatti, si avrebbe un solo contratto e, dunque, un solo titolo in grado di giustificare la situazione possessoria in capo al promissario acquirente, al pari di quanto avviene nell'ipotesi della vendita con riserva di proprietà; in quest'ultima fattispecie, infatti, è possibile riconoscere all'acquirente, in linea con l'orientamento maggioritario, una posizione possessoria fin dalla consegna, in virtù dell'idoneità del titolo iniziale a produrre gli effetti giuridici finali. Di contro, come detto, nell'ipotesi in cui si ricostruisca la figura del preliminare complesso, alla stregua di una sequenza in cui l'atto finale è costituito da un negozio (o atto) traslativo con causa esterna (ricostruzione che, in ogni caso, si ritiene di non poter accogliere), il titolo non sarebbe idoneo a giustificare l'immediato trasferimento del possesso, giacché avrebbe comunque bisogno del *modus acquirendi* per la realizzazione dell'effetto traslativo; così, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32; LUMINOSO A., *La vendita*, cit., 657.

prevedendo, oltre l'immediata consegna del bene, anche l'integrale pagamento del prezzo, rimettendo, così, al definitivo il solo compito di attuare il trasferimento del diritto. In questo contesto, dunque, ben potrebbe ammettersi la realizzazione di una «sorta» di interversione di cui all'art. 1141 c.c., dal momento che sarebbe difficile negare che il promissario acquirente sia «*legittimato a godere ad modum domini della cosa*», in presenza di un rapporto che «*non si riduce alla figura di un rapporto personale di godimento, ma inquadra in sé il momento del godimento (e) presiede lo svolgimento del programma contrattuale*»⁵⁰¹.

In questo contesto, dunque, si ammette la possibilità di ravvisare una situazione possessoria a favore del promissario acquirente nel caso di integrale pagamento del prezzo⁵⁰². In particolare, l'orientamento da ultimo richiamato privilegia un'analisi della fattispecie da un punto di vista economico – sostanziale. E, infatti, se è indubbio che il trasferimento della proprietà si attua, ai sensi dell'art. 1376 c.c., con la semplice manifestazione del consenso, sicché né la disponibilità del bene né il pagamento del prezzo costituiscono elementi necessari ai fini del trasferimento del diritto, è pur vero che, da un punto di vista «sostanziale», la consegna anticipata del bene e il pagamento integrale del prezzo, consentirebbero di ravvisare nel promissario acquirente un «quasi proprietario», in quanto la c.d. «anticipazione» degli effetti permetterebbe di attribuire al preliminare un ruolo prevalente rispetto a quello del definitivo. Di contro, qualora l'anticipazione riguardi solo la consegna del bene e la corresponsione di una parte soltanto del prezzo, il promissario acquirente non

⁵⁰¹ GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 34, secondo l'A., l'interversione della detenzione in possesso, potrà ritenersi realizzata ogni qual volta il promissario acquirente abbia già versato, alla stregua degli accordi intervenuti tra i promissari acquirenti, l'intero prezzo pattuito, sì che al fine di completare la sequenza, mancherebbe il solo *modus acquirendi* (inteso quale atto solutorio non negoziale).

⁵⁰² LENER G., *Immissioni "intollerabili" e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'«actio negatoria»*. *La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati"*, cit., 206 ss.; Id., *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 670-671, ove si evidenzia che quando l'intero prezzo è stato corrisposto e solo manca il *modus acquirendi*, è difficile negare che egli sia legittimato a godere *ad modum domini* sulla cosa, giusta la presenza di un rapporto che «*non si riduce alla figura di un rapporto personale di godimento, ma inquadra in sé il momento del godimento*» e «*presiede lo svolgimento del programma contrattuale*».

potrà qualificarsi alla stregua di un possessore, giacché «il “ruolo” del contratto definitivo non sarà meramente formale»⁵⁰³.

Diversa è, invece, l'opinione di chi ritiene di dover risolvere la questione in merito alla qualificazione giuridica della posizione del promissario acquirente avendo riguardo alla diversa volontà delle parti nel caso concreto, da individuarsi ai sensi dell'art. 1362, comma 2°, c.c.⁵⁰⁴

Sul dibattito sono intervenute, da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza più volte citata⁵⁰⁵, individuando nel promissario acquirente un mero detentore, seppur qualificato, del bene anticipatamente consegnato, sulla base di diverse argomentazioni.

In primo luogo, le Sezioni Unite offrono una ricostruzione in merito alla natura e alla nozione di possesso, accogliendo la soluzione fatta propria dall'orientamento dominante che ne esclude l'acquisto in via negoziale. Si afferma, infatti, che poiché il possesso è una mera «attività», quest'ultima può solo intraprendersi e non anche essere trasferita; di conseguenza, il possesso non può essere trasferito separatamente dal diritto di cui costituisce esercizio⁵⁰⁶. Inoltre, la Corte chiarisce che l'intrasmissibilità (di un'attività) emerge ancor

⁵⁰³ Così, LENER G., *op. ult. cit.*, 206 ss.

⁵⁰⁴ In questo senso, GRASSO, *La “trasferibilità” del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 712 ss.; Id., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, cit., 356; a questo filone di pensiero sembra per certi versi riconducibile altresì l'opinione di TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, cit., 196 ss., in particolare, secondo l'A., la circostanza per la quale la situazione del promissario acquirente risulti finalizzata all'acquisto definitivo del diritto, consentirebbe di affermare la presenza di un vero e proprio possesso in capo a quest'ultimo; e, tuttavia, non potrebbe escludersi neppure la possibilità di riscontrare indici rivelatori di una diversa volontà delle parti, idonei a superare una simile presunzione, quali, ad esempio, la previsione di determinati obblighi di custodia (i quali escluderebbero una condotta *uti dominus* da parte del promissario acquirente), ovvero la pattuizione di un obbligo di restituzione nell'ipotesi di mancata conclusione del definitivo entro i termini prefissati. Esclude la possibilità di una soluzione unitaria, altresì, LOCHE L., *Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*, cit., 840 ss.; in particolare, l'A., invita a qualificare la posizione del promissario acquirente avendo riguardo al «tipo» di negozio preliminare posto in essere dalle parti; pertanto, secondo l'A., sarebbe necessario, di volta in volta, verificare se nell'intenzione delle parti il preliminare sia diretto ad attribuire al promissario acquirente un vero e proprio diritto all'acquisto, ovvero un mero diritto di credito alla conclusione del contratto definitivo.

⁵⁰⁵ Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

⁵⁰⁶ In questo senso, altresì, Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, cit.; Cass., 8 agosto 1996, n. 7283, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Possesso*, 27.

più chiaramente nel possesso, in quanto presuppone un elemento, l'*animus possidendi*, che per la sua soggettività può essere proprio soltanto di colui il quale attualmente possiede.

Da quanto detto, consegue che non è mai configurabile un acquisto a titolo derivativo del possesso, al quale ci si potrebbe invece riferire solo «in senso empirico e traslato», ossia per evidenziare che l'acquisto del possesso ha luogo, in tal caso, con il consenso del precedente possessore, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di apprensione.

La Cassazione, ribadisce, inoltre, il principio per il quale, anche nell'ipotesi in cui un soggetto abbia ricevuto il godimento del bene in virtù di una convenzione, è necessario aver riguardo al suo atteggiamento psicologico e, a tal fine, occorre stabilire se la convenzione conclusa sia un contratto ad effetti reali ovvero meramente obbligatori, dal momento che, solo nel primo caso la convenzione sarà idonea a determinare in capo al promissario acquirente l'*animus possidendi*.

Al riguardo, si evidenzia, altresì, che nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, non può trovare spazio quell'orientamento diretto a ravvisare una situazione possessoria in presenza di un contratto con il quale, per quanto ad effetti meramente obbligatori, le parti tendono a realizzare il trasferimento della proprietà⁵⁰⁷; ciò in quanto, nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, la volontà delle parti sarebbe proprio quella di escludere l'immediato verificarsi degli effetti reali traslativi.

Logico corollario delle affermazioni testé richiamate è che alla stipula di un contratto preliminare ad effetti anticipati, non può mai seguire il trasferimento del possesso, giacché il trasferimento del diritto reale non si è ancora verificato.

A sostegno della soluzione che ravvisa una situazione di mera detenzione vi è, altresì, la ricostruzione della figura in esame in termini di collegamento negoziale. In particolare, come detto, la Corte individua, accanto

⁵⁰⁷ In questo senso, *ex multis*, Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, cit.; Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, cit.

al contratto preliminare, la presenza di un contratto di comodato, che giustificerebbe la consegna anticipata del bene e un contratto di mutuo gratuito, che spiegherebbe, invece, la corresponsione anticipata del prezzo. Di conseguenza, poiché il promissario acquirente consegue la materiale disponibilità del bene in virtù di un contratto di comodato, la sua posizione avrebbe natura di mera detenzione, seppur qualificata, in quanto esercitata nel proprio interesse.

Al di là dei profili di incoerenza emergenti dalla ricostruzione delle Sezioni Unite⁵⁰⁸ – la quale pone l'accento sull'elemento soggettivo, nonostante la stessa sottolinei la presenza di un titolo idoneo ad escludere il ricorrere di una situazione possessoria – emerge, tuttavia, in modo chiaro, come la posizione del promissario acquirente possa essere intesa unicamente in termini di mera detenzione, giacché l'anticipata esecuzione delle prestazioni non vale ad anticipare gli effetti traslativi del negozio definitivo.

Sebbene, dunque, la ricostruzione offerta dalla Corte non appaia totalmente appagante, tanto per ciò che riguarda la qualificazione in termini di collegamento negoziale, (per le motivazioni sopra precisate⁵⁰⁹), quanto, come

⁵⁰⁸ La ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite in merito alla nozione di possesso e alla sua distinzione con la detenzione è stata, infatti, oggetto di numerose critiche. In particolare, si contesta il richiamo all'elemento dell'*animus* al fine di individuare la presenza di una situazione possessoria, laddove, in realtà, la stessa Corte fonda la propria soluzione sulla presenza di un titolo idoneo ad escludere la presenza di una situazione possessoria, a prescindere dalla sussistenza o meno dell'*animus possidendi* in capo al promissario acquirente, la quale potrà, invece, assumere successiva rilevanza ai fini dell'eventuale interversione; in questo senso cfr., le osservazioni di PATTI S., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note su Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit., 285 ss.*, ove si evidenzia che: «Se, (...), la qualifica in termini di detenzione dipende dalla configurabilità di un contratto di comodato, non si vede quale rilevanza abbia l'elemento soggettivo del promittente acquirente che riceve il bene. In altri termini, pur se costui, al momento della consegna, avesse l'intenzione di possedere, il suo animus non servirebbe a qualificare la situazione in termini di possesso piuttosto che di detenzione, tanto è vero che la Corte prende in esame soltanto l'ipotesi di una successiva interversione, dando quindi per scontato che al momento della consegna si configura in ogni caso una detenzione, qualunque sia l'elemento soggettivo di chi riceve il bene: che quindi non rileva». Osserva come la decisione della Corte non poggia sull'elemento psicologico, quanto, piuttosto, sul titolo in base al quale avviene la consegna anticipata del bene, altresì, CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, cit., 556; nello stesso senso, cfr., altresì, Nocera I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, cit., 165.

⁵⁰⁹ V. *supra*, cap. II, § 3.1.

detto, per ciò che concerne la ricostruzione in ordine alla natura e della nozione del possesso, deve ritenersi legittima la soluzione offerta in merito alla posizione del promissario acquirente, la quale è stata, altresì, recepita, in modo uniforme, dalla giurisprudenza successiva⁵¹⁰.

2. Possesso e detenzione.

Il primo problema che si pone nella qualificazione del potere esercitato dal promissario acquirente sul bene anticipatamente consegnato riguarda l'esatta distinzione tra possesso e detenzione, la quale risulta tutt'altro che pacifica⁵¹¹.

Al riguardo, nonostante il secondo comma dell'art. 1140 c.c., ammetta la possibilità di possedere non solo direttamente ma anche per mezzo di altra persona, manca una nozione giuridica di detenzione⁵¹². Di contro, il legislatore offre all'art. 1140 c.c., una definizione del possesso, qualificandolo come «il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale».

Al riguardo, sono state offerte diverse soluzioni.

⁵¹⁰ Cfr., *ex multis*, Cass., 19 novembre 2015, n. 23673, in *Banche dati Pluris*; Cass., 6 giugno 2013, n. 14362, cit.; Cass., 15 novembre 2012, n. 20011, cit.; Cass., 18 settembre 2012, n. 15626, cit.; Cass., 20 giugno 2012, n. 10186, cit.; Cass. 1 marzo 2010, n. 4863, cit.; Cass., 25 gennaio 2010, n. 1296, cit.: «La disponibilità del bene oggetto di compromesso, in virtù della consegna avvenuta in occasione della stipulazione del contratto preliminare, è qualificabile come detenzione, poiché il promissario acquirente esercita tale godimento in virtù di un titolo meramente obbligatorio, non ancora traslativo del diritto reale corrispondente, in funzione ed in previsione del futuro trasferimento, implicante il necessario riconoscimento (tale da escludere la sussistenza dell'elemento psicologico del possesso) dell'appartenenza del bene, fino al momento della prevista stipulazione del contratto definitivo, alla controparte promittente venditrice».

⁵¹¹ Per un'ampia ricostruzione dei diversi orientamenti emersi in dottrina e giurisprudenza; cfr. tra gli altri, ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 14 ss.

⁵¹² La definizione è stata, pertanto, oggetto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, cfr., in proposito, TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 507, secondo il quale la detenzione consiste «nell'aver la cosa nella propria immediata disponibilità materiale, vuoi per usarla direttamente, vuoi per rendere un servizio al possessore».

Un primo orientamento (c.d. «teoria soggettiva»⁵¹³) distingue il possesso dalla detenzione per la presenza nel primo e non anche nel secondo, dell'*animus possidendi*, ossia dell'intenzione o animo di possedere, mentre identica sarebbe la relazione materiale con il bene, ossia il potere di fatto sulla *res*⁵¹⁴.

Secondo questa ricostruzione, dunque, la distinzione tra le due situazioni si fonderebbe sul solo elemento spirituale: mentre il possessore esercita il potere di fatto sul bene con l'*animus res sibi habendi*, il rapporto con la cosa da parte del detentore sarebbe, invece, caratterizzato dall'*animus detinendi*, in quanto quest'ultimo riconoscerebbe l'altrui possesso.

E' l'*animus*, dunque, che consentirebbe di stabilire se la relazione di fatto con il bene possa qualificarsi in termini di possesso ovvero di mera detenzione; comune sarebbe, invece, la situazione fattuale⁵¹⁵.

⁵¹³ Il primo sostenitore della teoria soggettiva viene individuato in SAVIGNY F. C. cfr., tra gli altri, Id., *Il diritto del possesso*, trad. it. di Conticini P., Napoli, 1840, 117, secondo il quale il possesso sarebbe «*Detenzione congiunta all'animus possidendi*».

⁵¹⁴ Cass., 21 novembre 2011, n. 24456, in *Banche dati Pluris*; Cass., 19 agosto 2002, n. 12232, *Banche dati Pluris*; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1824, in *Banche dati Pluris*; in dottrina, tra gli altri, GALLO P., *Il Possesso. Sintesi di informazione*, cit., 446; MONTEL A., *Il possesso*, cit., 53 ss., secondo il quale la detenzione postulerebbe sia l'*animus detinendi*, inteso quale «*volontà di avere la cosa nella cerchia dei propri poteri, per qualsiasi fine giuridico, anche se limitato alla custodia di essa*», sia la *laudatio possessoris*, ossia il riconoscimento che altri sia possessore della cosa su cui si esercita il potere; TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 47° ed, 2015, 661, secondo il quale la distinzione tra possesso e detenzione dovrebbe fondarsi sull'*animus* e, tuttavia, l'A., dà atto delle soluzioni più recenti dirette a individuare la distinzione tra le due situazioni sul titolo su cui si fonda il rapporto materiale con la cosa; CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, cit., 556-557, secondo il quale nella distinzione tra possesso e detenzione, il titolo sarebbe invero insufficiente per poter qualificare la situazione soggettiva di chi ha ricevuto la consegna della cosa, posto che, ad esempio, possono venire in considerazione fattispecie possessorie *sine titulo*; AA.VV., *Beni. Diritti reali. Possesso*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di Cendon, Milano, 2015, 706; SACCO R-CATERINA F., *Il possesso*, cit., 74 ss.: «*Non sembra possibile sbarazzarsi del riferimento a stati intenzionali del possessore. Si potrà poi precisare che tali stati intenzionali devono manifestarsi in comportamenti esteriormente apprezzabili; e rilevare che spesso è il titolo ad illuminare e circoscrivere l'intento, consentendo di leggere una condotta altrimenti enigmatica*».

⁵¹⁵ Invero, in dottrina si riscontra una certa coincidenza di pensiero nell'attribuire al possesso e alla detenzione l'elemento comune del «potere di fatto sulla cosa»; in questo senso, tra gli altri, BARASSI L., *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952, 95; *contra*, ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 31 e 78 ss., secondo il quale andrebbe rimeditata l'affermazione secondo la quale nel possesso e nella detenzione sarebbe identica la relazione materiale con la cosa, ossia il «potere di fatto» sul bene. Il detentore, infatti, si comporterebbe in termini di subordinazione o di strumentalità rispetto ad altro soggetto.

Ad ogni modo, questi autori evidenziano come l'*animus* debba sempre manifestarsi per il tramite di elementi esteriori, mentre il titolo rappresenterebbe un mero elemento probatorio, ai fini dell'indagine dell'elemento soggettivo.

Altra parte della dottrina (c.d. «teoria oggettiva»⁵¹⁶) ritiene, invece, che la differenza non debba essere individuata nell'intento, ossia in un elemento prettamente interno al soggetto, quanto nell'esistenza di un comportamento *uti dominus*, il quale presupporrebbe, in colui che possiede, un interesse proprio; così si avrà possesso ogniqualvolta la persona si comporti in modo corrispondente al titolare del diritto, ossia ove sussista l'intenzione di mantenere un rapporto con la cosa accompagnata dall'effettivo esercizio di tale rapporto; mera detenzione se la persona assume, invece, un comportamento diverso, ossia manifesta la consapevolezza dell'altrui potere e, dunque, ogniqualvolta il rapporto tra chi ha l'attuale materiale disponibilità del bene e colui dal quale quest'ultimo ha ricevuto la cosa, riveli che l'attività è esercitata con un interesse non proprio⁵¹⁷.

Secondo altri autori, invece, la distinzione tra possesso e detenzione andrebbe individuata nel titolo in virtù del quale si è iniziato ad esercitare il potere sulla cosa, dovendo, dunque, distinguere se la convenzione si configuri come un contratto ad effetti reali o obbligatori.

⁵¹⁶ Il fautore della teoria c.d. obiettiva viene individuato in JHERING R., cfr., tra gli altri, Id., *Sul fondamento della protezione del possesso*, trad. it., Forlani F., Milano, 1872. Secondo l'A., dunque, il possesso si distinguerebbe dalla detenzione in virtù della *causa possessionis*; il possesso sarebbe, pertanto, escluso ove il rapporto tra chi ha la materiale disponibilità del bene e colui dal quale quest'ultimo ha ricevuto la cosa, rivela che il possesso è esercitato per un interesse non proprio; per un approfondimento in merito alle posizioni di Savigny e Jhering, cfr., tra gli altri, MONTEL A., *Il possesso*, cit., 4 ss.; FUNAIOLI C. A., *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, cit., 16 ss.; NATUCCI A., *Titolo e «animus» nella disciplina del possesso*, in *Quadrimestre*, 3, 1989, 464 ss., spec., nt. 6, ove l'A. evidenzia come la contrapposizione del pensiero dei due autori in esame non fosse, in realtà, così netta, in quanto influenzata dalla diversa prospettiva di indagine nonché dal diverso materiale giuridico da questi esaminato.

⁵¹⁷ In questo senso, FUNAIOLI C. A., *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, cit., 25, secondo il quale l'*animus* non costituirebbe un elemento essenziale del possesso; TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, cit., 507, il quale evidenzia, tuttavia, come la condotta esteriore spesso possa non apparire diversa e, pertanto, in tali ipotesi, occorre riferirsi al titolo in base al quale si ha la materiale disponibilità della cosa; *contra*, tra gli altri, PATTI S., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 157 ss.

Secondo l'orientamento da ultimo citato, dunque, la distinzione tra possesso e detenzione non andrebbe ricercata nel diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, né sulla base di semplici comportamenti di fatto, quanto sulla presenza o meno di un rapporto giuridico idoneo a costituire la mera detenzione; in altre parole, deve trattarsi di un rapporto che consenta di escludere che il potere sia stato inizialmente esercitato «di fatto» e che risulti, invece, idoneo ad attribuire al soggetto un potere corrispondente, ad esempio, all'esercizio di un diritto personale di godimento⁵¹⁸.

