



LORENZO ALBERTINI

*Avvocato – Professore a contratto di Diritto della proprietà intellettuale
presso l'Università di Verona*

ESECUZIONE DEL PRELIMINARE DI VENDITA TRAMITE ATTO UNILATERALE E TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE CONTRO I VIZI DEL BENE ACQUISTATO

SOMMARIO: 1. L'eseguibilità uno actu e la novella sulla trascrizione del preliminare. L'obbligazione di dare e il pagamento traslativo. – 2. L'ostacolo reale alla eseguibilità uno actu. – 3. Il consenso al trasferimento solutorio con atto unilaterale. Il potere di rifiuto e lo spatium temporis per esercitarlo. – 4. Due questioni: la reazione sul modus del vizio del titulus e la necessità o meno di expressio causae. – 5. Pattuibilità del trasferimento uno actu senza facoltà di rifiuto per il compratore. – 6. Cenni su problemi pubblicitari e ipotecari. Sintesi. – 7. I vizi del bene. – 8. Le azioni di esatto adempimento e di riduzione di prezzo. Introduzione. – 9. (segue) L'azione di adempimento nella compravendita. – 10. (segue) L'azione di adempimento nel contratto preliminare di compravendita.

1. – In questo scritto si intende esaminare la tutela del promissario acquirente di un bene immobile affetto da vizi, in relazione all'ipotesi della esecuzione di detto contratto con atto unilaterale, anziché (come di consueto) tramite la stipula del definitivo.

In questa seconda modalità la tutela dell'acquirente è già stata ampiamente esaminata da dottrina e giurisprudenza. Si cerca qui, invece, di ragionare sull'eventualità di un'esecuzione con atto unilaterale (da parte del venditore, naturalmente¹ e ci si concentrerà sul rimedio dell'azione di (esatto) adempimento.

Ci si deve prima porre il dubbio se il contratto preliminare di vendita sia veramente eseguibile anche con atto unilaterale, oltre che con la stipula del definitivo. La questione è divenuta attuale soprattutto dopo la novella, che ha permesso di trascrivere il contratto preliminare (art. 2645 *bis* c.c., introdotto dal d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n. 30).

In precedenza la questione delle modalità esecutive del preliminare era poco trattata, a quanto ci consta: si dava per scontato che dovesse avvenire stipulando esattamente quel contratto, alla cui stipula le parti si erano impegnate in sede di preliminare².

¹ Che autore dell'atto unilaterale di trasferimento possa essere solo il venditore è ricordato da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in F. Gazzoni-E. Gabrielli, *Tratt. della trascr.*, vol. 1, t. 2, Utet, 2012, 140.

² Si può ricordare per interesse storico la tesi di G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. ital.*, dir. da Vassalli, Utet, 1937, sotto il c.c. previg. Secondo l'a. nell'ambito della sua personalissima tesi la compravendita prevedeva anche l'obbligazione di dare e questa veniva adempiuta con atto di puro trasferimento del venditore, cui seguiva un atto di appropriazione dell'acquirente. Non si trattava di due atti ugualmente importanti, bensì di un atto complesso ineguale in cui prevaleva l'atto del venditore (la messa a disposizione



I dati normativi erano costituiti dagli articoli 1351, 2652, n. 2 e 2932 c.c. L'art. 1351 c.c. parla di "contratto preliminare" e di "contratto definitivo", senza definirli. Quest'ultimo invero non può che essere quello stesso contratto, alla cui stipula le parti si erano impegnate in sede di preliminare. Quindi la norma non lascia (apparentemente) spazio per altra modalità esecutiva: in particolare, il definitivo è un contratto e quindi un atto con almeno due parti (art. 1321 c.c.; imprecisamente la dibattuta questione circa l'art. 1333 c.c.).

In senso contrario si potrebbe osservare che l'art. 1351 c.c. si limita a regolare il problema della forma e che lo fa solo relativamente ad una determinata modalità esecutiva (quella del contratto definitivo): sicché da tale norma non sarebbe lecito dedurre che quest'ultima fosse l'unica modalità ammessa.

L'art. 2932 c.c. parla di inadempimento all'obbligo di concludere un contratto e l'art. 2652, n. 2, c.c. di esecuzione dell'obbligo a contrarre: in entrambi i casi, dunque, l'obbligo pare avere per oggetto la stipula di un contratto e pertanto di un negozio giuridico con almeno due parti.

Tuttavia nemmeno vi sono elementi testuali contrari alla eseguibilità con atto unilaterale³. Semplicemente, l'unica ipotesi esecutiva espressamente prevista nelle norme in questione è quella della stipula del corrispondente contratto definitivo.