⁵¹⁸ PATTI S., *Possesso*, in *Il Diritto. Enc. giur.*, XI, Milano, 2007, 267-268, secondo il quale, «Una modifica, apportata dal codice del 1942 rispetto a quello del 1865 consiste proprio nella definizione del possesso, perché il possesso era definito dal codice abrogato come “detenzione di una cosa” (art. 685 c.c.) con animo di tenere la cosa come propria (art. 686 c.c.). Il codice vigente ha quindi svincolato il possesso dal collegamento con la detenzione e ha ommesso il riferimento all'elemento soggettivo, precisando che il possesso è potere di fatto (art. 1141 c.c.). La norma dell'art. 1140 c.c. aggiunge che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa, ma da ciò non può desumersi che anche il potere del detentore è un potere di fatto. Potere di fatto in quanto corrispondente a quello di un diritto reale è quello del possessore il quale può esercitare questo potere anche attraverso un soggetto diverso, il detentore, il quale tuttavia – a mio avviso – non esercita un potere di fatto, poiché il potere è basato su un titolo. Si tratta cioè di una situazione giuridica derivata da un contratto (locazione, comodato, appalto ecc.), oppure collegata all'adempimento di un obbligo. In ogni caso si tratta di una fattispecie disciplinata dalla legge, di una situazione (non di fatto ma) di diritto» (definiscono invece la detenzione come una situazione di fatto, tra gli altri, TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, cit., 507; TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 662); Id., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., 154 ss., ove l'A. evidenzia come, ai sensi dell'art. 1141 c.c., la prova contraria richiesta per superare la presunzione di possesso, non consiste nella dimostrazione della mancanza di *animus possidendi*, quanto nel fatto che l'inizio dell'esercizio del potere sul bene deriva da un titolo; Id., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note su Cass.*, sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit., 286, ove si evidenzia come: «Se la disponibilità del bene dipende dall'esistenza di un titolo (...) ricorre sempre una situazione di diritto: la detenzione. Nessuna rilevanza è attribuita dalla legge all'elemento soggettivo di chi riceve il bene. Se viceversa la disponibilità del bene non è collegata ad un titolo, si configura sempre una situazione di fatto, il possesso. Non occorre quindi fare riferimento all'*animus rem sibi habendi* per distinguere le due fattispecie, che (...) non sono entrambe situazioni di fatto, poiché situazione di fatto è soltanto il possesso»; FUNAIOLI C. A., *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, cit., 27; *contra*, SACCO R-CATERINA F., *Il possesso*, cit., 85, secondo il quale «Il fatto che in determinate ipotesi non basti avere il potere di fatto e l'*animus domini* per diventare possessore non prova, (...), che l'animo sia irrilevante» e, d'altro canto, l'ipotesi di interversione del possesso mediante opposizione fatta al possessore, richiederebbe, al detentore, proprio una manifestazione esteriore della sua volontà. Affermano la rilevanza del titolo, altresì, BIANCA C. M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, 6, Milano, 1999, 728 ss.: «come per il possesso, così per la detenzione, l'elemento soggettivo dell'*animus* non ha riscontro nel diritto positivo, rilevando solo il titolo in base al quale un soggetto ha la disponibilità di fatto della cosa»; GENTILE F. S., *Il possesso*, II ed. agg., in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, diretta da Bigiavi W., Torino, 1977, 9 ss.: «La sceverazione dei possessi dalle detenzioni è quindi obiettiva, discende dall'ordinamento giuridico, poiché è questo che riconosce, su determinati presupposti, il

L'orientamento da ultimo richiamato sembrerebbe quello impiegato, più frequentemente, dalla giurisprudenza la quale, pur mettendo sempre in luce la rilevanza dell'*animus*, distingue la posizione dell'avente causa in virtù degli effetti reali o obbligatori della convenzione per effetto della quale ha ricevuto la materiale disponibilità della *res*⁵¹⁹.

padrone, sia pure di fatto, e chi tale non può essere». E' possibile individuare, in questo autore, un orientamento più «sfumato», che ravvisa nel titolo un elemento ausiliario la cui presenza escluderebbe senz'altro l'*animus possidendi*; ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 77-78, 86 ss.: «La detenzione, (...), rivela l'esistenza di una relazione giuridica intersoggettiva governata necessariamente da un titolo: il riferimento all'intento, supposto come elemento integrativo, vale sicuramente quale assunzione logica di principio, ma non sminuisce o riduce l'autonomia del titolo, quale essenziale (e distinta) fonte regolatrice del rapporto instaurato». (...) «È evidente (...) che sono il titolo e il comportamento gli indici da apprezzare ai fini della qualificazione della situazione di fatto, e l'*animus* costituisce solo l'elemento psicologico correlativo»; PUPPO C. A., *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso* «ad usucapionem», cit., 3159; NATUCCI A., *Titolo e «animus» nella disciplina del possesso*, cit., 463, secondo il quale l'*animus* sarebbe implicito nell'elemento materiale del *corpus* e, pertanto, sarebbe irrilevante al fine di individuare una situazione possessoria, salvo l'ipotesi in cui manchi un titolo e, dunque, sia necessario verificare se si sia realizzato l'acquisto del possesso, ovvero quando si voglia realizzare l'interversione dalla detenzione al possesso; allo stesso modo, non sarebbe possibile attribuire rilievo essenziale al comportamento del soggetto, giacché «*le facoltà e i doveri propri di un diritto reale non si discostano troppo da quelli che sono espressione di un diritto personale di analogo contenuto*», sicché, in presenza di un titolo, il comportamento del soggetto sarà valutato alla stregua di quest'ultimo. «*In conclusione, quando il possesso deriva da titolo non è necessario né l'*animus possidendi*, né l'impossessamento materiale da parte del nuovo possessore*». («*E dunque la formulazione dell'art. 1140, che parla dell'attività del possessore, si riferisce al possesso per excellence, cioè al possesso sine titulo*»). «*E va tenuto presente che il requisito dell'impossessamento diviene superfluo non per la presenza di un acquisto derivativo del possesso, ma in virtù dell'esistenza di un titolo derivativo di acquisto del diritto*»; assume una posizione particolare, GRASSI U., *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie a qualificazione plurima*, cit., 97 ss., secondo il quale il possesso potrebbe essere definito come «*l'apparenza di proprietà (o di altro diritto reale) costituita dal potere che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà (o di altro diritto reale) e che genera una presunzione sulla titolarità del diritto stesso, salvo che tale presunzione non giovi ad uno o più soggetti in forza di un obbligo di consegna definitiva intercorrente tra questi e colui che esercita il potere, nonché da quest'ultimo riconosciuto*», mentre la detenzione rappresenterebbe «*l'esercizio di poteri di fatto cui non può attribuirsi il significato di apparenza di proprietà, e ciò in forza di un obbligo di consegna definitiva intercorrente tra uno o più soggetti e colui che esercita il potere, nonché da quest'ultimo riconosciuto*». L'A., dunque, ravvisa «*nel possesso la fattispecie di base e nella detenzione la fattispecie da provare: ogni disponibilità materiale congrua all'esercizio della proprietà è possesso, salvo ciò non sia contraddetto da un titolo riconosciuto dall'agente*»; il possesso sarebbe, dunque, «*una presunzione di titolo se non smentita da un titolo negatorio*».

⁵¹⁹ *Ex multis*, Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit., la quale, come detto, nonostante le critiche e l'uso di formule tratlative, sembrerebbe proprio attribuire rilevanza al titolo al quale sarebbe poi riconducibile, quale diretta conseguenza, la situazione soggettiva; Cass., 16 agosto 2000, n. 10816, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Possesso*, 80: «*il detentore qualificato o autonomo che proponga azione di spoglio non invoca a suo favore un semplice rapporto di fatto con il*

2.1. L'interversione del possesso.

Il semplice detentore può trasformarsi in possessore⁵²⁰ e, tuttavia, a tal fine non è sufficiente un mero mutamento dell'atteggiamento psicologico interno⁵²¹, né un qualsiasi fatto esteriore, dal quale desumere il mutamento del

*bene, bensì un titolo che lo legittima alla detenzione nel proprio interesse; ciò comporta che egli debba provare l'esistenza di un titolo posto a base della allegata detenzione e che il giudice deve verificare la sussistenza, la validità ed efficacia del rapporto dedotto»; Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, cit.; Cass., 30 maggio 2000, n. 7142, cit., Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, cit.: «è indispensabile stabilire se la convenzione si concreti in un contratto ad effetti reali o in un contratto ad effetti obbligatori, in quanto solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare nel soggetto investito dal relativo diritto, l'animus possidendi, mentre nella seconda ipotesi, nella quale si attua unicamente l'attribuzione di un diritto di credito, può riconoscersi all'accipiens solo un animus detinendi»; Cass., 25 maggio 1987, n. 4698, in *Giur. it. Mass.*, 1987; si è parlato al riguardo di «criterio misto», cfr., IACCARINO G., *Clausole sul «possesso» nella prassi notarile*, in *Notariato*, 1, 2002, 64 ss.; TIMPANO E., *Le Sezioni Unite sciogliono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, cit., 1098. Tale criterio «misto» sembra emergere, altresì, dalla decisione delle Sezioni Unite più volte richiamata (Cass., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.).*

⁵²⁰ In proposito, si rende necessaria una breve precisazione rispetto alla regola di cui all'art. 1144 c.c., secondo la quale «Gli atti compiuti con l'altrui tolleranza non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso». Al riguardo, la dottrina prevalente ritiene che la tolleranza impedisca l'acquisto del possesso anche se sussistono gli elementi costitutivi dello stesso in capo a colui il quale pone in essere l'ingerenza (cfr., PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 12 ss.; CATERINA R., *Il possesso*, cit., 394 ss.; GRASSI U., *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie a qualificazione plurima*, cit., 66 ss., secondo il quale la tolleranza rappresenterebbe la fonte di un titolo volontario di legittimazione della detenzione a partire da determinati elementi di fatto); di contro, la giurisprudenza ha spesso ritenuto necessaria anche la consapevolezza, da parte dell'agente, dell'altrui tolleranza (Cass., 10 aprile 1986, n. 2497, *Giur. it. Mass.*, 1986). Maggiormente controversa è, invece, la possibilità di riconoscere, in presenza di determinate circostanze accomunate dall'inerzia del titolare del diritto, l'acquisto del bene per usucapione a favore dell'agente. La soluzione positiva troverebbe giustificazione in «*esigenze di certezza nello svolgimento dei rapporti giuridici*» e nel «*già rilevato favore nei confronti del soggetto attivo*»; (così, PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., 29); *contra*, CATERINA R., *Il possesso*, cit., 397, secondo il quale una simile soluzione comporterebbe conseguenze inaccettabili. La *ratio* della disciplina di cui all'art. 1144 c.c., dovrebbe piuttosto rinvenirsi, secondo l'A., nell'esigenza di incentivare la tolleranza del proprietario rispetto a tutte quelle condotte per le quali non ha un interesse attuale a respingere, riconoscendogli la possibilità di ripristinare in ogni momento la situazione precedente.

⁵²¹ In proposito, si evidenzia come le regole sulla conversione della detenzione in possesso confermino l'irrelevanza del mero mutamento dell'*animus* e, di contro, il ruolo essenziale attribuito al titolo; così, ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 111; attribuisce invece pur sempre rilevanza all'*animus*, MONTEL A., voce *Possesso (Diritto civile)*, cit., 370; l'A., in

suo *animus*. L'art. 1141, comma 2° c.c., prevede, infatti, che «se qualcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo non venga ad essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore».

Al riguardo, la dottrina evidenzia come il rigore della disposizione sia stato previsto a vantaggio del proprietario (o comunque, del possessore a titolo di proprietà). Ciò in quanto, se il proprietario dovesse temere determinati comportamenti, spesso non univoci, quali, ad esempio, il comportamento del conduttore che inizia a comportarsi quale proprietario del bene, sarebbe costretto a impiegare tempo ed energie a vigilare sull'attività del detentore⁵²².

Quanto alla causa proveniente da un terzo, idonea a provocare il mutamento della qualificazione giuridica del potere di fatto esercitato sulla cosa, si ritiene, a tal fine, sufficiente un qualsiasi atto di trasferimento del diritto idoneo a legittimare il possesso, indipendentemente dalla sua validità o efficacia⁵²³.

Con riferimento, invece, all'ipotesi dell'opposizione fatta dal detentore nei confronti del possessore, la giurisprudenza ha più volte chiarito che non basta un mero atto di volizione interna, essendo, invece, necessario uno specifico fatto esterno, rivolto contro il possessore, che manifesti in modo non equivoco⁵²⁴, mediante un'esplicita dichiarazione ovvero attraverso atti concreti, l'intento di iniziare ad esercitare il possesso per conto e in nome proprio⁵²⁵.

particolare, evidenzia come, nonostante la presenza delle situazioni menzionate dall'art. 1141 c.c., sia pur sempre necessario – ai fini dell'acquisto del possesso – che il soggetto che intenda intervertire il possesso, si comporti da quel momento come possessore mentre il titolo potrà essere invocato come elemento «utile» alla dimostrazione del possesso; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 maggio 1999, n. 4701, in *Mass. Giur. it.*, 1999, ove si sottolinea come: «L'interversione nel possesso non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore».

⁵²² Così, CATERINA R., *Il possesso*, cit., 406-407; NATOLI U., *Il possesso*, cit., 108.

⁵²³ Cass., 29 luglio 1997, n. 7090, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Possesso*, 28; Cass., 5 dicembre 1990, n. 11691, in *Giur. it. Mass.*, 1990; in dottrina, cfr., tra gli altri, MASI A., *La proprietà e il possesso*, in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, coordinato da Andrea Zoppini, II, Milano, 2009, 120.

⁵²⁴ Cass., 10 aprile 1986, n. 2496, *Giur. it. Mass.*, 1986: «colui il quale esercita il potere di fatto su una cosa in nome altrui deve manifestare la volontà di possedere esclusivamente in nome e nell'interesse proprio, compiendo atti inequivocabilmente rivolti nei confronti del possessore, cioè contro il soggetto in nome del quale la cosa era in precedenza detenuta» e, pertanto, non

3. Sulla natura giuridica del possesso e sulla configurabilità della «vendita del possesso».

Strettamente connessa a quella testé affrontata, è poi la questione in merito all'ammissibilità o meno della cosiddetta «vendita del possesso»⁵²⁶; in

assumerebbero rilevanza fatti meramente omissivi, insuscettibili di assumere significato univoco; Cass., 18 dicembre 1995, n. 1802, in *Giur. it. Mass.*, 1995. Così, ad esempio, non assume significato ai fini dell'interversione del possesso, la condotta dell'affittuario del fondo che cessa di pagare il canone a favore del proprietario; in questo senso, Cass., 20 maggio 2002, n. 7337, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 878; Cass., 8 settembre 1986, n. 5466, in *Giur. it. Mass.*, 1986; Cass., 21 novembre 2011, n. 24456, cit.: «*Ed è a dir poco ovvio - oltre che assolutamente pacifico in giurisprudenza - che siffatta intervensione non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato d'esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione al precedente animus detinendi dell'animus rem sibi habendi: manifestazione, peraltro, che, dovendo essere rivolta specificamente contro il possessore, in maniera che questi sia posto in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento, deve tradursi in atti di concreta opposizione all'esercizio del possesso, da parte dello stesso*»; sul punto cfr., altresì, ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 114, il quale evidenzia come, in tal caso, si sarebbe piuttosto di fronte ad un'ordinaria ipotesi d'inadempimento contrattuale; nello stesso senso, GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 229; MONTEL A., voce *Possesso (Diritto civile)*, cit., 369. Sono, invece, considerati atti inequivocabilmente rivolti a dimostrare l'intenzione di iniziare a tenere la cosa come propria, ad esempio, il rifiuto da parte del detentore di restituire il bene al possessore alla scadenza del termine (Cass., 4 giugno 1992, n. 6906, in *Giur. it. Mass.*, 1992) ovvero l'attività del detentore diretta ad impedire al possessore qualsiasi atto di esercizio del proprio «diritto»; di contro, non possono essere ritenute idonee a disconoscere il possesso altrui, le opere di trasformazione dell'immobile eseguite dal detentore-locatario per soddisfare proprie esigenze, così, Cass., 20 maggio 2002, n. 7337, cit.

⁵²⁵ Cass., 15 marzo 2010, n. 6237, in *Banche dati Pluris*; Cass., 31 maggio 2006, n. 12968, in *Giur. it. Mass.*, 2006; Cass., 17 aprile 2002, n. 5487, in *Giur. it. Mass.*, 2002; Cass., 4 marzo 2000, n. 2487, in *Giur. it.*, 2000, 2092; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12149, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Possesso*, 25; Cass., 10 aprile 1986, n. 2496, cit.; Cass., 27 luglio 1983, n. 5165, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 7; sul punto cfr., altresì, MASI A., *La proprietà e il possesso*, cit., 120, ove si evidenzia come la volontà di possedere direttamente debba basarsi su elementi obiettivi di contraddizione della situazione del possessore mediato stesso, mentre non sarebbero necessarie particolari formalità, potendo, tale volontà, esprimersi tanto giudiziarmente che extragiudiziarmente.

⁵²⁶ In argomento, tra gli altri, PADULA L., *La «vendita del possesso»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 831 ss.; GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., *passim*; GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. giur.*, 1998, 291 ss.; Id., *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 703 ss.; ALCARO F., *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487; Id., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 73 ss.; TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 203 ss.;

altre parole, ci si chiede se sia possibile configurare una compravendita che abbia ad oggetto il trasferimento del mero possesso di un bene, indipendentemente dal diritto di proprietà (o di altro diritto reale)⁵²⁷.

Invero, dall'art. 1470 c.c., il quale definisce la vendita⁵²⁸ come «il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo», dovrebbe desumersi la soluzione negativa, non essendo possibile ricondurre il possesso all'oggetto della compravendita, giacché secondo l'orientamento tradizionale si tratterebbe di una mera situazione di fatto; pertanto, ai fini di una diversa soluzione sarebbe necessario considerare il possesso come un vero e proprio diritto⁵²⁹.

In proposito, nonostante l'opinione negativa della dottrina⁵³⁰ e della giurisprudenza⁵³¹ prevalenti, non mancano voci favorevoli alla trasferibilità del

CATERINA R., *Il possesso*, cit., 416 ss.; DALLA MASSARA T., *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e Storia del Dir. Priv.*, IV, 2011, 100 ss.; SACCO R-CATERINA F., *Il possesso*, cit., 225 ss.;

⁵²⁷ Sulla vendita del possesso nell'ordinamento romano e in quello tedesco, cfr., tra gli altri, PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1062-1063; PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 833 ss.; PALMIERI S., *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, in *Corr. giur.*, 1997, 3, 315 ss.; ALBERGO M., *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1427 ss.

⁵²⁸ Sulle dispute in merito all'oggetto del contratto di compravendita, cfr., tra gli altri, GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 296 ss.; LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica G. e Zatti P., Milano, 1995, 32 ss.

⁵²⁹ Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930 cit. Anche in dottrina appare del tutto prevalente la tesi secondo la quale oggetto del contratto di compravendita può essere soltanto un diritto; in questo senso, tra gli altri, BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 201 ss.; GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 298 ss. Sulla natura del possesso cfr., *infra*.

⁵³⁰ GALLO P., *Il Possesso. Sintesi di informazione*, cit., 446; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 229; PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 837 ss.: «la vendita del mero possesso non è lecita né ammissibile nell'attuale sistema normativo italiano»; IAMICELI P., *Circolazione dei beni gravati da usi civici e «trasferibilità» del possesso*, in *Corr. giur.*, 2, 1997, 2, 162; GRASSI U., *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie a qualificazione plurima*, cit., 152 ss.; TOMMASINI M., *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del comproprietario*, cit., 121, la quale esclude la validità del patto di trasferimento del possesso di quota, ove non inerente ad un accordo di contestuale traslazione o riconoscimento della proprietà della stessa e ciò, sul presupposto che il possesso «in quanto costituente un'attività (...), necessariamente accompagnata dall'animus possidendi, non è negozialmente trasferibile».

⁵³¹ Cass., 19 novembre 2015, n. 23673, cit: «l'art. 1140 c.c., ed i principi generali in materia di possesso non contenta(o)no la trasmissione del possesso per patto negoziale indipendentemente e anteriormente alla trasmissione del diritto di proprietà o di altro diritto reale di cui esso

possesso per effetto di un mero accordo tra le parti (seguito dalla consegna del bene)⁵³².

costituisca esercizio». In particolare, si possono richiamare due importanti pronunce in occasione delle quali la Corte di Cassazione ha negato la vendita del possesso sulla base di diverse argomentazioni: Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, cit., in merito alla validità di un contratto preliminare avente ad oggetto la futura stipula del definitivo per il trasferimento della sola situazione possessoria di occupatore di un fondo rustico gravato da uso civico (nel caso di specie, dunque, la cessione sarebbe intervenuta a prescindere dal provvedimento di legittimazione che consente, in presenza di determinate condizioni, di acquistare la titolarità di terre di uso civico; cfr., L. 16 giugno 1927, n. 1766, sul riordinamento degli usi civici) e Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Corr. giur.*, 1997, 3, 315, la quale riguardava una domanda di divisione giudiziale di un bene in comunione, alla quale il resistente si opponeva sul presupposto di essere divenuto proprietario dell'intero bene. Quest'ultimo, in particolare, affermava di aver acquisito, insieme alla proprietà di una parte del bene, altresì, quella della restante porzione e ciò, in via principale, in quanto il dante causa ne aveva acquisito la proprietà per usucapione, avendo egli posseduto per il tempo a tal fine necessario e, in via subordinata, per effetto della disciplina dell'accessione del possesso, la quale sarebbe applicabile, non solo al titolare di un diritto ma anche al mero possessore che abbia immesso quello attuale nel possesso di fatto, sicché, sommando i periodi dei due possessi, doveva ritenersi realizzato l'acquisto di quella parte del bene per usucapione. In proposito, la Corte ha in primo luogo evidenziato come il possesso non costituisca un diritto ma una mera situazione di fatto e come tale non rientrante nella disciplina di cui all'art. 1470 c.c.; di conseguenza, un contratto avente ad oggetto la trasmissione del possesso, sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto. La Cassazione ha chiarito, altresì, come una diversa soluzione non troverebbe fondamento neppure nella disciplina dell'accessione del possesso ovvero in quella della successione nel possesso, previste, rispettivamente, al 2° e al 1° comma dell'art. 1146 c.c. Quanto alla disciplina dell'accessione del possesso, quest'ultima opererebbe solo in presenza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale sul bene che forma oggetto del possesso; inoltre, la fattispecie regolerebbe unicamente la possibilità, per il successore a titolo particolare, di unire il proprio possesso a quello del precedente possessore, sicché ad essere trasferito, sarebbe, in realtà, l'oggetto del possesso e non già il possesso. L'unica eccezione alla regola dell'intrasferibilità del possesso potrebbe, di contro, rinvenirsi nella disciplina della successione del possesso, che consente, per espressa previsione normativa, la continuazione del possesso in capo all'erede a prescindere dal verificarsi dei presupposti di fatto. La Corte ha infine precisato che l'esercizio del possesso per il tempo richiesto dalla legge ai fini dell'usucapione, non costituisce di per sé un diritto ma un mero presupposto per il riconoscimento dell'avvenuto acquisto del diritto di proprietà del bene posseduto, il quale necessita pertanto di un previo accertamento nelle forme richieste dalla legge. La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, altresì, come la questione in merito alla vendita del possesso sia del tutto differente rispetto alla diversa situazione nella quale l'alienante intenda trasferire il diritto reale acquistato per usucapione (in assenza della sentenza di accertamento dell'acquisto); così, Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Notariato*, 2007, 6, 628 ss., con nota di Botta C., *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*; cfr., nello stesso senso, TOSCHI VESPASIANI F., *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *La Resp. civ.*, 2, 2008, 163, l'A., chiarisce che, nelle diverse ipotesi in cui il possessore abbia effettivamente usucapito il bene, la mancanza dell'accertamento giudiziale influisce sulla certezza della successiva alienazione ma non riguarda il tema della vendita del possesso, giacché «chi vende il diritto acquisito per usucapione non “vende il possesso”, ma un diritto, legittimamente acquistato a titolo originario».

⁵³² In questo senso, cfr., TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 203 ss., secondo il quale: «se lo scopo pratico dell'immissione nel possesso può essere raggiunto,

A ben vedere, una volta affermato che la vendita può avere ad oggetto soltanto diritti, al fine di escludere il trasferimento del possesso, è necessario indagarne la natura⁵³³.

Al riguardo, pur non essendo possibile in questa sede inserirsi nell'annosa disputa in merito alla natura giuridica del possesso, appare comunque utile richiamare alcune posizioni offerte sul punto. E, infatti, sebbene sia sicuramente prevalente la tesi che ravvisa nel possesso una mera situazione di fatto⁵³⁴, non possono, d'altro canto, disconoscersi quegli orientamenti che

*per via indiretta, attraverso i suddetti espedienti, non si vede perché lo stesso non possa essere raggiunto in via diretta e immediata, attraverso uno specifico strumento negoziale»; Favorevole alla trasmissione del possesso a titolo derivativo: DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit., 118: «(...) la somma dei vantaggi e delle prerogative che discendono dal semplice fatto del possesso, lo rende un bene patrimoniale e gli dà uno speciale valore economico, affatto diverso e indipendente da quello della cosa, e che, come tutti gli altri valori economici, può essere di per sé stesso trasmesso da una in altra persona per effetto dei negozi giuridici». Secondo l'A., dunque, il possesso non sarebbe un mero fatto ma un fatto che genera conseguenze giuridiche; sicché dovrebbe considerarsi un elemento del patrimonio suscettibile di trasferimento (critica la tesi del Dusi, che distingue, il fatto del possesso dal diritto al possesso, DALMARTELLO A., *La consegna della cosa*, cit., 14 ss.). Più di recente, a favore della trasmissione del possesso, cfr., LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, cit., 554, secondo il quale si sarebbe in presenza di «accordi atipici di trasferimento del possesso oggi riconosciuti in dottrina. «Si tratta di accordi reali a causa variabile e a forma libera, sia leciti, poiché non contrari a norme imperative o inderogabili del sistema, sia meritevoli di tutela in ragione della stessa opportunità di non funzionalizzare in maniera assoluta l'istituto della proprietà»; altri autori, invece, ne sottolineano l'ammissibilità sul presupposto della protezione costituzionale del possesso quale necessaria conseguenza del principio della libertà di iniziativa economica privata, nonché della funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost., la quale postulerebbe l'esigenza di favorire l'utilizzo del bene a scapito dell'inerzia del proprietario; in questo senso, cfr., tra gli altri, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 35. Per una rassegna della giurisprudenza più risalente in tema di acquisto del possesso: PROTETTI E., *Acquisto, conservazione e perdita del possesso*, cit., 165 ss.*

⁵³³ Evidenziano come la soluzione della questione in merito alla trasmissibilità del possesso a titolo derivativo dipenda direttamente dalla stessa concezione della natura del possesso, tra gli altri, DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit., 4; nello stesso senso, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 73 ss. e ivi un esame delle diverse soluzioni offerte dalla dottrina; NATOLI U., *Il possesso*, cit., 102 e ivi 144 ss., per una ricostruzione delle diverse soluzioni prospettate in dottrina con riferimento alla natura del possesso. In particolare, l'A., evidenzia come il possessore si troverebbe in quella particolare situazione giuridica, che si individua con il termine di «aspettativa» e ciò, sul presupposto che prima del decorso del termine previsto per l'usucapione, il possessore avrebbe la speranza di acquistare il diritto la cui probabilità cresce man mano che il tempo scorre.

⁵³⁴ In questo senso, tra gli altri, GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, I, cit., 447; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32; MONTEL A., voce *Possesso (Diritto civile)*, cit., 367; TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, cit., 659-660; LUMINOSO A., *La vendita*, cit., 166; *contra*, tra gli altri, CARIOTA FERRARA L., *Il possesso come figura tipica di diritto*

hanno individuato nel possesso un diritto soggettivo, ovvero un diritto affievolito o, ancora, un interesse legittimo.

In particolare, gli autori che ravvisano nel possesso un diritto soggettivo⁵³⁵, evidenziano gli effetti giuridici che derivano dal suo esercizio, i quali non potrebbero, invero, configurarsi rispetto ad una situazione meramente fattuale. Ci si riferisce, ad esempio, alla garanzia giurisdizionale accordata al possessore e, dunque, all'azione di spoglio e di manutenzione, alle azioni di rinuncia, ovvero alla disciplina, di cui agli artt. 1158 ss. c.c., che consente l'acquisto del diritto di proprietà mediante l'esercizio pubblico e continuo del possesso o, ancora, alla possibilità per il possessore di buona fede di far propri i frutti naturali e civili, rispettivamente separati e maturati fino al giorno della domanda giudiziale dell'avente diritto.

soggettivo patrimoniale, in Dir. giur., 1966, 709 ss., «Ogni situazione ha caratteristiche proprie: orbene, il possesso ha come caratteristica il suo elemento corporeo, cioè il contatto costante con la cosa, e la necessaria continuazione, anche, di questo contatto con la cosa. Ciò non significa che esso si esaurisce in questa situazione di fatto: la richiede, la esige, si fonda sulla medesima, ma non si esaurisce nella medesima. Quindi crediamo che dobbiamo abbandonare tutte le teorie le quali partono dalla situazione di fatto e poi son portate a tentare di giustificare come una situazione di fatto produca effetti giuridici, il che è assurdo tentativo. (...) L'essere, anche, il possesso, a differenza di taluni diritti, collegato alla situazione di fatto, al godimento di fatto, che deve persistere, costituisce una sua caratteristica, non è ragione della negazione della sua giuridicità».

⁵³⁵ CARIOTA FERRARA L., *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, cit., 707 ss., «Se il possessore ha azioni per difendere il possesso, se il possesso è un istituto tutelato dall'ordinamento, cioè ha conseguenze giuridiche, effetti giuridici, non può che essere una situazione giuridica». «(...) il possesso, proprio perché si incarna nella situazione di fatto e la legge lo tutela appunto per questo (...), è tanto fortemente tutelato, che è difeso precisamente nel contatto di fatto con la cosa, nel potere di fatto, e come tale è sempre portato a vincere. Allora che cosa manca ad esso perché vi si possa raffigurare un diritto soggettivo cioè una situazione giuridica vera e propria, dal lato attivo e passivo perfetta, come quella che si ha nei diritti soggettivi? Come si è visto, nulla: sicché è da ritenere che il possesso è una figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale»; *contra*, NATOLI U., *Il possesso*, cit., 151, il quale evidenzia come la rilevanza attribuita al possesso da parte dell'ordinamento giuridico, non legittima di per sé a qualificare tale situazione alla stregua di un diritto; GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 306, in particolare, secondo l'A., dalla tutela riconosciuta al possesso non potrebbe farsi discendere la sua qualificazione in termini di diritto; l'ordinamento, infatti, accorderebbe tutela al possessore, non in quanto titolare di un diritto ma in quanto, per ragioni di opportunità derivanti dalla necessità di garantire la pace sociale, ha scelto di accordare tutela a chi si trovi in una particolare relazione materiale con il bene, tale da farlo apparire, agli occhi dei consociati, quale titolare di una situazione di diritto; d'altra parte, «Gli effetti giuridici non vanno confusi con la posizione che ne è alla base». L'A. evidenzia inoltre come l'azione di reintegrazione sia altresì riconosciuta al detentore qualificato, la cui non appartenenza alla categoria dei diritti appare invece pacifica.

Di contro, coloro i quali qualificano il possesso alla stregua di un diritto affievolito ⁵³⁶, hanno riguardo alla tutela riconosciuta al possessore; quest'ultima, infatti, a differenza di quanto previsto per i diritti soggettivi, non sarebbe assoluta, in quanto risulta inopponibile al proprietario.

Alcuni autori, invece, ponendo l'accento sull'interesse del singolo e di quello della collettività alla tutela della situazione possessoria, hanno ricondotto il possesso alla categoria degli interessi legittimi⁵³⁷.

⁵³⁶ BRANCA G., *Il possesso come diritto affievolito*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, III, 1950, 385 ss. La tesi in esame, dunque, si colloca in posizione intermedia rispetto a quelle che individuano nel possesso ora un diritto, ora un potere di fatto; *contra*, tra gli altri, CARIOTA FERRARA L., *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, cit., 712, il quale evidenzia come, a differenza del diritto affievolito che si trova in una condizione di attesa, il possesso non ha nulla da aspettare, non è quiescente ma riceve, invece, immediata tutela. L'A., esclude, altresì, la possibilità di ricondurre il possesso a «situazioni giuridiche inferiori - relative», giacché il possesso, in quanto tale, riceve tutela anche contro il proprietario che agisca per il possesso e non per la proprietà.

⁵³⁷ DENTI V., *Studi sul processo possessorio*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, (Estratto dal vol. XXX), 1949, 188 ss. (52 ss.), secondo il quale «l'interesse (...) tutelato (per il tramite delle azioni a difesa del possesso) è sicuramente un interesse riferibile non al singolo, ma alla collettività, in quanto il legislatore lo considera come proprio della comunità sociale, prescindendo dalle finalità individuali che si ricollegono alle singole situazioni possessorie così riconosciute. Ciò resta vero anche se la reazione dell'ordinamento alla lesione di questo interesse avviene in funzione della reazione del singolo la cui situazione di fatto sia concretamente violata. Il fenomeno non è dissimile da quello per cui l'interesse pubblico che costituisce l'elemento teleologico dell'attività della pubblica amministrazione viene tutelato attraverso la reazione dei privati che affermino la lesione di una loro posizione giuridica, sorta appunto di riflesso dalla imposizione di quella attività, come dovere giuridico, a carico degli organi amministrativi». «Il nomen juris di tale situazione è quello di interesse legittimo», inteso come «la posizione giuridica che nasce di riflesso dalla imposizione di un dovere stabilito per la tutela di un interesse pubblico, o, più in generale, dell'interesse di un soggetto diverso da quello la cui posizione viene indirettamente protetta»; GENTILE F.S., *Il possesso*, cit., 10: «se chiamiamo "diritto subiettivo" l'interesse tutelato (a discrezione del titolare) genericamente contro ogni violazione (salvo casi eccezionali e tassativi in cui la lesione è consentita); e chiamiamo «interessi legittimo» quello tutelato soltanto contro lesioni specifiche, e qualificate o per la sua provenienza (difetto di competenza o, più genericamente, di legittimazione dell'offensore), o per il modo, sarà agevole inquadrare il possesso in quest'ultima categoria»; *contra*, tra gli altri, BARASSI L., *Diritti reali e possesso*, cit., 482 ss., il quale evidenzia come l'interesse alla conservazione del possesso costituisca la ragione della sua tutela giudiziaria e, dunque, non può essere confusa con la posizione sostanziale che ne rappresenta il presupposto (per approfondimenti in merito all'orientamento da ultimo richiamato, cfr., GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 305 ss.); *contra*, tra gli altri, CARIOTA FERRARA L., *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, cit., 711 ss., il quale, in particolare, evidenzia che, a differenza dell'interesse legittimo che riceve protezione in ragione della difesa di interessi maggiori, il possesso è tutelato in favore del singolo che ne serve nel caso concreto.

Ove, dunque, si accogliessero le opinioni che ravvisano nel possesso un diritto soggettivo ovvero un diritto affievolito, non vi sarebbero ostacoli nell'ipotizzare una compravendita avente ad oggetto il trasferimento del possesso (quale «altro diritto» ai sensi dell'art. 1470 c.c.).

E, tuttavia, nonostante le opinioni testé citate, è opinione prevalente che il possesso sia una mera situazione di fatto, come tale non rientrante nell'oggetto della compravendita⁵³⁸.

⁵³⁸ Tra gli altri, LUMINOSO A., *La vendita*, cit., 166; PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1066 ss., la quale evidenzia come la stessa formulazione dell'art. 1140 c.c., impedirebbe una diversa qualificazione del possesso: «Lo stesso termine “potere” rinvia a tale elemento e, in più, la definizione del manifestarsi come “l’attività” corrispondente all’esercizio di un diritto, vi si continua a riferire. Il possesso è un fatto che corrisponde, quindi, ad un diritto, senza per questo configurarsi di esso stesso come diritto. La circostanza che “corrisponda” ad un diritto (anzi al suo esercizio) vuol dire che diritto non è»; MONTEL A., voce *Possesso (Diritto civile)*, cit., 367, il quale evidenzia come, essendo il possesso un mero stato di fatto, «l’acquisto è in ogni caso originario e trova luogo mediante atto unilaterale anche se avvenga col consenso del precedente possessore (...)»; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 226-227; PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 838: «L’acquisto del possesso, pertanto, non può essere collegato allo schema contrattuale di una vendita, anche perché pressoché unanimemente si riconosce che tale acquisto, lungi dal presentare le caratteristiche di un negozio, rappresenta un mero atto giuridico». In particolare, l’A. evidenzia come la cessione del mero possesso risulterebbe, altresì, poco conveniente per l’acquirente, giacché questo rimarrebbe esposto alle altrui ingerenze, prime fra tutte quelle del titolare del diritto (ove il cedente non sia al contempo proprietario). Contro quest’ultima obiezione si sottolinea, tuttavia, che ai fini del contemperamento degli interessi delle parti, questa situazione svantaggiosa per l’acquirente potrebbe giustificare una riduzione del prezzo corrisposto per il conseguimento del possesso; in questo senso, cfr., MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 740. Escludono che il possesso possa costituire oggetto di vendita, altresì, BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 202; GRASSO G., *L’assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, cit., 372, il quale afferma chiaramente che «Il possesso, essendo un potere che richiede l’effettivo esercizio secondo le modalità indicate dalla legge, può soltanto essere esercitato ma non trasferito»; RUBINO D., *La compravendita*, cit., 79; GORLA G., *La compravendita e la permuta*, cit., 70; CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, cit., 42, il quale evidenzia come il possesso non costituisca un diritto ma una mero potere di fatto, come tale non rientrante nell’oggetto della compravendita. In particolare, secondo l’A., lo *ius possidendi* non farebbe riferimento alla presenza di un autonomo diritto quanto alla mera facoltà, spettante al proprietario (o al proprietario di altro diritto reale) di possedere; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 8 agosto 1996, n. 7283, cit.: «Il possesso, in quanto «attività» corrispondente all’esercizio di un diritto reale qualificata dall’animus possidendi, ossia dalla volontà di esercitare sulla cosa una signoria di fatto, non è suscettibile di trasferimento disgiunto dal diritto di cui esso costituisce l’esercizio; ne consegue che il contratto preliminare atipico con cui le parti si siano obbligate, rispettivamente, ad alienare e ad acquistare la sola situazione possessoria, è nullo, ai sensi degli art. 1418 e 1325 c.c., per l’impossibilità dell’oggetto».

Al fine di giustificare l'autonoma cessione del possesso, non sembrerebbe possibile neppure il riferimento alla disciplina sull'accessione del possesso e quella della successione del possesso.

Invero, l'unica eccezione all'intrasferibilità del possesso prevista dal nostro ordinamento, è quella contenuta nell'art. 1146, comma 1° c.c., la quale dispone la successione *mortis causa* a titolo universale nello stesso.

E, tuttavia, la disposizione testé citata, prevede la continuazione del possesso del *de cuius* in capo all'erede, in virtù di una mera *fictio legis* e, dunque, indipendentemente dal ricorrere dei presupposti di fatto. In proposito si osserva, altresì, come la norma risulti dettata con esclusivo riferimento ad una vicenda successoria a titolo universale, alla quale resterebbe, pertanto, estranea l'ipotesi del trasferimento *inter vivos*⁵³⁹.

Con riferimento, invece, alla disciplina dell'accessione del possesso di cui all'art. 1146, comma 2° c.c., si osserva come quest'ultima si limiti a consentire, all'avente causa, di unire al proprio possesso quello del suo dante causa al fine di goderne gli effetti e, pertanto, non vi sarebbe successione in un unico possesso, quanto la mera unione di due distinti possessi⁵⁴⁰.

Affinché l'accessione possa operare, è necessario, inoltre, un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto reale, che possa, pertanto,

⁵³⁹ In questo senso, cfr., IAMICELI P., *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità" del possesso*, cit., 163.

⁵⁴⁰ Così, Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, cit., ove si legge: «a sostegno della tesi della trasmissibilità contrattuale del possesso, non può richiamarsi l'art. 1146, comma 2 c.c., perché per tale norma l'accessio possessionis, da essa prevista, ha, per presupposto indispensabile, la esistenza di un titolo, anche viziato, idoneo in astratto, alla cessione del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) del bene formante oggetto del possesso (...). Inoltre, la norma non prevede affatto la trasmissione del possesso da un soggetto all'altro, ma soltanto la possibilità per il successore a titolo particolare (...) di unire al proprio possesso quello distinto e diverso del dante causa per goderne gli effetti»; in argomento, cfr., altresì, TIMPANO E., *Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, cit., 1094-1095; GRASSO G., *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 722 ss.; MONTEL A., voce *Possesso (Diritto civile)*, cit., 372: «il possesso dell'autore e quello dell'erede si considerano come un unico possesso, laddove nel caso di successione a titolo particolare si tratta di due possessi ben distinti, che il successore ha la facoltà di unire».

consentire di qualificare la consegna come «successione a titolo particolare nel possesso»⁵⁴¹.

Nonostante simili rilievi, ci si è chiesti se sia, comunque, possibile una cessione del possesso avulsa da qualsiasi trasferimento del diritto al quale risulti collegato.

Al riguardo, autorevole dottrina ha offerto una pluralità di argomentazioni a sostegno della soluzione positiva.

In primo luogo si è evidenziato come non esista nel nostro ordinamento una norma che vieti espressamente l'autonomo trasferimento del possesso⁵⁴²; al contrario, il trasferimento del mero possesso risulterebbe disciplinato dal nostro codice civile in materia di trasferimenti *mortis causa*⁵⁴³.

Con riferimento, invece, ai trasferimenti *inter vivos*, si richiamano, ad esempio, il principio del possesso vale titolo (art. 1153 c.c.), ove l'acquirente a *non domino* acquista la proprietà mediante il possesso in buona fede, la disciplina dell'interversione del possesso (art. 1141 c.c.), la quale prevede la possibilità di mutare il titolo del possesso anche mediante opposizione fatta dal detentore contro il possessore, ovvero, in particolare, la disciplina dell'usucapione «abbreviata», la quale consente l'acquisto della proprietà mediante il possesso prolungato nel tempo, anche in presenza di un titolo (solo) astrattamente idoneo a trasferire la proprietà⁵⁴⁴.

Alla luce di ciò, l'unico ostacolo all'ammissibilità di una vendita avente ad oggetto il trasferimento del possesso, sarebbe rappresentato dalla circostanza

⁵⁴¹ Sul punto, cfr., altresì, GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, cit., 527, nt. 13, il quale evidenzia come la regola non possa trovare applicazione nell'ipotesi di contratto preliminare, giacché il promittente venditore rimane proprietario del bene fino al momento della conclusione del contratto definitivo mentre il promissario acquirente è un mero detentore anche se ha già ricevuto la consegna del bene.

⁵⁴² DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit., 299 ss.; MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 738.

⁵⁴³ ALBERGO M., *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1427 ss. Con riferimento ai trasferimenti *mortis causa*, alcuni autori evidenziano come questi attesterebbero comunque la possibilità di un trasferimento del mero possesso, sebbene secondo la giurisprudenza si tratterebbe di mere eccezioni; così PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1078.

⁵⁴⁴ ALBERGO M., *op. ult. cit.*, 1428 ss.

per cui il possesso non è un diritto ma una mera situazione di fatto, come tale non rientrante nell'oggetto della vendita; tale limite, tuttavia, potrebbe essere facilmente superato configurando il contratto che alieni il mero possesso alla stregua di un contratto atipico⁵⁴⁵.

In proposito, si è evidenziato come il contratto di alienazione del mero possesso, inteso quale contratto atipico⁵⁴⁶, sarebbe un contratto tanto lecito, in quanto non contrario a norme imperative⁵⁴⁷, ordine pubblico⁵⁴⁸ e buon costume⁵⁴⁹, quanto meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico; in particolare, un simile accordo non andrebbe a ledere, né gli interessi dei contraenti, entrambi i quali ne risulterebbero, piuttosto, entrambi arricchiti (l'alienante per il prezzo e l'acquirente per il possesso del bene), né quelli del proprietario, giacché quest'ultimo potrebbe comunque esercitare in ogni momento le azioni a tutela della proprietà, a prescindere da chi sia il possessore della cosa. Neppure potrebbe configurarsi una lesione degli interessi della

⁵⁴⁵ ALBERGO M., *op. ult. cit.*, 1432; TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 218 ss.

⁵⁴⁶ ALBERGO M., *op. ult. cit.*, 1432; TROISI B., *op. ult. cit.*, 216 ss., il quale chiarisce che, a fronte del carattere autonomo e autoreferenziale del possesso, per la sua circolazione non è sufficiente l'accordo tra il vecchio e il nuovo possessore, ma sarà necessaria l'effettiva immissione, di quest'ultimo, nel possesso: «*Lo scopo pratico perseguito dalle parti non può, dunque, ritenersi realizzato fin quando non sia avvenuta la consegna, perché soltanto quest'ultima attribuisce la disponibilità effettiva del bene in capo all'acquirente*»; *contra*, esclude la possibilità di ammettere un contratto atipico di cessione del possesso, tra gli altri, PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 837.

⁵⁴⁷ Nel nostro ordinamento, infatti, non è possibile ravvisare una norma che vieti espressamente l'immissione del possesso; così, tra gli altri, TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 246.

⁵⁴⁸ IAMICELI P., *Circolazione dei beni gravati da usi civici e «trasferibilità» del possesso*, cit., 170, la quale evidenzia come la collettività non avrebbe interesse alla circolazione di situazioni giuridiche precarie, nonché alla moltiplicazione di «situazioni di fatto» insuscettibili di controllo. Al fine di confutare un simile assunto, si è tuttavia evidenziato che il carattere precario della situazione possessoria non riguarderebbe affatto la meritevolezza del negozio ma, tutt'al più, la sua convenienza, mentre per quanto riguarda l'impossibilità di controllo delle vicende circolatorie, si è evidenziato come queste non opererebbero per effetto del mero consenso delle parti ma presupporrebbero la consegna e la successiva ricezione della cosa; in questo senso, cfr., TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 245-246.

⁵⁴⁹ In particolare, è stato evidenziato come la «cessione del possesso», non possa ritenersi contraria al buon costume, sul presupposto che quest'ultima comporti un danno per il proprietario in quanto il fine ultimo sarebbe pur sempre quello dell'acquisto successivo del bene per usucapione; invero, il proprietario del bene non potrebbe subire alcun pregiudizio maggiore di quello che poteva subire con il precedente possessore, dal momento che, anche quest'ultimo, avrebbe potuto usucapire il bene; cfr., TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 241.

collettività a fronte della tipicità dei diritti reali in quanto, istituti quali la multiproprietà, la proprietà temporanea, la cessione di cubatura, pongono un limite al diritto di proprietà rendendola, piuttosto, maggiormente godibile proprio da parte della collettività⁵⁵⁰; in altre parole, la circolazione del possesso sarebbe conforme al *favor* riconosciuto dall'ordinamento per la circolazione dei beni e il loro uso⁵⁵¹.

In favore della soluzione testé prospettata, si evidenzia, altresì, come il possessore, per raggiungere lo stesso risultato dell'autonoma cessione del possesso, potrebbe ricorrere all'uso indiretto e artificioso di un negozio traslativo del diritto sul bene, come, ad esempio, attraverso il meccanismo della c.d. vendita a rischio e pericolo del compratore⁵⁵² ovvero dell'acquisto a *non domino*; d'altra parte, lo stato soggettivo del nuovo possessore (e, dunque, la sua malafede derivante dalla conoscenza della mancanza della titolarità del diritto in capo al suo dante causa), assumerebbe rilevanza soltanto ai fini del tempo necessario per usucapire⁵⁵³.

A ciò si aggiunge la considerazione che anche la dottrina e la giurisprudenza diretta a negare la negoziabilità della situazione possessoria, ammettono atti di autonomia diretti a consentire l'immissione di un terzo nel

⁵⁵⁰ Così, ALBERGO M., *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1432 ss.; *contra*, PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 837, nt. 23 e 838 ss.: l'A., in particolare, evidenzia come un simile contratto non sarebbe affatto conveniente per il compratore, giacché quest'ultimo sarebbe soggetto alle ingerenze da parte del proprietario.

⁵⁵¹ TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 39, spec. 246. Evidenzia i vantaggi derivanti dall'autonoma cessione del possesso a favore della collettività, altresì, MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 767: «Il riconoscimento di un potere di disposizione del possessore, pertanto, servirebbe ad immettere nel traffico giuridico beni, i quali di fatto rischierebbero altrimenti di esserne esclusi, restando sottratti ad un'allocazione ottimale»; e, ancora, sempre a favore delle utilità derivanti da un simile patto: «l'accordo sulla cessione del possesso ha per effetto – insieme alla traslazione dei rischi della mancata usucapione, la quale combinata alla riduzione del prezzo è idonea a massimizzare gli interessi delle parti – il passaggio dei benefici dell'usucapione, il quale promuove l'utilità economico-sociale rappresentata dallo scambio efficientistico dei beni. Questi, altrimenti, di fatto sarebbero esclusi dalla circolazione economica».