L'ostacolo all'esecuzione con atto unilaterale poteva essere ravvisato nel principio del consenso traslativo, interpretato nel senso che l'acquisto della proprietà consegue immediatamente ed inesorabilmente all'accordo delle parti⁴. Il che non avverrebbe nel caso nostro, in cui

del diritto) su quello del compratore (pp. 19 s. e 66 ss.). Con la conseguenza che il debitore (il venditore) si liberava (anche ai fini del passaggio del rischio) con l'emissione della dichiarazione di messa a disposizione (*rectius*: con il suo giungere a notizia dell'acquirente, essendo recettizia: p. 67). Altre risalenti posizioni, seppur sotto il codice vigente, secondo cui il preliminare genera solo il diritto al trasferimento del diritto (praticamente: l'obbligazione di dare), sono quelle di M. GIORGIANNI (*Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 69) e di S. PUGLIATTI (*Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Giuffrè, 1964, 33), ricordate criticamente da G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, 1970, 78 s., nota 104.

³ Nemmeno ci sono elementi contrari alla eseguibilità tramite bensì contratto, ma di tipo diverso da quello dedotto nel preliminare: ipotesi su cui, ad es., generalmente si concorda, dopo che la novella sulla trascrizione del 1997 ha ammesso la esecuzione del preliminare anche tramite "altro atto", cioè anche tramite contratto diverso dal definitivo (ad es., transazione o *datio in solutum*). Il che conferma che "definitivo", nell'art. 1351 c.c., è solo quel tipo contrattuale, alla cui stipula le parti si sono impegnate in sede di preliminare.

⁴ Tale principio è richiamato per respingere la legittimità della scissione *titulus/modus* nell'acquisto dei diritti (*ex multis* v. P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche realtà applicativa*, Giappichelli, 1999, 38 ss., cui adde T. RAVÀ, *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Giuffrè, 1953, 21 s., e R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, 1991, 24-26, 39 s.): allo stesso modo lo si potrebbe richiamare per escludere la legittimità dell'esecuzione del preliminare per atto unilaterale. Questa infatti non è che una modalità particolare della scissione predetta. L'originalità della tesi di Palermo, poi, richiederebbe una trattazione autonoma, sicché qui se ne fa solo cenno: l'inderogabilità dell'art. 1376 c.c. si fonderrebbe non tanto sull'inderogabilità del procedimento di formazione del contratto, che è invece derogabile (G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Cedam, 1991, 31 ss, 38 ss.; seguito, parrebbe, da U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. I – La causa ed il trasferimento dei diritti*, Giappichelli, 2000, 80, nota 163 e poi 85-90), quanto sull'esigenza di tutela dei terzi che – sostanzialmente – in ogni momento devono sapere chi sia il proprietario (G. PALERMO, *op. cit.*, 66 ss.). La tesi non riesce persuasiva. Non si vede la differenza: anche nella



l'acquirente acquista in un momento successivo a quello di espressione dell'impegno e cioè a seguito di un ulteriore atto (unilaterale) del venditore. Certa dottrina, infatti, aveva affermato l'inderogabilità del principio dell'immediata efficacia reale del contratto⁵.

L'osservazione non persuadeva (e non persuade), dato che, al contrario, le parti possono pattuire diversamente circa il prodursi del trasferimento. Come vedremo anche più avanti, infatti, il principio del consenso traslativo pare piuttosto da intendere nel senso che al passaggio della proprietà basta il consenso iniziale, mentre non è richiesto un secondo ed ulteriore atto di trasferimento; non va inteso, invece, nel senso che detto ulteriore atto sia inammissibile, qualora così sia voluto. In altre parole, affermare la sufficienza del consenso iniziale non è concettualmente incompatibile con l'affermare (*id est*, nulla dice circa) la possibilità di legare il trasferimento ad un successivo e separato atto, qualora le parti così vogliano⁶.

Forse si potrebbe dire meglio che l'ostacolo all'esecuzione *uno actu* è invece rappresentato dalla intangibilità della sfera individuale. Nel nostro caso l'acquirente diverrebbe infatti titolare a seguito di atto del solo venditore: quindi senza o magari anche contro il suo (attuale⁷) volere. La sua sfera giuridica, cioè, verrebbe modificata senza il concorso del suo (attuale) volere. Il punto ci pare decisivo e verrà approfondito in seguito.