⁵⁵² In proposito, cfr., più ampiamente, cap. V, § 4.

⁵⁵³ In questo senso, TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 224 ss.: «se lo scopo pratico dell'immissione nel possesso può essere raggiunto, per via indiretta, attraverso i suddetti espedienti, non si vede perché lo stesso non possa essere raggiunto in via diretta e immediata, attraverso uno specifico strumento negoziale».

possesso di un bene, come, ad esempio, attraverso la conclusione di una transazione ovvero una rinuncia da parte del precedente possessore ai poteri al medesimo riconosciuti e, di conseguenza, alle tutele previste dall'ordinamento, al fine di recuperare il possesso del bene⁵⁵⁴.

Invero, alcuni autori hanno ipotizzato una vicenda dispositiva del possesso in quell'accordo con il quale l'attuale possessore rinunci⁵⁵⁵, dietro corrispettivo o gratuitamente, ad esercitare la tutela possessoria nei confronti di colui che subentra nel possesso⁵⁵⁶.

Si tratterebbe di un accordo avente rilevanza meramente *inter partes*, non opponibile, dunque, ai terzi ma solo al precedente possessore e, tuttavia, tale accordo, consentirebbe l'acquisito del possesso a titolo originario e non derivativo⁵⁵⁷. E, infatti, poiché il possesso può essere soltanto iniziato ma non

⁵⁵⁴ Così, TROISI B., *op. ult. cit.*, 1368 ss. In argomento cfr., altresì, SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, cit., 228, ove si ipotizza l'ammissibilità di un contratto di alienazione del possesso al quale ricondurre gli stessi risultati di una vendita a rischio e pericolo, ossia l'obbligo dell'alienante di consegnare il bene e la possibilità per il compratore, una volta ottenuta la disponibilità del bene, di avvalersi della disciplina di cui all'art. 1146, comma 2°, c.c.; nello stesso senso, CATERINA R., *Il possesso*, cit., 420. In senso contrario all'autonoma cessione del possesso, tra gli altri, GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, cit., 226-227. Altri autori hanno osservato, invece, come la cessione del possesso, inidonea ad essere ricondotta alla fattispecie della vendita, potrebbe al più essere qualificata quale concessione in precario ovvero come operazione lesiva del diritto del proprietario; invero, la sua alienazione non assicurerebbe all'acquirente una sufficiente tutela, restando di contro esposto all'altrui probabili ingerenze e, in particolare, alle azioni del proprietario dirette al recupero del bene; in questo senso, cfr., BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 202.

⁵⁵⁵ Sulla rinuncia al possesso in generale, cfr., tra gli altri, SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, cit., 229 ss.; ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 145 ss.; GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 4.

⁵⁵⁶ In senso favorevole, GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 329 ss.; per l'inconsistenza di una simile tesi cfr., tra gli altri, TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 228, nt. 1374, il quale sottolinea che, non essendo la «consegna» un puro e semplice «abbandono» del bene, quanto un vero e proprio atto di disposizione a favore di un soggetto determinato, la «cessione» del possesso non può essere ritenuta una mera rinuncia ai *commoda possessionis*, in quanto esiste una precisa volontà delle parti di porre in essere un contratto di immissione del possesso. D'altra parte, diversamente opinando, la configurazione dell'operazione in termini di rinuncia, comporterebbe diverse conseguenze, quali, ad esempio, la possibilità, per colui il quale è stato immesso nel possesso, di sottrarsi all'eventuale collazione del beneficio ricevuto.

⁵⁵⁷ Si tratta dunque di una situazione diversa da quella che deriverebbe dalla vendita dello *jus possessionis*; per tali osservazioni, GRASSO G., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, cit., 375, sub nt., 69; in proposito, si osserva, altresì, come tale contratto non potrebbe ritenersi concluso in danno del terzo proprietario, giacché il possesso dell'attuale possessore non potrà sommarsi a quello del precedente e, pertanto, il

trasferito, con l'accordo in questione, l'attuale possessore non trasferirebbe la sua situazione in capo ad un altro soggetto, ma piuttosto consentirebbe il mero inizio del possesso da parte di quest'ultimo⁵⁵⁸, utile ai fini dell'usucapione: il nuovo possessore acquisterebbe, pertanto, il possesso a titolo originario, attraverso l'esercizio dell'attività corrispondente (così distinguendosi dalla diversa figura, parimenti prospettata, della vendita dello *jus possessionis*). In particolare, si evidenzia come, in una simile ipotesi, non si tratterebbe di una «cessione» del possesso, quanto di una «autorizzazione» a possedere, rinunciando all'esercizio della tutela possessoria; tale accordo, inoltre, non configurerebbe un contratto traslativo ma obbligatorio e ciò, sia perché non viene trasmesso alcun diritto reale, sia perché l'acquisto da parte del nuovo titolare avviene a titolo originario⁵⁵⁹.

Altri autori, pur ritenendo il possesso una mera situazione di fatto, considerano suscettibile di autonomo trasferimento lo *jus possessionis*, ossia le pretese riconosciute dall'ordinamento giuridico al possessore, le quali configurerebbero un vero e proprio diritto soggettivo⁵⁶⁰.

computo del termine ai fini dell'usucapione ricomincerà necessariamente da capo; in questo senso, Id., *op. ult. cit.*, 374, nt. 68.

⁵⁵⁸ GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 333 ss., «Se all'accordo non segue il comportamento di chi intende iniziare a possedere, la situazione giuridica rimane in capo a chi ha fin qui posseduto. L'acquisto del possesso da parte del nuovo titolare è quindi occasione e non conseguenza diretta della perdita della medesima posizione in capo al precedente possessore». L'A. precisa inoltre che un simile accordo avrebbe rilievo unicamente *inter partes* e, pertanto, sarebbe opponibile solamente al precedente possessore; sul punto cfr., altresì, MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 732 ss., il quale evidenzia come in questo modo si realizzerebbe ciò che potrebbe avvenire comunque, decorso un anno dallo spoglio. Se, infatti, un soggetto sottrae violentemente o clandestinamente la cosa al possessore, egli è comunque tenuto a restituirla alla vittima dello spoglio se questa agisce entro un anno (art. 1168 c.c.); mentre, ove il possessore rinunci ad esercitare la pretesa restitutoria, l'acquirente non sarà obbligato a restituire il bene già prima del decorso di un anno dalla perdita del possesso da parte dell'altro.

⁵⁵⁹ Così, GRASSO G., *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 727.

⁵⁶⁰ OBERTO G., *Vendita di «cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 1998, 510 ss., il quale evidenzia che «*Ferma restando, invero, la natura di semplice situazione di fatto propria del possesso, non vi è dubbio che la tutela di cui il possessore gode erga omnes (tra l'altro, anche contro il proprietario) debba indurre ad affermare l'esistenza di un vero e proprio ius possessionis. Ora se si riconosce a tale posizione giuridica la qualifica di un diritto soggettivo pieno, non si dovrebbero incontrare difficoltà ad ammettere anche la relativa trasferibilità, tanto a titolo oneroso che gratuito, e, dunque, pure nell'ambito di un contratto di compravendita*». In particolare, secondo l'A., poiché non vi sono dubbi che

Alla base di una simile idea vi è, in particolare, la considerazione in una prospettiva «dinamica» e non meramente statica del possesso, in virtù della quale emergono i vantaggi e le prerogative derivanti dalla situazione possessoria, idonei ad attribuire al medesimo un determinato valore economico, distinto rispetto a quello della cosa posseduta⁵⁶¹.

Contro la soluzione testé indicata, si è posto in luce, tuttavia, come non sarebbe facile ammettere che un determinato comportamento, qual è quello del possessore, possa essere assimilato ad un vero e proprio bene. In particolare, si afferma che la vendita dello *jus possessionis*, sarebbe, in realtà, una «vendita impossibile»; lo *jus possessionis* rappresenterebbe, infatti, una mera conseguenza legale della relazione materiale con il bene, suscettibile di venire

l'ordinamento riconosca i *commoda possessionis* solo a chi si trovi in concreto nella situazione di cui all'art. 1140 c.c., la vendita del possesso potrà essere ammessa sul presupposto che si tratti di una vendita dello *ius possessionis*, sottoposta alla condizione sospensiva della materiale immissione dell'acquirente nella situazione di fatto di cui all'art. 1140 c.c. (sul bene del quale siano stati venduti i diritti legati alla situazione possessoria); DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit., 307, secondo il quale «il fatto del possesso genera il diritto al possesso»: l'insieme dei vantaggi e delle prerogative che gli competono, consentirebbero di configurarlo alla stregua di un bene economico e, pertanto, come tutti i valori economici, sarebbe suscettibile di essere trasferito; nello stesso senso, cfr., altresì, le osservazioni di GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 155 ss., secondo la quale al fine di ammettere il trasferimento convenzionale del possesso, occorrerebbe configurarlo alla stregua di un'aspettativa di diritto. In questo senso, l'accordo traslativo sarebbe comunque vantaggioso per l'*accipiens*, indipendentemente dalla possibilità che la situazione si evolva in un diritto soggettivo, giacché lo stesso avrebbe comunque acquisito i *commoda possessionis*. In tale prospettiva, avendo configurato il possesso quale aspettativa di diritto, lo schema contrattuale ai fini del suo trasferimento potrebbe essere rappresentato, a parere dell'A., dallo stesso contratto di compravendita; in giurisprudenza, ammette la presenza di un autonomo *ius possessionis*, al quale riconoscere la consistenza di un diritto soggettivo, *ex multis*, Cass., 5 luglio 1997, n. 6093, in *Giur. it. Mass.*, 1997;

⁵⁶¹ In proposito cfr., altresì, GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 292 ss., il quale evidenzia come la prassi tenda a riconoscere autonomo rilievo al possesso rispetto al diritto di proprietà. L'A., tuttavia, critica la tesi in esame sul presupposto che l'ordinamento riconosca una particolare tutela al possessore in quanto titolare di un mero potere di fatto, sicché, «la vendita di una tale tutela (...), sembrerebbe supporre la cessione del potere di fatto sul bene, dato che, in assenza di tale potere, non vi può essere alcuna protezione da parte dell'ordinamento. La fattispecie risulterebbe, in questi termini, del tutto estranea allo schema della compravendita, che richiede, invece, il trasferimento di un diritto». La dottrina favorevole alla vendita dello *jus possessionis*, precisa, tuttavia, che oggetto della vendita non sarebbe il potere di fatto, quanto la tutela di tale potere (subordinata, ad ogni modo, all'acquisto della situazione di fatto), cfr., OBERTO G., *Vendita di «cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 cod. civ.*, cit., 513-514. In merito alle numerose prerogative riconosciute al possessore da parte dell'ordinamento, cfr., altresì, PALMIERI S., *Vendita di possesso: un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, cit., 318.

in considerazione ogniqualvolta quest'ultima risulti idonea ad integrare una posizione possessoria: «*i poteri di cui gode il possessore non discendono da alcun titolo di legittimazione, scaturendo, invece, da un comportamento (...)»*⁵⁶².

4. Il trasferimento del possesso nell'ambito di alcune particolari figure negoziali tendenti al trasferimento del diritto reale.

Alcuni autori hanno individuato un'ipotesi di vera e propria vendita del possesso e, dunque, di circolazione contrattuale del possesso autonoma rispetto al trasferimento del diritto reale, in alcune fattispecie negoziali in cui oggetto della compravendita sembrerebbe essere proprio il possesso piuttosto che un diritto. Le ipotesi più frequentemente richiamate sono, in particolare, quelle dell'acquisto di un bene già proprio e quella della vendita a rischio e pericolo del compratore di cui all'art. 1488, comma 2° c.c.

La fattispecie di acquisto di cosa propria potrebbe venire in considerazione ogniqualvolta il proprietario, non avendo più la materiale disponibilità del bene, intenda riacquisirne il possesso⁵⁶³.

⁵⁶² Così, DALLA MASSARA T., *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, cit., 109 ss., il quale, tuttavia, osserva come i medesimi risultati potrebbero essere raggiunti attraverso una mera rinunzia, da parte del possessore-cedente, alle tutele spettanti nei confronti di colui che incominci a possedere; contrario all'ammissibilità dell'autonoma cessione dei *commoda possessionis*, altresì, PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 838; sul punto cfr., altresì, FUNAIOLI C. A., *La tradizione*, cit., 136, il quale evidenzia che «*altra cosa è il possesso altra i suoi effetti giuridici*»; PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1068: «*Al possessore spetta sì tutela giuridica (ius possessionis) ma, l'attribuzione di tale tutela non rende per questo il possesso stesso un diritto né lo rende un diritto la circostanza che sia produttivo di effetti giuridici (come l'usucapione). L'elemento giuridico entra sì nella concezione del possesso, ma sotto forma di tutela giurisdizionale, o di effetto*».

⁵⁶³ Sulla validità della vendita di cosa propria cfr., tra gli altri, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 14 ss., la quale osserva che «*per chi ritiene che il contratto non sia idoneo a produrre l'acquisto di un diritto di cui l'emptor è già titolare, esso è tuttavia in grado di produrre l'acquisto del possesso. Proprio dalla nullità della vendita di cosa propria, infatti, la dottrina francese trae argomento per giustificare l'emptio possessionis*»; GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 314. Sull'ammissibilità di tale fattispecie

Il contratto avente ad oggetto l'acquisto di un bene di cui si è già proprietari dovrebbe ritenersi nullo per mancanza di causa, giacché la vendita presuppone l'altruità del diritto che si acquista; tuttavia, una simile regola troverebbe un'eccezione tanto nell'ipotesi in cui il proprietario, a séguito di uno spoglio, intenda recuperare il bene dal ladro⁵⁶⁴ ovvero dall'eventuale successivo ritrovatore, quanto nell'ipotesi in cui sussista una situazione di incertezza in merito alla proprietà del bene, ovvero alla titolarità della situazione possessoria; il proprietario, dunque, corrisponderà direttamente una somma al terzo per ottenere la restituzione del bene, evitando al contempo le lungaggini, le spese e soprattutto i rischi connessi all'azione giudiziale⁵⁶⁵.

La vendita a rischio e pericolo del compratore (art. 1488, comma 2° c.c.), si caratterizza, invece, per la presenza di una particolare clausola con la quale l'acquirente rinuncia anticipatamente alla garanzia per evizione⁵⁶⁶ e, dunque, alla possibilità di pretendere dall'alienante la restituzione del prezzo e il rimborso delle spese nell'ipotesi in cui un terzo rivendichi vittoriosamente la cosa, assumendo così il rischio che il bene non appartenga all'alienante⁵⁶⁷.

nel diritto romano e in quello tedesco, cfr., tra gli altri, PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1074 ss., la quale evidenzia come una simile configurabilità sia strettamente connessa alla particolare struttura della compravendita propria dei due ordinamenti.

⁵⁶⁴ Al riguardo, si evidenzia che, anche ove si ammettesse la presenza di un profilo causale, la causa dovrebbe comunque ritenersi illecita, sicché il contratto non potrebbe che essere nullo; sul punto, cfr., PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1076; PALMIERI S., *Vendita di possesso: un istituto "apolide" in cerca di cittadinanza*, cit., 320; in proposito, si evidenzia come la somma corrisposta al ladro possa altresì integrare una fattispecie penale, PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 842.

⁵⁶⁵ Ammettono che il possesso possa formare oggetto di transazione, GORLA G., *La compravendita e la permuta*, cit., 70, nt. 3; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, cit. 202. Al riguardo, tuttavia, si evidenzia che la transazione non darebbe luogo ad effetti traslativi del diritto o di una situazione di fatto, quanto al mero riconoscimento dell'esistenza della situazione stessa; così, PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1080.

⁵⁶⁶ Con riferimento alla nozione e alle conseguenze dell'evizione, cfr., tra gli altri, LUMINOSO A., *La vendita*, cit., 413 ss.

⁵⁶⁷ PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1069 ss.; PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 842; BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 882 ss., il quale evidenzia come l'intento di addossare all'acquirente il rischio dell'alienità del diritto debba risultare in modo chiaro, senza possibilità di desumerlo, ad esempio, dalla conoscenza del pericolo di evizione, ovvero dalla presenza di una clausola che preveda l'alienazione del bene «nello stato di fatto e di diritto»; secondo MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero*

In proposito si osserva che, in caso di mancata titolarità del bene in capo all'alienante, a séguito della consegna del bene si realizzerebbe di fatto il trasferimento del possesso disgiunto dal diritto di proprietà.

Tanto premesso, è necessario evidenziare come l'orientamento maggioritario ritenga che entrambe le ipotesi prospettate confermerebbero, piuttosto, la soluzione opposta, ossia l'impossibilità di configurare un'autonoma cessione del possesso, giacché il contratto avrebbe pur sempre ad oggetto il trasferimento del diritto.

Così, nella vendita a rischio e pericolo, se il compratore è in buona fede, ossia non è a conoscenza che il bene non appartiene all'alienante, penserà semplicemente di acquistare validamente, laddove, nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia invece al corrente dell'altruità della cosa, si configurerà un'ipotesi di vendita di cosa altrui; ad ogni modo, in entrambi i casi, il contratto riguarderà l'acquisto del diritto di proprietà e non il possesso del bene⁵⁶⁸.

Del pari, non configurerrebbe un'ipotesi di vendita del possesso la fattispecie dell'acquisto di cosa propria sopra richiamata, la quale integrerebbe, piuttosto, figure diverse dalla compravendita. E, infatti, nel caso in cui il

possessore, cit., 742 ss., tale accordo riguarderebbe solo le ipotesi di inefficacia sopravvenuta del titolo, mentre dall'inefficacia originaria del titolo deriverebbe il diritto dell'acquirente alla restituzione di quanto corrisposto; ciò deriva dalla constatazione che il legislatore menziona la vendita a rischio e pericolo del compratore solo con riferimento all'ipotesi di evizione. Ad ogni modo, l'autore afferma che «*La similitudine dell'assetto di interessi conseguito rispetto a quello di un atto di autonomia legislativamente tipico, quale la vendita a rischio e pericolo del compratore (...), è indice della meritevolezza di tutela (...) del contratto atipico di cessione del possesso*».

⁵⁶⁸ GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 314-315: «*La caratteristica della vendita a rischio e pericolo non è quella di avere ad oggetto il possesso, in quanto ad essere ceduto è il diritto; la sua peculiarità sta nel configurarsi come contratto a parziale carattere aleatorio*». «*Lì dove le parti intendano trasferire il solo possesso del bene e ciò risulti dall'interpretazione dell'accordo, il contratto stipulato sarà nullo per impossibilità dell'oggetto, essendo stata ceduta una posizione non qualificabile come diritto. (...) se le parti hanno stipulato una vendita ma viene trasferito solo il possesso e non il diritto, il contratto si configurerà pur sempre come una vendita; ci troveremo, peraltro, di fronte ad un inadempimento*»; PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 842; diversamente, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 19, la quale evidenzia, invece, come la fattispecie presupporrebbe un accordo tra cedente e cessionario avente ad oggetto il mero possesso del bene, sicché «*Ammettere tale eventualità significa, in sostanza, porre in essere un acquisto a titolo derivativo della vacua possesso, con tutti i corollari che ne discendono*»; in argomento, cfr., altresì, CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, cit., 42, il quale evidenzia come solo «*volgarmente*» possa parlarsi di «*vendita del possesso*», giacché si tratta di fattispecie espressamente previste dal legislatore.

proprietario intenda recuperare il possesso senza ricorrere all'autorità giudiziaria, quest'ultimo pagherà un prezzo per la restituzione e non già per l'acquisto; ove, invece, la somma venga corrisposta per porre fine ad una controversia sorta in merito alla titolarità del bene, si dovrà ritenere di essere in presenza di una transazione e non già di una compravendita⁵⁶⁹.

* * *

Il problema della circolazione contrattuale del possesso può, altresì, venire in considerazione anche rispetto a quelle fattispecie contrattuali tipiche che, pur presentandosi come meramente obbligatorie, sono in realtà dirette a realizzare il trasferimento del diritto reale⁵⁷⁰.

Si tratta di quelle ipotesi in cui la consegna anticipata del bene risulta strumentale al successivo trasferimento del diritto, le quali, pertanto, possono far sorgere dubbi in merito alla posizione giuridica dell'avente causa rispetto al bene oggetto di anticipata consegna.

La questione, dunque, si presenta (quantomeno *prima facie*) diversa da quella sopra esaminata; in questo caso, infatti, non ci si interroga in merito all'ammissibilità di un contratto avente ad oggetto il mero trasferimento del possesso, quanto sul fatto se sia possibile ravvisare un trasferimento anticipato del possesso rispetto al prodursi dell'effetto traslativo del diritto⁵⁷¹.

In proposito, possono venire anzitutto in considerazione le ipotesi di vendita obbligatoria, le quali si caratterizzano per il differimento dell'acquisto

⁵⁶⁹ BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 202, il quale evidenzia come, tanto nell'ipotesi di vendita di cosa propria, quanto nella vendita a rischio e pericolo e, in quest'ultimo caso, in particolare in quelle ipotesi ove il rischio è quello che l'acquisto non si verifichi perché il bene è già di proprietà dall'acquirente, risulta «improprio» il richiamo alla figura della «vendita del possesso».

⁵⁷⁰ In proposito, cfr., PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1070-1071, la quale evidenzia come si tratti di fattispecie che consentono una mera scissione cronologica del trasferimento del possesso da quello della proprietà, «il risultato concreto sarà (dunque) quello del trasferimento del mero possesso, seppur per un lasso di tempo limitato (fino all'acquisto della proprietà) e seppur finalizzato all'acquisito della proprietà».

⁵⁷¹ PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 840, l'A. definisce queste ipotesi quali casi di «pseudo-vendita del possesso».

della proprietà rispetto al momento della conclusione del contratto: gli effetti reali trovano pur sempre la propria fonte nell'accordo iniziale e, tuttavia, non retroagiscono.

La questione può, a ben vedere, riguardare solo quelle fattispecie in cui è possibile la consegna anticipata del bene rispetto al trasferimento del diritto reale; pertanto, ai fini del presente esame, non assumono rilevanza le figure della vendita di cosa futura ovvero quella della vendita di cose determinate solamente nel genere. Nelle ipotesi testé citate, infatti, non potrebbe in ogni caso ipotizzarsi una consegna del bene anticipata rispetto al trasferimento del diritto, dal momento che, quanto alla prima fattispecie, il bene non è ancora venuto ad esistenza al momento della conclusione del contratto mentre, nel secondo caso, è comunque necessaria la specificazione; ad ogni modo, al verificarsi degli anzidetti presupposti consegue automaticamente il trasferimento della proprietà⁵⁷².

* * *

Tanto premesso, può in primo luogo richiamarsi la fattispecie della vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.)⁵⁷³.

Si tratta di una fattispecie rientrante, per comune opinione, all'interno della categoria delle vendite obbligatorie, in cui l'acquisto della titolarità del diritto è differito. Il compratore, infatti, acquisterà la proprietà del bene solo nel momento in cui il venditore ne sarà divenuto proprietario (ovvero avrà

⁵⁷² Cfr., GRASSO, *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 707.

⁵⁷³ In dottrina sembra pacifica l'appartenenza di tale figura alla categoria della vendita obbligatoria, giacché da essa nasce, per il venditore, l'obbligo di procurare l'acquisto della cosa al compratore; in questo senso, tra gli altri, LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 122; Id., *La vendita*, cit., 394-395; BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 718; sulla vendita di cosa altrui, cfr., tra gli altri, GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, cit., 202 ss.; FERRERI S., *Obbligazioni e responsabilità del venditore*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, *I singoli contratti*, 1, *La vendita*, Musy A. M. e Ferreri S., Torino, 2006, 196 ss.

procurato l'acquisto della proprietà dal terzo⁵⁷⁴) e senza necessità di un nuovo atto di trasferimento.

Anche con riferimento a tale ipotesi, può accadere che, prima del trasferimento del diritto di proprietà, l'alienante consegni il bene all'acquirente, sempre che questo sia nella sua materiale disponibilità⁵⁷⁵. Anche in tal caso, dunque, ci si potrebbe porre il problema della qualificazione del godimento anticipato da parte dell'acquirente (posizione che sarà in ogni caso destinata a mutare con il definitivo acquisto della titolarità del diritto).

Al riguardo, alcuni autori, ponendo l'accento sull'elemento psicologico del possesso, hanno proposto di distinguere l'ipotesi in cui l'acquirente sia a conoscenza dell'altruità del bene, da quelle in cui tale consapevolezza manchi⁵⁷⁶.

In questo modo, mentre nel primo caso sarebbe possibile configurare una mera ipotesi di detenzione, nel secondo caso si configurerebbe, invece, in capo all'acquirente, una situazione possessoria, giacché quest'ultimo crede di acquistare dal legittimo proprietario⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ La giurisprudenza, infatti, ha ammesso che il venditore può adempiere la propria obbligazione anche «*inducendo il vero proprietario a prestare il suo consenso al trasferimento della proprietà*», così Cass., 21 febbraio 1986, n. 1052, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 674 ss.; conf., Cass., 26 giugno 2006, n. 14751, in *Impresa*, 2006, 12, 1870; in proposito, cfr., ampiamente, *supra*, cap., IV, § 1.

⁵⁷⁵ BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 725, spec., nt., 5, il quale evidenzia come una consegna anticipata potrebbe essere possibile in tutti quei casi in cui il bene si trovi nella disponibilità del venditore, senza, dunque, alcun pregiudizio per il proprietario. Ad ogni modo, prima della scadenza del termine fissato per il trasferimento della proprietà, il compratore non ha una pretesa attuale alla consegna del bene da parte dell'alienante, salvo diverso accordo tra le parti.

⁵⁷⁶ GRASSO, *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 842; nello stesso senso, altresì, LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, cit., 554.

⁵⁷⁷ Invero, a prescindere dalla rilevanza dell'*animus possidendi* dell'acquirente, si configurerebbe, in tal caso, un'ipotesi di acquisto *a non domino*, con possibilità da parte dell'acquirente in buona fede, di ottenere l'acquisto del bene mediante la regola del possesso vale titolo (art. 1153 c.c.), ove si tratti di beni mobili, ovvero per il tramite dell'usucapione abbreviata negli altri casi (art. 1159 c.c.); in questo senso, cfr., LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 123; BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 738; SIRENA P., *L'effetto traslativo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, Torino, 2007, 460; sul punto cfr., altresì, MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 741.

Ad ogni modo, si evidenzia come la fattispecie in esame rappresenti pur sempre un contratto ad effetti reali, sebbene questi ultimi siano differiti⁵⁷⁸: il contratto concluso tra l'alienante e l'acquirente, costituisce, pertanto, pur sempre titolo (astrattamente) idoneo all'acquisto del diritto, sicché non sarebbe possibile parlare di «vendita del possesso»⁵⁷⁹.

* * *

Con riferimento alle figure negoziali tendenti a consolidare, in capo all'*accipiens*, una vera e propria posizione dominicale, può richiamarsi, altresì, l'ipotesi della vendita con riserva di proprietà (art. 1523 ss. c.c.)⁵⁸⁰.

Nella vendita con riserva di proprietà, il venditore si obbliga a consegnare il bene al momento della conclusione del contratto mentre l'acquirente si obbliga al pagamento rateale del prezzo; quest'ultimo, pur assumendo immediatamente i rischi relativi alla cosa acquistata (in deroga, dunque, alla disciplina di cui all'art. 1465 c.c., secondo il quale il rischio del perimento del bene incombe sempre sul proprietario), ne acquisterà la proprietà

⁵⁷⁸ SIRENA P., *L'effetto traslativo*, cit., 460; PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1073, la quale evidenzia come sarebbe prospettabile l'acquisto del mero possesso in capo all'acquirente e, tuttavia, si tratterebbe di una situazione non stabile in quanto finalizzata all'acquisto del diritto di proprietà.

⁵⁷⁹ La vendita del mero possesso non sarebbe configurabile neppure nell'ipotesi in cui l'alienante non riesca a procurare l'acquisto al promissario acquirente, giacché in tal caso si sarà semplicemente in presenza di un contratto inadempito; in questo senso, tra gli altri, PADULA L. *La «vendita del possesso»*, cit., 842; RUBINO D., *La compravendita*, cit., 80, nt. 5.

⁵⁸⁰ In proposito alcuni autori hanno correttamente osservato come la fattispecie della vendita con riserva della proprietà, possa essere ricompresa solo in senso «atecnico» nella figura della vendita obbligatoria, ossia solo per indicare il differimento dell'effetto reale rispetto al perfezionamento del contratto; ciò, in quanto, nella vendita con riserva della proprietà, il verificarsi dell'effetto traslativo non dipende dall'adempimento di un'obbligazione da parte del venditore, quanto da un comportamento dell'acquirente; in questo senso cfr., ALCARO F., *Vendita con riserva della proprietà*, in *Tratt. Contr.*, diretto da Rescigno e Gabrielli E., VII, *I contratti di vendita*, II, a cura di Valentino, Torino, 2007, 745; ALBANESE A., *La vendita con riserva della proprietà*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo, coodiretto da Benedetti, Milano, 2014, 474; BOCCHINI F., *Vendita con riserva di proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 11, III, 2° ed., Torino, 2008, 709, *sub* nt. 8. Ricondono, invece, la fattispecie in esame alla figura della vendita obbligatoria, tra gli altri, GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, cit., 220; LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 79.

solo al momento del pagamento dell'ultima rata del prezzo⁵⁸¹. Il trasferimento della proprietà, differito ad un momento successivo, non sarebbe tuttavia certo, giacché se l'acquirente non pagasse tutte le rate del prezzo pattuito, non si verificherebbe l'effetto traslativo.

Tanto premesso, non è possibile individuare unanimità di opinioni in merito alla qualificazione giuridica del godimento dell'acquirente rispetto al bene anticipatamente consegnato: mentre una parte della dottrina e della giurisprudenza⁵⁸², ritiene che l'acquirente sia un mero detentore, alcuni autori hanno individuato, invece, un'ipotesi di trasferimento del possesso del bene⁵⁸³.

⁵⁸¹ Sebbene la disciplina in esame sia collocata nella sezione relativa alla vendita di beni mobili, si ritiene applicabile anche con riferimento ai beni immobili; cfr., MACCIONI G., *La locazione e la valorizzazione dell'autonomia contrattuale. Il rent to buy* e altre "nuove" formule per favorire le transazioni immobiliari, in *Le locazioni commerciali*, AA. VV., Padova, 2015, 390; LUZZATTO R., *La compravendita*, ed. a cura di Persico G., Torino, 1961, 517; GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, cit., 702, sub nt. 52; CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, II, 955; BOCCHINI F., *Vendita con riserva di proprietà*, cit., 708; Cass., 12 novembre 1998, n. 11433, in *Banche dati Pluris*.

⁵⁸² Cass., 25 novembre 1991, n. 12629, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1357 ss.; GRASSO, *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, cit., 708, il quale risolve il problema prescindendo dalla natura del contratto e avendo riguardo esclusivamente all'*animus* dell'acquirente. Secondo l'A., mancherebbe in capo all'acquirente l'*animus possidendi*, giacché, quest'ultimo, non dispone del bene con la pienezza e l'assolutezza che connotano, invece, l'esercizio del diritto reale. Invero, «*In pendenza del rapporto, potendo anche essere tenuto a restituire il bene in caso di risoluzione, l'acquirente deve conservare integra la cosa per tutelare le ragioni del venditore (art. 1358 c.c.). Attraverso la consegna, quindi, il compratore consegue un diritto personale di godimento che implica la mera detenzione del bene*».

⁵⁸³ BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 590-591; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32-33, il quale evidenzia come il titolo iniziale sia idoneo a produrre gli effetti giuridici finali e, dunque, a dar vita ad un'aspettativa reale in capo all'acquirente-debitore; SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, cit., 114, il quale ammette la possibilità di configurare una situazione possessoria sul presupposto che si consideri l'acquirente con riserva di proprietà quale titolare di un diritto reale (sia pure a termine iniziale o condizionato); e *ivi* una ricostruzione delle diverse soluzioni offerte sul punto da parte delle dottrine; PADULA L., *La «vendita del possesso»*, cit., 841, il quale tuttavia evidenzia come, nonostante l'anticipato trasferimento del possesso, la fattispecie si collochi pur sempre all'interno di un negozio diretto al trasferimento della titolarità del bene e, pertanto, la vicenda non potrebbe qualificarsi alla stregua di una vera e propria «vendita del possesso». Nel caso di vendita a rate con riserva di proprietà può configurarsi, altresì, l'ipotesi in cui l'alienante, decida, prima del pagamento dell'ultima rata da parte dell'acquirente, di riacquistare la proprietà del bene; in proposito, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 18; l'ipotesi da ultimo indicata, rinvia, invero, alla fattispecie di vendita di beni già di proprietà del compratore; in proposito cfr., *supra*. Per tali osservazioni v., in particolare, PADULA L., *op. ult. cit.*, 840; CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., 996 ss.; in giurisprudenza, tra le altre, cfr., Cass., 19 ottobre 1992, n. 11450, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Vendita*, 56; Cass., 26 gennaio

Invero, la soluzione dipende dalle differenti ricostruzioni offerte rispetto a questo tipo di vendita. Molteplici sono, infatti, le qualificazioni proposte⁵⁸⁴: si è parlato, al riguardo, di vendita obbligatoria⁵⁸⁵, di vendita sottoposta a condizione sospensiva⁵⁸⁶ ovvero risolutiva, di effetto traslativo immediato⁵⁸⁷

1987, n. 704, in *Mass. Foro it.*, 1987; Cass., 27 giugno 1972, n. 2190, in *Foro it.*, 1972, II, 1, 2389 ss.

⁵⁸⁴ Per una ricostruzione delle diverse soluzioni offerte, cfr., tra gli altri, LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 102 ss.; ALCARO F., *Vendita con riserva della proprietà*, cit., 744 ss., e *ivi*, altresì, un esame critico delle diverse opinioni prospettate; ALBANESE A., *La vendita con riserva della proprietà*, cit., 474 ss.; UGOLINI S., *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, cit., 86 ss.; CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, cit., 123 ss.; BOCCHINI F., *Vendita con riserva di proprietà*, cit., 709, *sub nt.* 8; in proposito, cfr., altresì, CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., 974 ss., il quale evidenzia le profonde differenze tra l'acquirente con riserva di proprietà e la posizione di colui che abbia acquistato la proprietà sotto condizione sospensiva ovvero a termine iniziale. In particolare, l'A. osserva come nella vendita con riserva di proprietà, l'acquisto da parte del compratore è, secondo l'intenzione dei contraenti e della stessa legge, già «definitivo»; e «*la riserva è stipulata solo al fine di garantire il venditore per il caso in cui l'evento patologico non voluto renda impossibile l'attuazione dell'intento perseguito*».

⁵⁸⁵ In questo senso, cfr., tra gli altri, CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, cit., 125.

⁵⁸⁶ In questo senso, prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice, GORLA G., *La compravendita e la permuta*, cit., 319, il quale evidenzia, tuttavia, come il verificarsi della condizione non avrebbe effetto retroattivo (in quanto, per volontà delle parti, la proprietà passa solo al momento del pagamento del prezzo). In particolare, secondo l'A., al verificarsi dell'evento (pagamento del prezzo), si avrebbe una proprietà a termine finale per il venditore e una a termine iniziale per l'acquirente. Afferma il carattere condizionale della riserva, altresì, BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 232 ss., il quale evidenzia come un simile meccanismo consentirebbe di tutelare maggiormente le aspettative dei contraenti, in quanto precluderebbe ai terzi la possibilità di incidere sul regolamento di interessi voluto dai primi; in senso critico, tra gli altri, BOCCHINI F., *Vendita con riserva di proprietà*, cit., 710, *sub nt.* 8, il quale evidenzia come il pagamento del prezzo rappresenti un elemento essenziale dello scambio e, pertanto, non può allo stesso tempo costituire l'oggetto di un elemento accidentale del contratto; LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 102 ss., il quale evidenzia, altresì, come tale ricostruzione non tenga conto della circostanza che l'obbligazione di corrispondere il prezzo nasce fin dal momento della conclusione del contratto.

⁵⁸⁷ BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, cit., 587 ss., secondo il quale il compratore acquisterebbe immediatamente il diritto di godimento sul bene mentre il venditore conserverebbe solamente un diritto reale tipico di garanzia; in senso critico, tra gli altri, LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 102 ss., il quale evidenzia come una simile soluzione sarebbe in contrasto con lo stesso dettato legislativo, il quale espressamente subordina l'effetto traslativo al pagamento di tutto il prezzo e rinvia il passaggio del rischio al momento della consegna del bene.

ovvero di doppia proprietà, con diverso contenuto, a favore del venditore e del compratore⁵⁸⁸.

Tanto premesso, con riferimento alla posizione giuridica del compratore chi scrive ritiene che, in un simile contesto, appaiano maggiormente coerenti con la disciplina prevista dal legislatore, quegli orientamenti diretti a ravvisare, in capo al compratore, una vera e propria «aspettativa reale» rispetto all'acquisto della proprietà del bene⁵⁸⁹. Si osserva, infatti, che, non solo al

⁵⁸⁸ In senso critico, alla teoria della doppia proprietà, tra gli altri, LUMINOSO A., *op. ult. cit.*, 103, il quale evidenzia come nel nostro ordinamento non risulti possibile la coesistenza di due proprietà sul medesimo bene.

⁵⁸⁹ ALCARO F., *Vendita con riserva della proprietà*, cit., 752 ss., ove, con riferimento alla situazione possessoria dell'acquirente, si evidenzia che: «Ipotizzare (...) una qualificazione della disponibilità del bene in termini di detenzione, sia pur qualificata, supporrebbe a monte un titolo attributivo di un diritto di carattere obbligatorio che mal si concilia con la vendita, nel cui contesto quella disponibilità si colloca»; ALBANESE A., *La vendita con riserva della proprietà*, cit., 480; CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., 980 ss., secondo il quale «il compratore, anche quando non è ancora divenuto proprietario, merita di essere trattato come se già lo fosse. Il suo godimento non è destinato a cessare come quello del conduttore, ma a durare come quello di chi ha già la proprietà»; parla di vera e propria situazione soggettiva reale, BOCCHINI F., *Vendita con riserva di proprietà*, cit., 711 ss., il quale, ponendo l'accento sulla disciplina riservata dal legislatore a tale fattispecie e, in particolare, alla posizione dei contraenti, nel tempo che intercorre tra la data di stipulazione del contratto e quella di ultimazione del pagamento, afferma la natura reale di entrambe le situazioni soggettive, con la conseguenza che l'acquirente potrà avvalersi di tutte le azioni a tutela dei diritti reali, sia di carattere petitorio che possessorio (mentre nessuno dei due contraenti potrebbe alienare la proprietà c.d. piena del bene, in quanto ne è privo). «La delineata configurazione di un vincolo di destinazione inerente al bene venduto permette di ricostruire le due situazioni soggettive in modo speculare, in quanto ad entrambe le situazioni si connette un interesse giuridicamente rilevante alla attuazione del diritto di proprietà. Si tratta di due situazioni con un contenuto di analoga natura e con la facoltà aggiuntiva per il compratore di sfruttamento del bene: entrambe le situazioni hanno natura reale, e sono tipiche del regolamento della vendita con riserva di proprietà: solo un inveterato preconetto di individuare comunque il titolare del c.d. «diritto fondamentale» ha suggerito al legislatore del 1942 di qualificare come proprietà quella del venditore e non qualificare affatto quella del compratore»; ritiene che l'acquirente goda, *medio tempore*, di una posizione giuridica soggettiva di natura reale, altresì, MACCIONI G., *La locazione e la valorizzazione dell'autonomia contrattuale. Il rent to buy" e altre "nuove" formule per favorire le transazioni immobiliari*, cit., 391, il quale evidenzia come tale posizione giuridica soggettiva non si ponga in contrasto con il principio del numero chiuso dei diritti reali, giacché si tratta di una posizione espressamente prevista e disciplinata dalla legge (cfr., *Id.*, *op. ult. cit.*, 391, *sub nt.*, 2; così, altresì, LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 104); RUBINO D., *La compravendita*, cit. 437 ss.; tutti gli A., citati evidenziano come il compratore sia titolare di una situazione soggettiva di aspettativa in merito all'acquisto del diritto, che gli consente di assumere qualsiasi iniziativa rispetto al bene, purché non risulti in contrasto con i vincoli derivanti dalla riserva della proprietà a garanzia del venditore. Ravvisa nel contratto di vendita con riserva di proprietà un titolo idoneo a dar vita ad un'aspettativa reale a favore dell'acquirente, altresì, GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 33;

compratore è attribuito il godimento del bene con il relativo passaggio del rischio di perimento ma al suo comportamento unilaterale è, altresì, collegato il trasferimento della proprietà.

Alla presenza di una vera e propria aspettativa reale conseguirebbe, dunque, la configurabilità di una situazione possessoria⁵⁹⁰.

E' evidente, tuttavia, come, nella fattispecie in esame, l'acquisto del possesso a favore del compratore si collochi all'interno di una vicenda diretta alla produzione degli effetti giuridici finali, ove il titolo iniziale risulta invero idoneo ad attribuire al compratore una vera e propria aspettativa reale in ordine al trasferimento della proprietà, sicché non viene in considerazione l'ipotesi di una cessione autonoma del possesso⁵⁹¹.

Per lo stesso motivo, deve escludersi la possibilità di equiparare la figura della vendita con riserva di proprietà al preliminare con consegna anticipata del bene.

E, infatti, mentre nella vendita con riserva di proprietà, l'acquirente esercita il godimento del bene sulla base del medesimo titolo idoneo a produrre l'effetto finale (in virtù di un mero comportamento dello stesso), nella sequenza preliminare-definitivo, indipendentemente dalla ricostruzione che se ne voglia offrire (salvo non si ipotizzi una vendita già perfetta ma con effetti reali

LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 103 ss., secondo il quale il compratore acquisterebbe «una posizione reale (complessa), dotata cioè di inerenza od opponibilità erga omnes, nella quale confluiscono sia un diritto (reale limitato) di godimento sul bene sia una aspettativa (reale) di acquisto della proprietà (...)»; ravvisa un autentico diritto reale a favore dell'acquirente, ancorché sui *generis*, altresì, CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, cit., 126.

⁵⁹⁰ In questo senso, cfr., tra gli altri, gli autori citati nella nota precedente; *contra*, LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, cit., 554, sul presupposto della presenza di una serie di norme (art. 1523 ss.) previste a favore dell'alienante che risulterebbero incompatibili con l'eventuale cessione del possesso.

⁵⁹¹ *Contra*, ravvisa un'ipotesi di trasferimento del possesso senza il corrispondente trasferimento del diritto di proprietà, per il tempo che intercorre tra la conclusione del contratto e il pagamento dell'ultima rata del prezzo, PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1072 ss., l'A., ipotizza, altresì, l'ipotesi in cui il venditore riacquisti il bene dal compratore prima che questo paghi tutte le rate del prezzo. In tal caso, l'unico oggetto del trasferimento sarebbe il possesso (invero, tale fattispecie rientrerebbe nell'ipotesi di acquisto di cosa già propria sopra esaminata).

differiti), ciò non si verifica, essendo in tal caso necessario il compimento di un «atto» ulteriore per il verificarsi dell'effetto traslativo⁵⁹².

* * *

All'interno di quelle fattispecie che, pur producendo effetti meramente obbligatori, tendono al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale e rispetto ai quali si è posto il problema di qualificare la posizione di colui che riceve il godimento anticipato del bene⁵⁹³, possono altresì richiamarsi, ad esempio, l'ipotesi dell'assegnazione di alloggi popolari in godimento⁵⁹⁴ con

⁵⁹² Evidenziano la differenza tra l'ipotesi della vendita con riserva di proprietà e sequenza preliminare-definitiva, tra gli altri, ALCARO F., *Vendita con riserva della proprietà*, cit., 753; Id., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 92, il quale sottolinea come nella vendita con riserva di proprietà, a differenza di quanto accade nel preliminare «ad effetti anticipati», la disponibilità del bene da parte dell'acquirente si inserisca già nello svolgimento del procedimento attributivo dell'effetto reale finale; GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32 ss., il quale evidenzia come, anche a voler ravvisare nel definitivo un atto solutorio non negoziale, l'anticipata disponibilità del bene da parte del promissario acquirente deve confrontarsi con una vicenda ancora in *itinere* con riferimento alla creazione del *modus acquirendi*, laddove nella vendita con riserva di proprietà l'acquirente è possessore fin dalla consegna del bene, in virtù dell'idoneità del titolo iniziale a produrre gli effetti giuridici finali; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1141-1142: «la fattispecie in esame differisce nettamente da tale figura contrattuale (la vendita con riserva di proprietà) per il fatto che nella seconda l'acquisto della proprietà dipende esclusivamente dall'acquirente, nella prima, invece, esso si verifica a seguito della stipulazione di un successivo contratto, il quale evidentemente esige l'intervento del venditore, oppure, in caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre, per il tramite della sentenza costitutiva del giudice ex art. 2932 c.c.»; al riguardo, autorevole dottrina ha escluso la presenza di una situazione possessoria in tutti quei casi in cui l'acquisto della proprietà di un bene in capo ad un soggetto non dipenda esclusivamente da lui: «In quelle ipotesi, in cui possiamo dire che il soggetto non acquisterà la proprietà se non per effetto di un atto il cui compimento non dipende soltanto da lui, è agevole ritenere che egli non ha protezione petitoria, e perciò non ha diritti reali, e perciò non ha possesso», così SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, cit., 113; BOZZI G., *I contratti preparatori*, cit., 144, il quale evidenzia come nel preliminare complesso l'acquisto della proprietà della cosa non derivi dal medesimo titolo attributivo del godimento ma implichi necessariamente l'intervento del promittente venditore ovvero del giudice; in questo modo, il promissario acquirente sarebbe sempre un creditore rispetto al trasferimento del diritto e non titolare di un diritto reale.

⁵⁹³ In argomento, cfr., altresì, ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, cit., 92 ss.