Come detto, l'art. 2645 *bis* c.c. ha provocato il dibattito sulla eseguibilità del preliminare con atto unilaterale. Prima di allora il tema veniva accennato in una cornice un po' più ampia e precisamente quella del c.d. pagamento (o adempimento) traslativo. Ci si chiedeva, in presenza di

vendita immediatamente traslativa la stipula può rimanere (di solito rimane) sconosciuta ai terzi (si pensi ad una scrittura privata): ciò che realmente informa i terzi è (forse già la registrazione, ma di certo) la trascrizione dell'atto, sotto il cui profilo non c'è differenza tra effetto traslativo immediato e differito (dovremmo in realtà analizzare i diversi tipi di differimento). Inoltre, sino a che il trasferimento solutorio non è avvenuto, non c'è mutamento del proprietario, sicché non c'è lesione dell'interesse conoscitivo dei terzi (così GIOV. MACCARONE, *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. Impr.*, 1988, § 9).

⁵ Si sono addotte le tesi di Argiroffi e Gazzara come contrarie alla scindibilità in *titulus* e in *modus acquirendi*. Serve però una precisazione. È vero che per Argiroffi l'efficacia reale del contratto non tollera eccezioni, ma nel senso – aggiunge – che nella materia del trasferimento dei beni non è consentito il contemporaneo concorso di altri principi configgenti come, ad es., quello della astrattezza o della consegna per i beni mobili (C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili. Artt. 1153-1157, Il cod. civ. Comm.*, dir. da Schlesinger, Giuffrè, 1988, 198; ma soprattutto ID., *Caducazione del contratto ad effetto reali*, Napoli, 1984, 38 nt. 38). Similmente G. GAZZARA si limita sostanzialmente ad affermare l'inammissibilità di un atto astratto di puro trasferimento (ID., *La vendita obbligatoria*, Giuffrè, 1957, 136 ss, 144; sulle orme, ad es., di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Ediz. Scient. It., 1978, 446 nota 1 e testo corr., ediz. orig.: Milano, 1939) e così pure G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 96-99. Nel nostro caso, però, il *modus* non è astratto, come si osserva dopo, né vi operano principi configgenti: è proprio e solo il consenso, seppur modulato opportunamente, ad essere il motore del trasferimento. Condivisibile C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. priv. 1995 – I) Il trasferimento della proprietà*, Cedam, 1995, 26: le parti non possono pattuire che il trasferimento dipenda da un successivo atto astratto, mentre possono farlo dipendere da un atto successivo causale, anche unilaterale.

⁶ Come si vedrà subito dopo, ci pare che le parti debbano esprimere una volizione specifica sul punto. Per alcuni (Gazzoni), invece, il volere generale espresso nel contratto preliminare comprenderebbe anche l'eseguibilità *uno actu* da parte del venditore.

⁷ Un primo volere, infatti, l'aveva già espresso nel preliminare.



una c.d obbligazione di “dare”⁸ (cioè di un obbligazione – di fonte contrattuale o anche legale – avente per oggetto il trasferimento di un diritto, solitamente di proprietà), quale struttura dovesse avere l’atto di adempimento dell’obbligazione medesima: atto che rientrava, quindi, nell’ampio concetto di pagamento o di atto solutorio⁹.

Sono assai noti tre casi della fine degli anni ’80, in cui la SC statui che l’adempimento dell’obbligazione di trasferire poteva avvenire o con compravendita o con il procedimento di cui all’art. 1333 c.c.: sono importanti, poiché hanno innescato il dibattito sui trasferimenti solutori. Le massime sono le seguenti: “*è lecito e ammissibile il contratto da qualificarsi misto, in cui una parte incarica l’altra di erigere un fabbricato sul proprio terreno ed a titolo di corrispettivo si obbliga a trasferirle la proprietà di altri beni immobili (nella fattispecie tale obbligazione fu adempiuta mediante una compravendita con simulazione relativa attinente al prezzo)*” (Cass. 12 giugno 1987, n. 5147, srl edile Borrelli c. Cozzolini ed altri); “*Poiché la ratio dell’art. 1333 c.c. che consente la formazione del contratto per mancato rifiuto da parte del destinatario della proposta, risiede nel fatto che a quest’ultimo possono derivare soltanto vantaggi dal contratto medesimo, la detta disposizione deve essere intesa nel senso che non soltanto gli effetti obbligatori derivanti dal contratto ma anche gli eventuali effetti dispositivi o estintivi debbano essere ad esclusivo carico del proponente con la conseguenza che la stessa non è applicabile con riguardo alla datio in solutum la quale, pur non comportando alcun effetto obbligatorio a carico del creditore, importa, tuttavia, per lo stesso, l’effetto estintivo del credito di cui è titolare, qualificando il negozio come contratto con effetti a carico di entrambi i contraenti*” (Cass. 30 giugno 1987, n. 5748, Soro c. Badas); nonché infine “*allorché taluno in sede di separazione coniugale consensuale assume l’obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tale fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell’atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che a norma dell’art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell’affare e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e quindi l’irrevocabilità della proposta*” (Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, Zanna A. c. Zanna A.)¹⁰.