⁵⁹⁴ L'attribuzione dell'alloggio, all'interno dell'edilizia residenziale pubblica, consta di due distinte fasi, la prima di tipo amministrativo, diretta ad accertare la mera sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge e la seconda, di tipo privatistico, relativa al contratto di godimento dell'alloggio stesso che interviene tra ente ed assegnatario. Tale assegnazione può avvenire secondo differenti schemi (cfr., GRASSO G., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, cit., 358): l'assegnazione in proprietà con cui l'assegnatario acquista la titolarità del bene fin dall'inizio; l'assegnazione in godimento, spesso inquadrata

patto di futura vendita, che si rinviene in materia di edilizia residenziale pubblica ovvero quella del *leasing* traslativo⁵⁹⁵, in cui lo scopo del futuro

nell'ambito della locazione ovvero secondo un'ulteriore schema, che prevede l'assegnazione in godimento con contestuale patto di cessione della proprietà. In quest'ultima ipotesi, si possono, altresì, distinguere due schemi differenti: il primo costituito da un contratto di locazione con relativo pagamento dei canoni fino all'acquisto della proprietà e, un secondo tipo, in cui al canone di locazione si aggiunge il pagamento rateale del prezzo d'acquisto, sicché al momento dell'accordo definitivo si avrà il solo effetto traslativo. Quest'ultima previsione è quella che ha suscitato i maggiori dubbi, sia in dottrina che in giurisprudenza, in merito alla posizione dell'assegnatario. Al riguardo, mentre una parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene di poter ravvisare una posizione possessoria, sul presupposto che si tratti di una convenzione che, per quanto ad effetti obbligatori, è diretta a realizzare il trasferimento della proprietà del bene (in questo senso, Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, cit.; in dottrina, tra gli altri, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 154; la quale evidenzia che, anche a voler assumere una posizione rigorosa, non potrebbe comunque impedirsi all'assegnatario di mutare il proprio *animus* e di far subentrare nel godimento un altro soggetto, il quale potrà mantenere quella situazione fino al momento in cui l'ente non agisca per riottenere l'immobile); un diverso orientamento ritiene, invece, che sia configurabile un'ipotesi di mera detenzione [cfr., tra gli altri, GRASSO G., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, cit., 361 ss.]. A sostegno della detenzione, si evidenzia, in particolare, come a differenza della vendita con riserva di proprietà, in cui la proprietà del bene si acquista automaticamente al momento del pagamento dell'ultima rata del prezzo pattuito, nell'assegnazione con patto di futura vendita è necessario, invece, un successivo contratto di cessione (cfr., in C. Stato, 27 aprile 1987, n. 244, in *Rep. Foro it.*, I, 1987, voce *Edilizia popolare*, 111). Per escludere il passaggio immediato del possesso a favore dell'assegnatario, si pone in luce, altresì, come tale soluzione contrasterebbe con l'interesse dei consociati a che il bene venga ceduto a colui che ne abbia bisogno, ossia a colui il quale abbia effettivamente i requisiti richiesti dalla legge (e, infatti, si afferma che «l'ente proprietario o gestore, prima di trasferire la proprietà dell'alloggio, può ancora rilevare ragioni di decadenza dell'assegnatario dal diritto, collegate all'assegnazione con patto di futura vendita», così Cass., 10 settembre 1993, n. 9468, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Edilizia popolare*, 71).

⁵⁹⁵ Nell'ambito del *leasing* finanziario (con riferimento alla distinzione tra *leasing* operativo e finanziario, cfr., tra gli altri, DE NOVA G., *Contratto di «leasing» e controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, 329 ss.), si distinguono due diverse figure, il *leasing* di godimento e quello traslativo (Cass., 13 dicembre 1989, n. 5569, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 379 ss., con nota di Bonfante e in *Giur. it.*, I, 1, 741 ss., con nota di Clarizia; Cass., 13 dicembre 1989, n. 5572, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 741 ss.; Cass. Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, 177 ss.; *contra*, nega una simile distinzione sul presupposto che in entrambi i casi prevarrebbe la funzione di finanziamento, con conseguente impossibilità di applicare la disciplina di cui all'art. 1526 c.c., *ex multis*, Trib. Milano, 7 settembre 1992, in *Riv. it. leasing*, I, 1993, 250 ss.); mentre nella prima figura, secondo l'orientamento prevalente, risulta prevalente la funzione di finanziamento, la seconda sarebbe maggiormente incentrata intorno al futuro trasferimento del diritto di proprietà sul bene costituito in godimento. E, infatti, mentre nel *leasing* di godimento, avendo ad oggetto beni soggetti a rapida obsolescenza, i canoni pattuiti sono commisurati al mero corrispettivo per l'uso del bene, nel *leasing* traslativo, caratterizzato, invece, dalla presenza di beni destinati a sopravvivere rispetto alla durata pattuita del contratto, i canoni pagati non scontano solamente il valore di godimento del bene ma, altresì, una parte del valore stesso (cfr., ONORATO M., *Leasing c.d. «traslativo» ed inadempimento dell'utilizzatore: giurisprudenza e dottrina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 12, 611 ss.; in argomento cfr., altresì, VACCHIANO M., *Leasing finanziario, risoluzione del contratto e fallimento dell'utilizzatore: la sorte dei canoni percepiti dal concedente*, in *Foro it.*,

trasferimento del bene sembrerebbe prevalere rispetto a quello di finanziamento.

Ad ogni modo, anche con riferimento alle figure testé indicate, non è possibile trarre conseguenze favorevoli in merito all'autonoma cessione del possesso, in quanto trattasi di negozi pur sempre diretti al trasferimento del

1994, I, 179 ss., il quale evidenzia, altresì, le conseguenze che una simile distinzione potrebbe comportare rispetto all'eventuale esercizio dell'azione di cui all'art. 67, comma 2°, l. fall.). Per questo motivo, appare molto probabile che, in relazione a quest'ultima fattispecie, l'utilizzatore eserciterà il diritto d'opzione o comunque cederà tale diritto al terzo, dal momento che, altrimenti, l'intera operazione andrà a suo svantaggio, stante il maggior prezzo corrisposto rispetto a quanto dovuto per il mero godimento (in argomento, cfr., tra gli altri, LUCCHINI GUASTALLA E., *L'acquisizione del godimento attraverso fattispecie analoghe alla vendita*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, Torino, 2007, 69 ss.; LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 359 ss.). Proprio la particolare struttura del *leasing* traslativo, che consente di evidenziarne la funzione di trasferimento del bene, a discapito di quella di mero finanziamento, e di accostare, dunque, tale figura alla fattispecie della vendita con riserva di proprietà (in questo senso, tra gli altri, LUCCHINI GUASTALLA E., *L'acquisizione del godimento attraverso fattispecie analoghe alla vendita*, cit., 94), potrebbe sollevare l'interrogativo in merito alla possibilità di ravvisare nell'utilizzatore un vero e proprio possessore del bene e non un mero detentore. Al riguardo, può tuttavia evidenziarsi come, a differenza della vendita con riserva di proprietà, la quale è diretta fin dall'inizio a realizzare il trasferimento del bene, nel *leasing* traslativo l'acquisto è meramente eventuale e subordinato ad una distinta manifestazione di volontà da parte di entrambi i contraenti (per un'analisi della dottrina diretta ad evidenziare le differenze tra le due figure richiamate, cfr., LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., 370-371 ss.; ONORATO M., *Leasing c.d. «traslativo» ed inadempimento dell'utilizzatore: giurisprudenza e dottrina*, cit., *passim*). Invero, sul punto si sono formati, due diversi orientamenti. Da un lato troviamo la giurisprudenza e una parte della dottrina diretta ad equiparare il *leasing* «traslativo», alla figura della vendita con riserva di proprietà, con conseguente applicazione dell'art. 1526 c.c., nell'ipotesi in cui il compratore sia inadempiente all'obbligazione di pagare le rate del prezzo. Di conseguenza, a fronte della risoluzione del contratto, il venditore non potrebbe trattenere le rate già versate ma soltanto domandare un equo compenso per l'uso del bene oltreché il risarcimento del danno. La dottrina prevalente, invece, contesta la distinzione tra *leasing* «di godimento» e «traslativo» (cfr., tra gli altri, CLARIZIA R., *La tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria*, in *Riv. it. leasing*, 1993, 1, 257 ss.). A sostegno di ciò, si osserva che la distinzione finirebbe per assegnare rilievo a valutazioni di carattere meramente soggettivo o a circostanze imprevedibili al momento della conclusione del contratto come, ad esempio il valore del bene alla fine del rapporto. In particolare, l'accostamento alla vendita con riserva di proprietà trascurerebbe la natura prettamente finanziaria del contratto di *leasing*, il cui scopo consiste nel mettere a disposizione dell'utilizzatore un bene per soddisfare le proprie esigenze e non quello di trasferire il medesimo bene, attraverso una dilazione del pagamento del prezzo. Secondo la dottrina testé citata, dunque, l'ipotesi di inadempimento dell'utilizzatore andrebbe regolata secondo le disposizioni sul contratto in generale relative ai rapporti di durata e, in particolare, secondo quanto previsto dall'art. 1458, comma 1, c.c.; con la conseguenza che il concedente avrebbe diritto a trattenere i canoni già corrisposti, oltre al risarcimento del danno subito.

diritto di proprietà⁵⁹⁶ e, ad ogni modo, l'acquisto del diritto sarebbe, in entrambi i casi, subordinato ad un successivo negozio di trasferimento.

5. Ricostruzione della posizione del promissario acquirente alla luce della natura del contratto preliminare «complesso».

A ben vedere, nell'ambito di quelle fattispecie negoziali tese al trasferimento della proprietà, idonee, dunque, a sollevare l'interrogativo in merito alla circolazione contrattuale del possesso, è possibile, altresì, ricondurre il contratto preliminare ad effetti anticipati.

E' necessario, tuttavia, precisare che tale fattispecie contrattuale non è di per sé riconducibile alla «vendita del possesso», in cui, dunque, la cessione del possesso andrebbe a costituire l'unica causa dell'accordo. E, infatti, ove ci si ponga il problema dell'acquisto del possesso quale effetto anticipato del contratto preliminare, l'eventuale cessione non assumerà una propria autonoma causa, ma si collocherà all'interno di una più ampia vicenda diretta al trasferimento del diritto⁵⁹⁷.

Come anticipato, in dottrina e in giurisprudenza non è possibile ravvisare unanimità di opinioni in merito alla qualificazione giuridica del potere di fatto del promissario acquirente immesso anticipatamente nel godimento della *res*.

In proposito, se si ritiene maggiormente opportuno aderire alla tesi che individua nel «titolo» in forza del quale si è iniziato ad esercitare il potere sulla cosa, l'elemento discrezionale tra possesso e detenzione, l'indagine in merito alla situazione del promissario acquirente dovrà necessariamente muoversi dalla

⁵⁹⁶ In questo senso, PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1073.

⁵⁹⁷ Per tali osservazioni, cfr., altresì, GRASSO G., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, cit., 374.

possibilità di individuare, nel contratto preliminare, un titolo idoneo per l'acquisto del possesso.

Al riguardo, può allora evidenziarsi che, come si è avuto modo di dimostrare in precedenza, il contratto preliminare c.d. complesso non è altro che un ordinario contratto preliminare al quale si aggiungono, per espressa previsione delle parti, alcune pattuizioni «provvisorie» dirette ad assicurare l'esecuzione anticipata delle prestazioni finali.

Si tratterebbe, dunque, al pari di quanto avviene con il preliminare «puro», di un accordo volto alla creazione di un mero vincolo strumentale ai fini della conclusione del successivo contratto al quale dovranno successivamente riferirsi tutti gli effetti obbligatori e reali, in occasione del quale, tuttavia, le parti anticipano l'esecuzione delle loro prestazioni, al fine di soddisfare diversi interessi.

A ben vedere, in una simile prospettiva, la posizione del promissario acquirente non potrebbe non essere qualificata come mera detenzione (seppur qualificata in quanto esercitata nel proprio interesse), giacché quest'ultimo avrebbe solamente un diritto di credito all'acquisto, derivando la materiale disponibilità del bene da un accordo meramente obbligatorio.

La soluzione, invero, non sarebbe diversa ove si considerassero quei diversi schemi negoziali, invalsi nella prassi, diretti a riservare al contratto definitivo il mero compito di attuare il trasferimento della proprietà.

Anche rispetto a questi accordi, infatti, il definitivo non rappresenterebbe un mero fatto idoneo ad avverare la condizione apposta al preliminare ovvero a renderne definitivi gli effetti, giacché, altrimenti, si avrebbe un solo contratto (il preliminare) e, dunque, un solo titolo idoneo a giustificare l'inizio del possesso da parte del promissario acquirente⁵⁹⁸ (alla stregua di quanto visto con riferimento alla vendita con riserva di proprietà).

Invero, come anticipato, chi scrive ritiene che anche nell'ipotesi in cui le parti diano immediatamente attuazione al contegno esecutivo finale, sia

⁵⁹⁸ Per tali osservazioni cfr., GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, cit., 32; LUMINOSO A., *La vendita*, cit., 657.

possibile ravvisare la presenza di due contratti, ove al definitivo è affidato il compito di realizzare l'effetto traslativo, del quale rappresenterebbe la fonte. Di conseguenza, sulla scorta di una simile ricostruzione, deve ritenersi che nulla muti rispetto alla posizione del promissario acquirente, giacché, il contratto preliminare, in quanto mero contratto obbligatorio e non, dunque, fonte immediata degli effetti traslativi finali, non sarebbe, comunque, idoneo a giustificare la posizione possessoria.

Da quanto premesso, deve ritenersi che il contratto preliminare «complesso», in quanto contratto ad effetti meramente obbligatori, sebbene incluso in una vicenda diretta alla realizzazione dell'effetto traslativo, non sia in grado di giustificare l'acquisto del possesso a favore del promissario acquirente.

Alla luce di ciò, salvo l'ipotesi di una successiva interversione del possesso di cui all'art. 1141, comma 2° c.c., l'unico modo per giungere ad una diversa conclusione in merito alla posizione del promissario acquirente rispetto al bene anticipatamente consegnato, sarebbe quello di ammettere l'autonoma trasferibilità del possesso mediante un ulteriore accordo distinto e autonomo rispetto al contratto preliminare. E, tuttavia, per le considerazioni sopra svolte, sebbene non sia ravvisabile nel nostro ordinamento una norma che espressamente vieti una cessione nei termini testé prospettati, non sembra comunque possibile legittimare un simile accordo⁵⁹⁹.

Dalla qualificazione del promissario acquirente quale mero detentore qualificato, deriva l'impossibilità di riconoscere l'acquisto del bene per usucapione nell'ipotesi in cui le parti non giungano alla conclusione del definitivo, a meno che il promissario non dimostri l'intervenuta interversione del possesso. Di contro, nell'ipotesi in cui il promittente alienante faccia valere

⁵⁹⁹ In proposito cfr., in particolare, le osservazioni di GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 323 ss., «Concretandosi il possesso e la detenzione nelle "attività" che richiedono l'effettivo esercizio del relativo potere e non essendo sufficiente il loro mero riconoscimento negoziale, se ad un soggetto viene attribuito il possesso su di un bene tramite contratto ma non v'è da parte sua il comportamento del possessore, connotato dal corpus e dall'animus possessionis, è evidente che non vi sarà alcun possesso da parte del promittente acquirente. Il contratto non attribuisce il possesso del bene ma legittima, al più, ad acquistarlo». In particolare, l'A. sottolinea, altresì, come attraverso la stipula del contratto preliminare le parti non intendano realizzare la «cessione» del possesso, quanto il trasferimento della proprietà: «la giustificazione dell'affare non è la cessione del mero possedere».

il decorso del termine per la stipula del definitivo, il promissario acquirente sarà tenuto a restituire il bene senza potersi avvalere della disciplina di cui all'art. 1148 c.c.; egli, sarà pertanto tenuto a restituire tutti i frutti naturali e civili maturati dal momento in cui ha acquisito la materiale disponibilità del bene⁶⁰⁰. Il promissario acquirente non avrà inoltre diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie ovvero all'indennità per i miglioramenti di cui all'art. 1150 c.c.⁶⁰¹ e, di conseguenza, all'esercizio della ritenzione di cui all'art. 1152 c.c.⁶⁰² Infine, la tutela del promissario acquirente dovrà ritenersi circoscritta alla sola azione di reintegrazione di cui all'art. 1168, comma 2° c.c.⁶⁰³ e, pertanto, in presenza di molestie ovvero di spoglio non violento o clandestino, quest'ultimo sarà tenuto a rivolgersi al promittente venditore.

⁶⁰⁰ Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533, cit.

⁶⁰¹ Cass., 22 marzo 2011, n. 6489, cit.: «*Colui il quale abbia acquistato il possesso di un fondo agricolo a titolo di esecuzione anticipata di un contratto preliminare non è possessore di esso, ma mero detentore qualificato. Ne consegue che, dichiarato nullo il contratto preliminare, al promissario acquirente non spetta né il diritto all'indennità per i miglioramenti previsto dall'art. 1150 cod.civ., né quello di ritenzione previsto dall'art. 1152 cod.civ., diritti attribuiti dalla legge unicamente al possessore di buona fede, e non anche al detentore, ancorché qualificato*»; Cass., 22 luglio 2010, n. 17245, cit.: «*La norma dell'art. 1150 cod. civ., che attribuisce al possessore, all'atto della restituzione della cosa, il diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie ed all'indennità per i miglioramenti recati alla cosa stessa, è di natura eccezionale e non può, dunque, essere applicata in via analogica al detentore; ne consegue che, qualora nella promessa di vendita venga concordata la consegna del bene prima della stipulazione del contratto definitivo, la relazione del promissario acquirente con il bene si definisce in termini di detenzione qualificata, sicché l'art. 1150 cod. civ. non si applica a tale ipotesi*».

⁶⁰² Ex multis, Cass., 19 agosto 2002, n. 12232, cit.

⁶⁰³ In argomento, cfr., FILIPPONE V., *Tutela possessoria per il c.d. "detentore qualificato"*, in *Foro pad.*, 2007, 1, 1, 226 ss.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

In apertura della presente ricerca si è evidenziata la finalità dalla medesima perseguita, ossia quella di individuare e di risolvere alcuni problemi di inquadramento e di disciplina applicabile al contratto preliminare c.d. «ad effetti anticipati» e, dunque, a quella «variante» della contrattazione preliminare caratterizzata dall'anticipata esecuzione delle prestazioni, la quale, frutto della prassi contrattuale – e, in particolare, come detto, di quella delle compravendite immobiliari – ha trovato largo impiego nel nostro ordinamento grazie alle numerose possibilità che essa offre ai contraenti, quale, in particolare, quella di dar luogo ad un graduale controllo sulla corretta esecuzione del rapporto prima che lo stesso assuma carattere definitivo.

L'assenza di un quadro normativo di riferimento specificatamente dedicato alle conseguenze derivanti dall'anticipata esecuzione delle prestazioni proprie del contratto definitivo, unita alla pluralità di soluzioni interpretative offerte – spesso contrarie alla possibilità di ricondurre la fattispecie in esame alla categoria della contrattazione preliminare –, ha reso, invero, necessaria una preliminare ricostruzione dello strumento contrattuale in esame, giacché, a quest'ultima, si ricollegano, come visto, una pluralità di conseguenze tutt'altro che marginali.

Al fine di offrire un corretto inquadramento dell'istituto, si è ritenuto, pertanto, opportuno muovere l'indagine dal significato oggi assunto dalla contrattazione preliminare.

In proposito, si è visto come i numerosi interventi, sia legislativi che giurisprudenziali, susseguitisi nel corso del tempo, abbiano condotto ad un progressivo allontanamento rispetto a quella ricostruzione astratta, frutto

dell'influenza germanica, cui il legislatore del 1942 fece riferimento nell'introdurre la fattispecie della contrattazione preliminare nel nostro ordinamento, a favore di una progressiva valorizzazione della sequenza procedimentale nel suo complesso.

Successivamente al definitivo riconoscimento legislativo del contratto preliminare, è stata, infatti, elaborata una pluralità di regole, la quale, presupponendo una maggiore intensità e ricchezza di contenuti, ha incoraggiato una «riconsiderazione» di quest'ultimo accordo, il quale, pur rimanendo un contratto preparatorio, fonte dell'obbligo principale di concludere un ulteriore e successivo contratto, diviene, tuttavia, un contratto obbligatorio «ad efficacia complessa», in quanto, non essendo estraneo alle prestazioni finali, obbliga le parti alla loro esecuzione o comunque alla loro preparazione. In altre parole, la nuova «dimensione» del contratto preliminare, fa sì che a quest'ultimo sia riconducibile l'obbligazione del «futuro» dare, la quale, lungi dal trasformarsi in un'obbligazione immediata di trasferire la proprietà del bene, obbliga le parti a porre in essere tutta quell'attività necessaria a garantire la conformità del rapporto finale a quanto in precedenza pattuito.

Le considerazioni testé brevemente richiamate in merito alla «moderna concezione» del contratto preliminare hanno, pertanto, consentito di confermare – al pari di quanto in precedenza sostenuto dall'orientamento maggioritario – la conciliabilità del contratto preliminare «complesso» con la fattispecie «pura».

In particolare, posto che il preliminare, pur essendo un contratto autonomo, risulta destinato a realizzare un assetto di interessi prodromico al definitivo, l'adempimento degli obblighi previsti nella fattispecie «complessa», non sarebbe altro che un'anticipata esecuzione delle prestazioni finali «connesse all'obbligo di contrarre»⁶⁰⁴.

Gli ulteriori obblighi assunti dalle parti in occasione della stipula del contratto preliminare, non rappresentano, dunque, un'esecuzione anticipata del contratto definitivo, ma specifiche e autonome obbligazioni le quali si

⁶⁰⁴ Così, RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, cit., 53.

aggiungono, per espressa volontà delle parti, all'obbligo principale di concludere un successivo contratto: tali obbligazioni accessorie, aggiungendosi all'obbligo principale derivante dal contratto preliminare, ne rendono più complesso il contenuto, senza tuttavia alterarne l'originaria funzione.

In tale prospettiva, le prestazioni anticipate rappresenterebbero delle mere obbligazioni provvisorie, giustificabili su un piano meramente economico e non giuridico e rispetto alle quali il definitivo andrà a sostituirne il titolo.

Ricostruito in questi termini il fenomeno dell'anticipata esecuzione delle prestazioni, si è, tuttavia, dato atto come, nella maggior parte dei casi sottoposti all'attenzione delle Corti, sia possibile assistere alla conclusione di accordi preliminari, i quali, lungi dall'obbligare semplicemente le parti, a concludere un successivo contratto, impongano, invece, ad esse l'immediata integrale attuazione del contegno esecutivo finale, rimettendo al definitivo il mero compito di realizzare l'effetto traslativo.

In altre parole, non pare potersi negare il fatto che, nelle concrete applicazioni quotidiane, la negoziazione preliminare si sia assestata sulla separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*, ove l'obiettivo perseguito dai contraenti, non è tanto quello di obbligarsi a concludere un successivo contratto, quanto piuttosto quello di separare l'effetto obbligatorio della vendita da quello reale.

Al problema della ricostruzione del contratto preliminare «complesso» non sembra, dunque, possa darsi risposta univoca ma sarà necessario tener conto, nel singolo caso concreto, del diverso atteggiarsi della volontà delle parti, al fine di verificare se le stesse abbiano voluto assumere con il negozio preliminare, un impegno meramente «formale» ovvero già «dispositivo-sostanziale», per riservare, in quest'ultimo caso, al contratto definitivo il mero compito di realizzare l'effetto traslativo.

Quanto osservato in merito al diverso atteggiarsi della fattispecie in esame, non esclude, tuttavia, la possibilità di individuare, in entrambe le ipotesi sopra prospettate, la presenza di due contratti, distinti ma al contempo collegati,

in quanto appartenenti ad un'unica sequenza procedimentale diretta alla realizzazione di un'unica operazione finale.

In particolare, è stato possibile individuare nel contratto definitivo sia una causa solutoria, in cui si estingue l'obbligo di contrarre assunto con il preliminare, sia una causa negoziale, ossia quella che avrebbe se lo stesso non fosse preceduto dal contratto preliminare e, dunque, lo scambio del diritto sul bene contro il prezzo, nell'ipotesi di contratto di compravendita. E, tuttavia, la prevalenza dell'una o dell'altra causa non può stabilirsi a priori ma sarà necessario verificare, in relazione alla singola vicenda contrattuale, se le parti abbiano voluto rinviare al successivo accordo l'attuazione del definitivo assetto di interessi ovvero se le stesse abbiano preferito riservare al contratto definitivo il mero compito di attuare il trasferimento del diritto.

Ricostruito in questi termini il contratto preliminare «complesso⁶⁰⁵», si è, nondimeno, osservato come la possibilità di individuare un diverso atteggiarsi dell'accordo in esame non escluda che, ai fini della determinazione del rapporto tra contratto preliminare e definitivo (con tutte le conseguente che da esso derivano⁶⁰⁶), sia pur sempre necessario un esame del singolo caso di specie che tenga conto del senso dell'operazione economica nel suo complesso. Invero, la qualifica del preliminare quale contratto che ha ad oggetto non solo «consensi» ma anche determinate «prestazioni», impedisce di fornire, quantomeno aprioristicamente, soluzioni estreme e, dunque, non consente, né di individuare nel preliminare la fonte esclusiva del rapporto negoziale, né all'opposto, di ritenere che il definitivo assorba completamente quanto pattuito in occasione del preliminare.

La ricostruzione offerta in merito al contratto preliminare «complesso» ha permesso, altresì, di escludere la presenza di una situazione possessoria in capo al promissario acquirente.

⁶⁰⁵ Come osservato (cfr., cap. IV, § 4), la locuzione «ad effetti anticipati» è rimasta nell'uso, sia giurisprudenziale che dottrinale, nonostante oggi si ritenga, pressoché unanimemente, che le obbligazioni aggiuntive non traggano la loro fonte nel definitivo ma nel preliminare. Alla luce di ciò, come detto, chi scrive ritiene, pertanto, più corretto riferirsi alla fattispecie oggetto di indagine con la formula contratto preliminare «complesso».

⁶⁰⁶ Cfr., in particolare, cap. IV, § 2.

In proposito, nonostante il problema in merito alla posizione del promissario acquirente rispetto al bene anticipatamente consegnato non riceva unanimità di opinioni, le osservazioni svolte nel presente lavoro non consentono di ravvisare nel contratto preliminare un titolo idoneo per l'acquisto del possesso.

Invero, anche nell'ipotesi in cui le parti diano immediata attuazione al contegno esecutivo finale, la fonte esclusiva dell'effetto traslativo rimane pur sempre il contratto definitivo; di conseguenza, il contratto preliminare, sebbene incluso in una vicenda diretta alla realizzazione dell'effetto traslativo, rimane un mero contratto obbligatorio e, come tale, non idoneo a giustificare una situazione possessoria.

Alla luce di ciò, l'unico modo per giungere ad una diversa soluzione in merito al potere del promissario acquirente sarebbe quella di ammettere una autonoma cessione del possesso, che si andrebbe ad aggiungere, in modo del tutto distinto ed autonomo, al contratto preliminare; tuttavia, nonostante non sia possibile individuare nel nostro ordinamento una norma che espressamente vieti una simile pattuizione, deve condividersi l'opinione di quanti ritengono che il possesso, in quanto mera «situazione di fatto», non sia suscettibile di autonomo trasferimento.

Bibliografia

Dottrina

AA. VV., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d.lgs. n. 122 del 2005*, a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005;

AA. VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D. Lgs. 122/2005 e prospettive*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Il Sole 24 Ore*, 1, 2006;

AA.VV., *Beni. Diritti reali. Possesso*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di Cendon, Milano, 2015;

ADILARDI G., *Il contratto preliminare*, Padova, 2008;

AGNESE A., *Il preliminare ad effetti anticipati e la vendita immobiliare: una storia di ordinaria contrattazione*, in www.diritto.it;

AGNINO F., *Le Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sul conflitto tra privilegio del promissario acquirente ed ipoteche sull'immobile*, in *Corr. giur.*, 2, 2009, 174 ss.;

AL MUREDEN E., *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004;

AL MUREDEN, *Stipulazione del contratto preliminare e diritto del mediatore alla provvigione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 799 ss.;

- ALABISO A., *Il contratto preliminare*, Milano, 1966;
- ALBANESE A., *La vendita con riserva della proprietà*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo, codiretto da Benedetti, Milano, 2014, 471 ss.;
- ALBERGO M., *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita Notarile*, 1998, 3, 1422 ss.
- ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F. D., Milano, 2003;
- ALCARO F., *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487 ss.;
- ALCARO F., *Vendita con riserva della proprietà*, in *Tratt. Contr.*, diretto da Rescigno e Gabrielli E., VII, *I contratti di vendita*, II, a cura di Valentino, Torino, 2007;
- ALESSI G., *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, 362 ss.;
- ALESSI R., *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1972, II, 438 ss.;
- AMBROSOLI M., *Tutela del promissario acquirente e vizi del bene*, in *I Contratti*, 6, 2002, 565 ss.;
- AMOROSO B., *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. e giur.*, I, 1964, 421 ss.;
- ANDRIOLI V., *Sub Art. 2744. (Divieto del patto commissorio)*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2° ed., VI, 1955;
- ANELLI F., *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996;

ARCHINÀ A., *La Corte di Cassazione si pronuncia sul contratto preliminare di vendita immobiliare “sulla carta”*: è valido, ma non rientra nell’ambito di applicazione del D.Lgs. n. 122/2005, in *Giur. it.*, 2012, 3, 564 ss.;

ARIETA G., *Sull’applicabilità al contratto preliminare di vendita dell’art. 1499 codice civile in tema di interessi compensativi*, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 161 ss.;

ASTUTI G., «*Promesse de vente vaut vente*», in *Riv. storia dir. it.*, 1953-1954, 247 ss.;

BALANTE A., *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *I Contratti*, 2009, 5, 527 ss.;

BALESTRA L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015;

BALESTRA L., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, in *Contr. e impr.*, 2, 1998, 988 ss.;

BALESTRA L., *Trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. e potere del curatore fallimentare ex art. 72, comma 1, l. fall.: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 12, 2015, 1293 ss.;

BARASSI L., *Diritti reali e possesso, II, Il possesso*, Milano, 1952;

BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971;

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P., diretto da F. D. Busnelli, 2° ed., 2010;

BECHINI U., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, 2, 1, 241 ss.;

- BÉNAC-SCHMIDT, F., *La promesse unilatérale de vente*, in *Recueil Dalloz Sirey*, Paris, 1990;
- BENEDETTI A. M., *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015;
- BERNARDINI M., *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 2, 687 ss.;
- BETTI V., *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 689 ss.;
- BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Milano, 2° ed., 2000;
- BIANCA C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957;
- BIANCA C. M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, 6, Milano, 1999;
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, 2° ed., vol. VII, a cura di Napoli e Vecchi, Torino, 1993;
- BIANCA C. M., *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970;
- BOCCHINI F., *Vendita con riserva di proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 11, III, 2° ed., Torino, 2008;
- BOLONDI E., *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*, in *Corr. Giur.*, 10, 2006, 1396 ss.;
- BOMBELLI M.-IATO M., *Trascrizione del preliminare e tutela dell'acquirente*, Padova, 2012;
- BOTTA C., *Operatività del divieto del patto commissorio e trasferimento in garanzia*, in *Notariato*, 1995, 225 ss.;

- BOYER L., *Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contracts*, in *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1949, 1 ss.;
- BOZZA G. – CANZIO E., *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, 317 ss.;
- BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, Torino, 2007;
- BRANCA G., *Il possesso come diritto affievolito*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, III, 1950;
- CALAMANDREI P., *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931;
- CALEO O., *Le Sezioni Unite cambiano rotta: l'ipoteca anteriore prevale sul privilegio del promissario acquirente*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 5, 341 ss.;
- CALISAI F., *Lo "smembramento" del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 180 ss.;
- CAMARDI C., (a cura di), *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999;
- CAMARDI C., *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e imp.*, 1998, 572 ss.;
- CAMILLERI E., *Alienazione in garanzia conclusa in forma preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 600 ss.;
- CAMILLERI E., *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e imp.*, 1, 1999, 98 ss.;

CAMPAGNOLI G., *In tema di contratto preliminare di vendita*, in *Dir. giur.*, 1953, I, 204 ss.;

CAMPIONE R., *Preliminare ad effetti anticipati, vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 6, 2002, 10758 ss.;

CANNATA C. A., «Traditio» causale e «traditio» astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di Sacco*, a cura di Cendon P., Milano, 1994;

CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, I, Milano, 1988;

CARBONE V., *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 5, 2015, 614 ss.;

CARIOTA FERRARA L., *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. giur.*, 1966, 705 ss.;

CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915;

CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 1, 29 ss.;

CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, vol. IV, (Atti del convegno svoltosi a Milano 10-12 aprile 1986), Milano, 1986;

CATERINA R., *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, a cura di Gambaro A. e Morello U., vol. I, Milano 2008;

CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, II, 945 ss.;

CAVICCHI D., *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, in *I Contratti*, 2008, 11, 995 ss.;

CELESTE A., *Le dinamiche delle compravendite immobiliari tra “inconcludenti superfetazioni” e “esigenze volte a bloccare l'affare”*, in *Immobili e proprietà*, 7, 2015, 416 ss.;

CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contr. e Impr.*, 1994, 1108 ss.;

CHIANALE A., *Il preliminare di preliminare. Intentio certa sese obligandi?*, in *Notariato*, 1, 2010, 42 ss.;

CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 673 ss.;

CHIANALE A., *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233 ss.;

CHIANALE A., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990;

CHIANALE A., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998;

CHIOSI A., *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2010, 543 ss.;

CHIOVENDA G., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 96 ss.;

CILIA L., *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*, in *I Contratti*, 11, 2004, 979 ss.;

CIMEI F., *In tema di preliminare di cosa parzialmente altrui*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1981 ss.;

CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000;

CLARIZIA R., *La tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria*, in *Riv. it. leasing*, 1993, 1, 257 ss.;

COGGI F., *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1987, III, 693 ss.;

CORRIAS P. E., *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, 3, 1005 ss.;

CORTUCCI D., *Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 627 ss.;

COTTURRI G., *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica II. Un caso di acquisto di abitazione sulla carta*, in *Dem. e dir.*, 1974, 269 ss.

COVIELLO L., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur. it.*, vol. III, parte III, sez. II, Milano, 1902, 68 ss.;

CUTURI T., *Della vendita, della cessione e della permuta*, Napoli-Torino, rist. 2° ed, 1923;

DALLA MASSARA T., *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e Storia del Dir. Priv.*, IV, 2011, 1 ss.;

DALMARTELLO A., *La consegna della cosa*, Milano, 1950;

DE CRISTOFARO M., *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per i vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, in *Corr. giur.*, 7, 1995, 841 ss.;

DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991;

DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare tra prassi e formazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case d'abitazione*, in *Contr. Impr.*, 2, 2012, 464 ss.;

DE NOVA G., *Contratto di «leasing» e controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, 329 ss.;

DE NOVA G., *La trascrizione del preliminare*, in *I Contratti*, 1, 1997, 5 ss.;

DE RADA D., *Il contratto preliminare di diritti reali immobiliari*, Torino, 2010;

DE TILLA M., *Anticipata consegna del bene al promissario acquirente*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1815 ss.;

DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in *Riv. Not.*, 1991, II, 623 ss.;

DELFINI F., *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 2, 187 ss.;

DENTI V., *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953;

DENTI V., *Studi sul processo possessorio*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, (Estratto dal vol. XXX), 1949;

DI MAJO A., *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 2/1997, 131 ss.;

DI MAJO A., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 5, 1997, 512 ss.;

DI MAJO A., *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1631 ss.;

DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985;

DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, (Estratto della *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XVIII, 1), Torino, 1894;

FAGGELLA G., *L'autonomia della volontà nei negozi giuridici bilaterali e la coazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1910;

FARRO V., *Il contratto preliminare*, Torino, 2006;

FERRANDO G., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 1997, 233 ss.;

FERRERI S., *Obbligazioni e responsabilità del venditore*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, *I singoli contratti*, 1, *La vendita*, Musy A. M. e Ferreri S., Torino, 2006;

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966;

FILIPPONE V., *Tutela possessoria per il c.d. "detentore qualificato"*, in *Foro pad.*, 2007, 1, 1, 226 ss.;

FIORE G., *La trascrizione del preliminare di vendita: L. 28 febbraio 1997, n. 30*, Roma, 1997;

FUNAIOLI C. A., *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, in *Giust. civ.*, 1951, 16 ss.;

FUNAIOLI C. A., *La tradizione*, Padova, 1942;

GABRIELLI E., *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 312 ss.;

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.;

GABRIELLI G., *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 793 ss.;

GABRIELLI G., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, 2, 741 ss.;

GABRIELLI G., *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1987, 415 ss.;

GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970;

GABRIELLI G., *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, 445 ss.;

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1997, 529 ss.;

GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, IV, 2012;

GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 1-2, 23 ss.;

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, 3° ed., a cura di Zorzi Galgano N., Padova, 2015;

GALLO P., *Il Possesso. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 429 ss.;

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995;

- GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957;
- GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. Notariato*, 2001, 3, 721 ss.
- GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 2895 ss.;
- GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, (estratto aggiornato da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., vol. XIII, Tomo II), Torino, 3° ed., 2010;
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare. I. Artt. 2643-2645 bis*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, II ed., Milano, 1998;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015;
- GAZZONI F., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Notariato*, 1997, 19 ss.;
- GENTILE F.S., *Il possesso*, II ed. agg., in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, diretta da Bigiavi W., Torino, 1977;
- GIGLIOTTI F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997;
- GIORGIANNI M., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 64 ss.;
- GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, 581 ss.;
- GIORGIANNI M., voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, VI, 1960, 547 ss.;
- GIULIANO G., *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, in *Notariato*, 2008, 4, 384 ss.;

GIUSTI A., *Funzione, elementi essenziali, vizi*, in Giusti A. – Paladini M., *Il contratto preliminare*, in *Il diritto privato oggi*, Serie a cura di Cedon P., Milano, 1992;

GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007;

GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, VII, I, Torino, 1937;

GRASSI U., *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie a qualificazione plurima*, Napoli, 2006;

GRASSO G., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione?*, in *Dir. giur.*, 2000, 349 ss.;

GRASSO G., *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contr. impr.*, 2002, 703 ss.;

GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. e giur.*, 1998, 291 ss.

GROZIO U., *De iure belli ac pacis*, 1625, ed. Lausannae, 1758;

GUGLIELMUCCI L., *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, 229 ss.;

HENRICH D., *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, 691 ss.

IACCARINO G., *Clausole sul «possesso» nella prassi notarile*, in *Notariato*, 1, 2002, 64 ss.;

IAMICELI P., *Circolazione dei beni gravati da usi civici e "trasferibilità" del possesso*, in *Corr. giur.*, 1997, 2, 162 ss.;

IANNACCONE A., *Sul costituito possessorio implicito nella vendita*, in *Notariato*, 3, 1997, 242 ss.;

IVONE V., *Preliminare di immobile da costruire*, in *Il contratto preliminare*, a cura di Capo G., Musio A., Salito G., *Il diritto applicato-I grandi temi*, collana diretta da Cassano G., Padova, 2014, 759 ss.;

JHERING R., *Sul fondamento della protezione del possesso*, trad. it., Forlani F., Milano, 1872;

LA PORTA U., *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 529 ss.;

LA PORTA U., *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 1, 2010, 48 ss.;

LENER A., *Contratto “preliminare”, esecuzione anticipata del “definitivo” e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, I, 669 ss.;

LENER G., *Immissioni “intollerabili” e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l’«actio negatoria». La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. “ad effetti anticipati”*, in *Foro it.*, 1994, I, 206 ss.;

LIBERTINI M., voce *Interessi*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, 95 ss.;

LIPARI M., *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente. III*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 559 ss.;

LOCHE L., *Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 831 ss.;

LOFFREDO F., *Contratto preliminare, trascrizione e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 803 ss.;

LONGO L., *La mancanza dell'abitabilità è inadempimento del contratto*, in *Notariato*, 2002, 3, 264 ss.;

LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. it.*, 2011, 3, 552 ss.;

LOTTA F., *Sul conflitto tra privilegio a favore del promissario acquirente di immobile e ipoteca*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2011, 70 ss.;

LUCCHINI GUASTALLA E., *L'acquisizione del godimento attraverso fattispecie analoghe alla vendita*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, Torino, 2007;

LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 219 ss.;

LUMINOSO A., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007;

LUMINOSO A., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso-Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998;

LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica G. e Zatti P., Milano, 1995;

LUMINOSO A., *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 6, 1998, 564-567;

LUMINOSO A., *La compravendita*, 8° ed., Torino, 2015;

LUMINOSO A., *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/2007 allo schema di decreto attuato dalla legge delega 28.2.2004 n. 210*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005, 2 ss.;

LUMINOSO A., *La trascrizione del contratto preliminare*, Luminoso-Palermo, Padova, 1997;

LUMINOSO A., *La vendita*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014;

LUMINOSO A., *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Cod. civ., Scialoja – Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990;

LUMINOSO A., *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 714;

LUZZATTO R., *La compravendita*, ed. a cura di Persico G., Torino, 1961;

MACARIO F., *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare «rettificato»*, in *Foro it.*, 1985, 6, 1697 ss.;

MACARIO F., *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, in *Foro it.*, 1995, 11, 3263 ss.;

MACCARONE G., *Obbligazioni di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. not.*, 1994, 1319 ss.;

MACCIONI G., *La locazione e la valorizzazione dell'autonomia contrattuale. Il rent to buy" e altre "nuove" formule per favorire le transazioni immobiliari*, in *Le locazioni commerciali*, AA. VV., Padova, 2015;

MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000;

MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 730 ss.;

- MANCINI T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1118 ss.;
- MANTELLI M., *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 539 ss.;
- MARIANELLO M., *Consegna anticipata del bene e corresponsione degli interessi compensativi*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 2, 117 ss.;
- MARICONDA G., *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 2, 1997, 129 ss.;
- MARICONDA G., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *La trascrizione del contratto preliminare: giornata di studio, Bari, 14 giugno 1997*, a cura di Carrabba A. A., Napoli, 1998, 19 ss.;
- MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, 735 ss.;
- MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, 1428 ss.;
- MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011;
- MARTONE L., *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 11, 1354 ss.;
- MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, VIII, 1982;
- MASI A., *La proprietà e il possesso*, in *Diritto Civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, coordinato da Andrea Zoppini, II, Milano, 2009;
- MASTRORILLI A., *La garanzia per i vizi nella vendita. Disciplina del codice civile e del codice di consumo*, in *Il diritto privato oggi*, Serie a cura di Cedam, 2° ed., 2009;

MATTIANGELI L., *Obbligazione di dare, pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Vita not.*, 2005, 1, 603 ss.;

MAZZAMUTO S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., XX, *Tutela dei diritti*, T. II, 2° ed., Torino, 2008, 373 ss.;

MAZZU' C., *La funzione del «preliminare aperto» e il suo regime giuridico*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, Atti del Convegno della Fondazione italiana del notariato, *Sole 24 Ore*, 2007, 25 ss.;

MEMMO D., *Contratti con oggetto immobiliare e tutela dell'acquirente. Inquadramento sistematico e profili problematici*, in *La tutela dell'acquirente di beni immobili*, a cura di Memmo D., Napoli, 2008;

MENGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, 3°, Milano, 1994;

MENGONI L., *La pubblicità immobiliare*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, IV, Milano, 1987;

MESSINEO F., *Contratto collegato*, voce *Contratto Collegato*, in *Enc. del dir.*, X, Milano, 1962, 48 ss.;

MIGLIETTI L., *Minuta contrattuale, contratto normativo (bilaterale) e contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Il preliminare, Aspetti sostanziali e profili applicativi*, a cura di Natali A. I., Milano, 2012;

MONTEL A., *Il possesso*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da Vassalli F., vol. V, T. IV, 2° ed. agg., Torino, 1962;

MONTEL A., voce *Possesso (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XIII, 1957;

MONTELEONE P., *Privilegio del promissario acquirente ex art. 2775 bis ed ipoteca iscritta prima del preliminare ineseguito*, in *Obbl. e contr.*, 5, 2010, 331 ss.;

MONTESANO L., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1173 ss.;

MONTESANO L., *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, 239 ss.

MONTESANO L., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1173 ss.;

MORELLI P., *Impugnazione giudiziale del preliminare di compravendita*, in *Il preliminare, Aspetti sostanziali e profili applicativi*, a cura di Natali A. I., Milano, 2012;

MORELLO U., *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, (Atti del convegno svoltosi a Milano 10-12 aprile 1986), Milano, 1986;

MOSCA A., *La trascrizione del contratto preliminare e le sue attuali applicazioni*, in *I contratti preliminari*, Vitalone V.-Mosca A., Torino, 2014, 131 ss.;

MUSSI C. A., *Il contratto preliminare di vendita immobiliare "ad effetti anticipati"*, in *I Contratti*, 4, 2015, 375 ss.;

MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la "realità". Dalla promessa di vendere al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007;

NATOLI U., *Il possesso*, Milano, 1992;

NATUCCI A., *Titolo e «animus» nella disciplina del possesso*, in *Quadrimestre*, 3, 1989, 463 ss.;

NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano 2000;

NIVARRA L., *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, 3, 1369 ss.;

NOCERA I. L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. ad effetti anticipati*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 7-8, 715 ss.

NOCERA I. L., *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2013, 3, 161 ss.;

OBERTO G., *Vendita di «cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 1998, 504 ss.;

ONANO A., *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*, in *Riv. Not.*, 2004, V, 1197 ss.;

ONORATO M., *Leasing c.d. «traslativo» ed inadempimento dell'utilizzatore: giurisprudenza e dottrina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 12, 611 ss.;

PADULA L., *La «vendita del possesso»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 831 ss.;

PALADINI M., *Termine, risoluzione per inadempimento, esecuzione in forma specifica*, in Giusti A. – Paladini M., *Il contratto preliminare*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di Cedon P., Milano, 1992;

PALERMO G., *Contratto preliminare*, Padova, 1991;

PALERMO G., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in Luminoso-Palermo, *La trascrizione del preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998;

- PALMIERI S., *Vendita di possesso: un istituto "apolide" in cerca di cittadinanza*, in *Corr. giur.*, 1997, 3, 315 ss.;
- PATTI S., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, II, 284 ss.;
- PATTI S., *Possesso*, in *Il Diritto. Enc. giur.*, XI, Milano, 2007;
- PATTI S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978;
- PATTI S., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 149 ss.
- PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.
- PETRONE P., *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. Not.*, 5, 2001, 1059 ss.;
- PETTI G., *Preliminare ad effetti anticipati e revocatoria fallimentare*, in *I Contratti*, 1, 2012, 15 ss.;
- PIRONTI A., *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *I Contratti*, n. 12, 2008, 1098 ss.
- PITTELLA D., *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, in *Notariato*, 2013, 1, 59 ss.;
- PLAIA A., *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015;
- PLAIA A., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Milano, 2000;
- PORTALE G. B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, II, 913 ss.;

PROTETTÌ E., *Acquisto, conservazione e perdita del possesso*, in Montel-Protettì, *Possesso e azioni possessorie nella giurisprudenza*, in *Racc. sist. Giur. comm.*, diretta da Rotondi, XI, Padova, 1970;

PROTO PISANI M., *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1985 ss.;

PUCE R. P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corr. giur.*, 2008, 8, 1090 ss.;

PUGLIATTI S., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965;

PUPPO C. A., *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso «ad usucapionem»*, in *Foro It.*, 2009, 3158 ss.;

RAVAZZONI A., *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1-2, 1994, 35 ss.;

RE A., *Preliminare ad effetti anticipati*, in *Imm. e propr.*, 10, 2010, 619 ss.;

RE A., *Preliminare ed esecuzione specifica dell'obbligo ex art. 2932 codice civile*, *Immobili & proprietà*, 2013, 6, 365 ss.;

RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1982;

RICCIO A., *Eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja e Branca*, IV, *Delle obbligazioni*, artt. 1467-1469, Bologna-Roma, 2010;

RIZZI G., *Il decreto legislativo 122/2005: il contenuto del contratto preliminare*, Studio n. 5814/C, in www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/prelazione-contratto-preliminare/5814.pdf;

RIZZI G., *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 4, 427 ss.;

ROCCHIO F., *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2004, 1457 ss.;

ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;

ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, IV, 2013, 971 ss.;

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2° ed., 2011;

RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956;

RUBINO_D., *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXIII, ristampa 2° ed., Milano, 1971;

RUGGERI L., *L'intervento delle Sezioni Unite: l'ipoteca, iscritta in data anteriore, prevale sul privilegio del promissario acquirente*, in *La Nuova Giur. civ.*, 2010, 3, 275 ss.;

RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, in *Il Corriere giuridico. Monografie*, Collana diretta da Carbone V., Serie di Diritto privato a cura di Alpa G., Milano, 2011;

SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, 3° ed., Milano, 2014;

SACCO R., in Sacco-De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 3° ed., 2004;

SALVADORI-M. G.-SCALITI G., *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. Impr.*, 1997, 671 ss.;

SANTARELLI L. – RILAMPA O., *La nuova normativa in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (L. 210/04 e D.Lgs. 122/05): la disciplina del contratto preliminare*, in *La tutela dell'acquirente di beni immobili*, a cura di Memmo D., Napoli, 2008;

SATTA S., *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, 73 ss.;

SAVIGNY F. C., *Il diritto del possesso*, trad. it. di Conticini P., Napoli, 1840;

SCALFI G., *Corrispettività e alea dei contratti*, Milano-Varese, 1960;

SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 9, 1046 ss.;

SCHWARZ A., *Law and economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, 433 ss.;

SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992;

SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.;

SERENI C., *Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*, in *Notariato*, 2, 2005, 169 ss.;

SICCHIERO G., *Dal contratto ai contratti preliminari*, in AA. VV., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d.lgs. n. 122 del 2005*, a cura di Sicchiero G., Padova, 2005;

SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995;

SIRENA P., *L'effetto traslativo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, Torino, 2007;

SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990;

SPECIALE R., *Il «Vorvertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 45 ss.;

STEFINI U., *Secondo le Sezioni Unite il "preliminare di preliminare" è valido; anzi no*, in *Dir. civ. cont.*, 9 giugno 2015;

STOLFI G., *Preliminare di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, 767 ss.;

TAMBORRINO A., *Contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati, tra possesso e detenzione ed usucapibilità del bene immobile*, in *Diritto vivente e sensibilità dell'interprete*, a cura di C. M. Nanna, Bari, 2010, 327 ss.;

TENELLA SILLANI C., voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 4° ed., 1996, 8 ss.;

TIMPANO E., *Le Sezioni Unite sciogliono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, in *Riv. not.*, 2008, V, 1089 ss.;

TOMASSETTI C., *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 11, 905 ss.;

TOMMASINI M., *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*, Milano, 2012;

TOSCHI VESPASIANI F., *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata*, in *I Contratti*, 11, 2009, 893 ss.;

TOSCHI VESPASIANI F., *Il contratto preliminare. L'obbligo di dare ed i limiti di cumulabilità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. Civ.*, 2007, 10, 792 ss.;

TOSCHI VESPASIANI F., *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, in *I Contratti*, 2008, 2, 189 ss.;

TOSCHI VESPASIANI F., *Sull'efficacia di clausole del contratto preliminare non riprodotte nel definitivo*, *I Contratti*, 10, 2007, 867 ss.;

TOSCHI VESPASIANI F., *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *La Resp. civ.*, 2, 2008, 160 ss.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 47° ed., 2015;

TRAVAGLINO G., *Il contratto con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (cd. contratto preliminare di preliminare) deve, o meno, ritenersi nullo per difetto di causa?*, in *Corr. giur.*, 12, 2014, 1587 ss.;

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014;

TRIOLA R., *Contratto preliminare e garanzia per vizi*, in *Imm. e propr.*, (Inserito) 7, 2007, II ss.;

TRIOLA R., *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014;

TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, in TROISI B. – CICERO C., *I possessi*, in Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato, diretto da P. Perlingeri, Napoli, 2005;

TUCCI G., *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, 476 ss.;

TUCCI G., *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare: giornata di studio, Bari, 14 giugno 1997*, a cura di CARRABBA A. A., Napoli, 1998, 39 ss.;

UGOLINI S., *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contr. e Impr.*, 2002, 1, 86 ss.;

VACCHIANO M., *Leasing finanziario, risoluzione del contratto e fallimento dell'utilizzatore: la sorte dei canoni percepiti dal concedente*, in *Foro it.*, 1994, I, 179 ss.;

VAGLIO E., *Il contratto preliminare e l'esatto adempimento*, nota a Cass., n. 9991/1994, in *I Contratti*, 1995, 141 ss.;

VERDI M. V., *Patto commissorio e collegamento negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 509 ss.;

VIGLIONE F., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Il contratto preliminare*, a cura di Capo G., Musio A., Salito G., *Il diritto applicato-I grandi temi*, collana diretta da Cassano G., Padova, 2014;

VIOLA L., *Il nuovo contratto preliminare ad effetti anticipati. Riflessioni dopo le SS.UU. 7930/2008*, in *Vita not.*, 2008, 471 ss.;

VISALLI N., *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995;

VITALONE V., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *I contratti preliminari*, Vitalone V.-Mosca A., Torino, 2014, 41 ss.;

VOLPE F., *Nuovi casi di diritto privato. Parte II*, Torino 2014;

ZACCARIA C., *Conflitto fra il creditore privilegiato ex art. 2775 bis codice civile ed il creditore ipotecario*, in *I Contratti*, 2004, 6, 547 ss.

* * *

Giurisprudenza

C. Stato, 27 aprile 1987, n. 244, in *Rep. Foro it.*, I, 1987, voce *Edilizia popolare*, 111;

Cass., 19 novembre 2015, n. 23673, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 12 novembre 2015, n. 23128, in *Banche dati Pluris*;

Cass. Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Banche dati Pluris*;

Cass. Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. del Notariato*, 2015, 1, 192;

Cass., 16 febbraio 2015, n. 3029, in *Notariato*, 2015, 2, 173;

Cass., 21 novembre 2014, n. 24807, in *Banche dati Pluris*;

Cass., ord., 2 ottobre 2014, n. 20860, in *Diritto & Giustizia* 2014, 3 ottobre;

Cass., 11 ottobre 2013, n. 23162, in *Guida dir.*, 2014, 2, 48;

Cass., 3 luglio 2013, n. 16629, in *Guida al dir.*, 2013, 42, 70;

Cass., 6 giugno 2013, n. 14362, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 21 maggio 2013, n. 12462, in *Banche dati De Jure*;

Cass., 15 novembre 2012, n. 20011, in *Banche dati De Jure*;

Cass., 12 novembre 2012, 19612, in *Imm. e propr.*, 2013, 1, 55;

Cass., 18 settembre 2012, n. 15626, in *Rass. Giur. Cass. civ.*, 2012, 35;

Cass., 20 giugno 2012, n. 10186, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 5 giugno 2012, n. 9063, in *Corr. giur.*, 2013, 2, 218;

Cass., 24 novembre 2011, n. 24510, in *CED Cass.*, 2011;

Cass., 21 novembre 2011, n. 24456, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 9 giugno 2011, n. 12634, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 875;

Cass., 22 marzo 2011, n. 6489, in *CED Cass.*, 2011;

Cass., 22 luglio 2010, n. 17245, in *CED Cass.*, 2010;

Cass., 15 marzo 2010, n. 6237, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 1 marzo 2010, n. 4863, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 26 gennaio 2010, n. 1562, in *Imm. e propr.*, 2010, 4, 255;

Cass., 25 gennaio, 2010, n. 1296, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 7-8, 1, 712;

Cass., 20 gennaio 2010, n. 937, in *Imm. e propr.*, 2010, 4, 255;

Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, in *Banche dati De Jure*;

Cass. Sez. Un., 1 ottobre 2009, n. 21045, *Obbl. e Contr.*, 2009, 12;

Cass., 10 settembre 2009, n. 19557, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 10 marzo 2009, n. 5781, *Ced. Cass.*, 2009;

Cass., 18 giugno 2008, n. 16597, in *Ced. Cass.*, 2008;

Cass., 16 aprile 2008, n. 9970, in *Mass. Giur. it.*, 2008;

Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Contratti*, 2008, 11, 995;

Cass., 10 marzo 2008, n. 6308, in *Guida al dir.*, 2008, 31, 83;

Cass., 23 novembre 2007, n. 24448, in *Notariato*, 2008, 2, 129;

Cass., 11 luglio 2007, n. 15585, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 6;

Cass., 28 maggio 2007, n. 12401, in *Obbl. e contr.*, 2007, 11, 934;

Cass., 15 febbraio 2007, n. 3383, in *Obbl. e contr.*, 2007, 6, 549;

Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Notariato*, 2007, 6, 628 ss.;

Cass., 10 gennaio 2007, n. 233, in *Foro it.*, 2007, 7-8, 1, 2165;

Cass., 14 novembre 2006, n. 24290, in *Contratti*, 2007, 6, 578;

Cass., 31 luglio 2006, n. 17304, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 7-8;

Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giur. it. Mass.*, 2006;

Cass., 26 giugno 2006, n. 14751, in *Impresa*, 2006, 12, 1870;

Cass., 26 giugno 2006, n. 14739, in *Imm. e propr.*, 2006, 11, 724;

Cass., 31 maggio 2006, n. 12968, in *Giur. it. Mass.*, 2006;

Cass. Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *I Contratti*, 2006, 11, 975;

Cass., 8 maggio 2006, n. 10498, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5;

Cass., 19 aprile 2006, n. 9043, in *Giur. it. Mass.*, 2006, 7-8;

Cass., 22 giugno 2005, n. 13368, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 1815;

Cass., 11 aprile 2005, n. 7419, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4;

Cass., 6 agosto 2004, n. 15145, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 451;

Cass. Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 528;

Cass., 26 maggio 2004, n. 10148, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5;

Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *Contratti*, 2004, 11, 979;

Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Notariato*, 2004, 8;

Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236, in *Giur. it. Mass.*, 2003;

Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, 2, 169;

Cass., 25 febbraio 2003, n. 2824, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 19 agosto 2002, n. 12232, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 20 maggio 2002, n. 7337, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 878;

Cass., 17 aprile 2002, n. 5487, in *Giur. it. Mass.*, 2002;

Cass., 18 gennaio 2002, n. 550, in *Giur. it. Mass.*, 2002;

Cass., 17 gennaio 2002, n. 485, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1596;

Cass., 3 gennaio 2002, n. 29, in *Corr. giur.*, 2002, 3, 293;

Cass., 27 novembre 2001, n. 15035, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 2023;

Cass., 26 ottobre 2001, n. 13267, in *I Contratti*, 2002, 437;

Cass., 16 ottobre 2001, n. 12608, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 1754;

Cass., 16 luglio 2001, n. 9636, in *Foro it.*, 2002, I, 1080 ss.;

Cass., 13 marzo 2001, n. 3646, in *Giur. it. Mass.*, 2001;

Cass., 17 gennaio 2001, n. 564, in *Giur. it. Mass.*, 2001;

Cass., 3 novembre 2000, n. 14358, in *Riv. not.*, 2001, 3, 721 ss.;

Cass., 16 agosto 2000, n. 10816, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Possesso*, 80;

Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 522 ss.;

Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, in *Banche dati De Jure*;

Cass., 30 maggio 2000, n. 7142, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 698 ss.;

Cass., 19 aprile 2000, n. 5132, in *Mass. Giur. it.*, 2000;

Cass., 4 marzo 2000, n. 2487, in *Giur. it.*, 2000, 2092;

Cass., 18 febbraio 2000, n. 1824, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 5 febbraio 2000, n. 1296, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, I, 148;

Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro Padano*, 2000, I, 334;

Cass., 29 ottobre 1999, n. 12149, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Possesso*, 25;

Cass., 23 ottobre 1999, n. 11924, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 597;

Cass., 6 luglio 1999, n. 6967, in *Contratti*, 2000, 125;

Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Fallimento*, 639;

Cass., 12 maggio 1999, n. 4701, in *Mass. Giur. it.*, 1999;

Cass., 13 aprile 1999, n. 3626, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 834;

Cass., 10 marzo 1999, n. 2091, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 124

Cass., 12 novembre 1998, n. 11433, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 29 agosto 1998, n. 8624, in *Foro it.*, 1999, I, 175 ss.;

Cass., 29 aprile 1998, n. 4354, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 899;

Cass., 1 ottobre 1997, n. 9560, in *Giur. it.*, 1998, 2281;

Cass., 29 luglio 1997, n. 7090, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Possesso*, 28;

Cass., 5 luglio 1997, n. 6093, in *Giur. it. Mass.*, 1997;

Cass., 13 giugno 1997, n. 5349, in *Giur. it. Mass.*, 1997

Cass., 26 marzo 1997, n. 2655, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, 422;

Cass., 12 novembre 1996, n. 9884, in *Corr. giur.*, 1997, 3, 315;

Cass., 9 ottobre 1996, n. 8818, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 8 agosto 1996, n. 7283, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Possesso*, 27;

Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. Giur.*, 1997, 1, 48;

Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 855;

Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Banche dati De Jure*;

Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Possesso*, 29;

Cass., 27 gennaio 1996, n. 639, in *Vita not.*, 1996, 854;

Cass., 23 dicembre 1995, n. 13104, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1340 ss.;

Cass., 18 dicembre 1995, n. 1802, in *Giur. it. Mass.*, 1995;

Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. Giur.*, 1995, 12, 1360;

Cass., 19 maggio 1995, n. 5541, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 30 marzo 1995, n. 3799, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 740;

Cass., 25 gennaio 1995, n. 875, in *Giur. it. Mass.*, 1995;

Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3263 ss.;

Cass., 10 settembre 1993, n. 9468, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Edilizia popolare*, 71;

Cass., 22 luglio 1993, n. 8200, in *Giur. it. Mass.*, 1993;

Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626;

Cass., 12 febbraio 1993, n. 1782, in *Giur. it. Mass.*, 1993

Cass., 7 gennaio 1993, n. 78, *Giur. it. Mass.*, 1993;

Cass. Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, 177 ss.;

Cass., 11 novembre 1992, n. 12135, in *Foro it.*, 1994, 1, 205;

Cass., 19 ottobre 1992, n. 11450, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Vendita*, 56;

Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3055 ss.;

Cass., 4 giugno 1992, n. 6906, in *Giur. it. Mass.*, 1992;

Cass., 25 novembre 1991, n. 12629, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1357 ss.;

Cass., 30 ottobre 1991, n. 11638, in *Giur. it. Mass.*, 1991;

Cass., 9 settembre 1991, n. 9478, in *Giur. it. Mass.*, 1991;

Cass., 4 settembre 1991, n. 9352, in *Giur. it. Mass.*, 1991;

Cass., 10 luglio 1991, n. 7637, in *Giur. it. Mass.*, 1991;

Cass., 23 marzo 1991, n. 3184, in *Giur. it. Mass.*, 1991;

Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 136 ss.;

Cass., 5 dicembre 1990, n. 11691, in *Giur. it. Mass.*, 1990;

Cass., 17 novembre 1990, n. 11126, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2751 ss.;

Cass., 16 agosto 1990, n. 8325, in *Giur. it.*, 1991, I, 1208 ss.;

Cass., 6 agosto 1990, n. 7909, in *Giur. it.*, 1991, I, 791 ss.;

Cass., 6 agosto 1990, n. 7907, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 791;

Cass., 4 maggio 1990, n. 3716, in *Banche dati Pluris*;

Cass., 7 aprile 1990, n. 2916, in *Giur. it. Mass.*, 1990;

Cass., 13 dicembre 1989, n. 5569, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 380 ss.;

Cass., 10 novembre 1989, n. 4775, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 442;

Cass., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1821 ss.;

Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 1428 ss.;

Cass., 14 novembre, 1988, n. 6143, in *Vita not.*, 1988, II, 1176;

Cass., 3 novembre 1988, 5962, in *Giur. it. Mass.*, 1988;

Cass., 4 ottobre 1988, n. 5555, in *Vita not.*, 1988, 709;

Cass., 28 maggio 1988, 3656, in *Riv. Notariato* 1990, 552;

Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Foro it.*, 1988, I, 1606 ss.;

Cass., 6 novembre 1987, n. 8220, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 760 ss.;

Cass., 25 maggio 1987, n. 4698, in *Giur. it. Mass.*, 1987;

Cass., 7 maggio 1987, n. 4237, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1417 ss.;

Cass., 8 settembre 1986, n. 5466, in *Giur. it. Mass.*, 1986;

Cass., 10 aprile 1986, n. 2497, in *Giur. it. Mass.*, 1986;

Cass., 10 aprile 1986, n. 2496, in *Giur. it. Mass.*, 1986;

Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 501 ss.;

Cass., 14 marzo 1986, n. 1741, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 673 ss.;

Cass., 21 febbraio 1986, n. 1052, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 674 ss.;

Cass., 23 agosto 1985, n. 4492, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3007 ss.;

Cass. Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630 ss.;

Cass., 15 dicembre 1984, n. 6586, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, 91;

Cass., 6 luglio 1984, n. 3963, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 7;

Cass., 27 luglio 1983, n. 5165, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 7;

Cass., 19 luglio 1983, n. 4980, in *Foro it.*, 1984, I, 780 ss.;

Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, 212 ss.;

Cass., 27 gennaio 1983, n. 741, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 1.

Cass., 14 dicembre 1982, n. 6858, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 309, 312;

Cass., 9 dicembre 1982, n. 6730, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, 136;

Cass., 11 agosto 1982, n. 4562, in *Rep. Foro it.*, 1982, II, voce *Vendita*, 15;

Cass., 7 agosto 1982, n. 4442, in *Rep. Foro it.*, 1982, II, voce *Vendita*, 16;

Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 126;

Cass., 15 aprile 1982, n. 2268, in *Rep. Foro it.*, 1982, II, voce *Vendita*, 13;

Cass., 5 aprile 1982, n. 2092, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 124;

Cass., 29 marzo 1982, n. 1932, in *Rep. Foro it.*, 1982, I, voce *Contratto in genere*, 135;

Cass., 16 dicembre 1981, n. 6671, in *Rep. Foro it.*, 1981, I, voce *Contratto in genere*, 167;

Cass., 14 aprile 1981 n. 2245, in *Rep. Foro it.*, 1981, II, voce *Vendita*, 102;

Cass., 5 novembre 1980, n. 5940, in *Rep. Foro it.*, 1980, I, voce *Contratto in genere*, 121-122;

Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 177 ss.;

Cass., 9 aprile 1980, n. 2268, in *Rep. Foro it.*, 1980, II, voce *Vendita*, 35;

Cass., 24 gennaio 1980, n. 593, in *Rep. Foro it.*, 1980, I, voce *Contratto in genere*, 123;

Cass., 20 luglio 1979, n. 4338, in *Rep. Foro it.*, 1979, II, voce *Vendita*, 18;

Cass., 5 giugno 1979, n. 3179, in *Foro it.*, 1980, I, 1094 ss.;

Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Foro it.*, 1978, II, voce *Vendita*, 94;

Cass., 11 maggio 1978, n. 2294, in *Foro it.*, 1979, I, 444 ss.

Cass., 5 agosto 1977, n. 3560, in *Foro it.*, 1977, I, 2642 ss.;

Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, in *Rep. Foro it.*, 1977, II, voce *Vendita*, 92;

Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669 ss.;

Cass., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, 1002 ss.;

Cass., 5 aprile 1974, n. 966, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in genere*, 303;

Cass., 24 gennaio 1973, n. 222, in *Rep. Foro it.*, 1973, II, voce *Vendita*, 19;

Cass., 1 dicembre 1972, n. 3477, in *Rep. Foro it.*, 1972, I, voce *Contratto in genere*, 288;

Cass., 27 giugno 1972, n. 2190, in *Foro it.*, 1972, II, 1, 2389 ss.;

Cass., 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*, 1972, I, 899;

Cass., 13 giugno 1969, n. 2118, in *Foro it.*, 1970, I, 301 ss.;

Cass., 30 dicembre 1968, n. 4090, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 666 ss.;

Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Giur. it.*, 1969, I, 1203;

Cass., 20 aprile 1963, n. 968, in *Giust. civ.*, I, 1572 ss.;

Cass., 1 dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it.*, 1963, I, 1, 1475 ss.;

Cass., 18 dicembre 1956, n. 4452, in *Foro it.*, 1957, I, 11 ss.;

Cass., 9 febbraio 1948, n. 208, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Obbligazioni e contratti*, 249-250;

Cass., 3 settembre 1947, n. 1561, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 640, 433.

Cass., 12 marzo 1942, n. 673, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce «*Vendita*», 31;

Cass., 16 gennaio 1942, n. 131, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Vendita*, 10.

Cass., 3 agosto 1933, in *Monit. Trib.*, 1933, 819;

Cass. Regno, 10 gennaio 1931, n. 5, in *Rep. Foro it.*, 1931, voce *Vendita*, 34-36;

Cass. Regno, 10 luglio 1929, n. 2681, in *Foro it. Rep.*, 1929, voce *Vendita*, 69;

Cass. Sez. Un., 8 ottobre 1925, in *Monit. Trib.*, 1926, 455;

Cass. Regno, 17 gennaio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 146 ss.;

Cass., 17 dicembre 1923, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 78;

Cass. Roma, 28 novembre 1921, in *Foro it.*, 1922, I, 97 ss.;

Cass. Roma, 20 maggio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 850;

Cass. Napoli, 2 ottobre 1909, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 130 ss.;

Trib. Nola, 24 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2009, 10, 2468;

Trib. Cagliari, 28 ottobre 2003, in *Riv. not.*, 2004, II, 1195;

Trib. Torino, 8 aprile 2002, in *Giur. merito*, 2004, 48;

Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in *Dir. e giur.*, 1995, 463;

Trib. Milano, 7 settembre 1992, in *Riv. it. leasing*, 1, 1993, 250 ss.;

Trib. Cagliari, 11 maggio 1985, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 830,

App. Roma, 21 ottobre 1975, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 160 ss.;

Trib. Torino, 7 aprile 1975, in *Giust. civ.*, 1976, I, 150 ss.;

App. Napoli, 11 ottobre 1967, n. 2006, in *Dir. e giur.*, 1968, I, 550 ss.;

Trib. Avellino, 14 luglio 1952, in *Dir. giur.*, 1953, 204 ss.;

App. Bologna, 20 gennaio 1938, in *Temil. emil.*, 1938, 70;