⁸ “Dare” nel senso di trasferire il diritto, non certo di consegnare la *res*: quest’ultimo è invece il significato attribuito all’espressione da C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, 2008, 54 ss.

⁹ Nel nostro caso dunque esso è l’atto di trasferimento del diritto o *modus acquirendi*. La distinzione tra *titulus acquirendi* e *modus acquirendi* risale al diritto romano, ma venne posta chiaramente solo nel XVI secolo: il *titulus* concerneva il sostegno o causa in senso oggettivo del trasferimento, mentre il *modus* è il vero e proprio atto di acquisto, costituito da atti reali come tradizione, ritenzione autorizzata, apprensione, occupazione e simili (S. PUGLIATTI, *Acquisto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 517). Oggi i termini vengono spesso adoperati anche con traduzione italiana, titolo e modo dell’acquisto (P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 7).

¹⁰ La prima e terza massima riportate precedono il saggio di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti tra-*



La dottrina più innovativa aveva suggerito che lo stratagemma dell'art. 1333 c.c. o della compravendita fosse superfluo, dato che – più linearmente – si sarebbe potuto adempiere con atto di trasferimento unilaterale dall'obbligato al creditore. L'*accipiens*, infatti, aveva già espresso il consenso in sede di nascita dell'obbligo di dare, accettando o non rifiutando l'assunzione dell'obbligo stesso ¹¹.

L'intenso dibattito, generato da queste sentenze ¹², si era poi sopito sino a tornare di attualità con la novella sulla trascrizione del preliminare.

L'art. 2645 *bis* c.c. contempla la “trascrizione del definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1 ...”.

Il dubbio è se nel concetto di “ogni altro atto” rientri pure l'esecuzione con atto unilaterale. Qualche dottrina si è pronunciata per la positiva ¹³, mentre altra ha espresso contrarietà ¹⁴ o forti perplessità ¹⁵.

Ci pare che in certi casi – che poi si tenterà di precisare – l'esecuzione del preliminare possa avvenire anche con atto unilaterale, cioè con dichiarazione di volontà del solo venditore (in forma scritta, pubblica o privata ¹⁶ e poi indirizzata all'acquirente, essendo recettizia (artt. 1334 cc) ¹⁷.

slativi solvendi causa, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233 ss. La seconda (Cass. 30 giugno 1987, n. 5748, cit.) è presa dalla banca dati *De Jure* di Giuffrè.

¹¹ Così F. GAZZONI, *Babbo natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2896 ss. (nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612), 2900; conf. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 cc*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 525 ss., § 11. La fattispecie *sub iudice*, commentata da Gazzoni, era la seguente: moglie e marito concludono con due coacquirenti un contratto in base al quale la moglie promette di vendere al prezzo di L. 120.000.000 un proprio terreno con villetta soprastante e il marito promette di trasferire a titolo gratuito (atteso che il relativo valore era già ricompreso nel prezzo della vendita conclusa dalla moglie) un proprio terreno confinante (questo il riassunto di GAZZONI, *op. ult. cit.*, 2896 s.). La S.C. qualifica la promessa del trasferimento gratuito da parte del marito come contratto gratuito a favore di terzo (cioè della moglie, stipulante essendo il marito e promittente gli acquirenti); poi statuisce che la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio di autonomia contrattuale posto dall'art. 1322 comma 2 c.c. (insegnamento criticato però da Gazzoni nella nota appena cit.).

¹² Ad es.: V. MARICONDA, *Articolo 1333 e trasferimento immobiliari*, in *Il corr. giur.*, 1988, 144; M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nota a Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1243; oltre a Chianale, Gazzoni e Sciarrone Alibrandi citt. nelle due note precedenti.

¹³ F. DELFINI, *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D. L. n. 669/1996*, in *I contr.*, 1997, 182 s. (forse il primo dopo la novella); F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, in *Il contratto in generale*, t. II, *Tratt. dir. priv.*, dir. da Bessone, Giappichelli, 2000, 580; A. PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Cedam, 2000, 154 (atto esecutivo, ma non dice se unilaterale); G. PALERMO, in A. LUMINOSO-G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Cedam, 1998, 143 s.

¹⁴ GIOV. MACCARRONE, *Obbligazione di dare. Incoerenze dogmatiche e preconcetti*, Jovene, 2000, 132-139 (nelle pagg. successive l'a. confuta l'equiparazione del preliminare ad una obbligazione di dare).

¹⁵ S. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 3 ss., § 3, *passim*; G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, III) *Effetti* a cura di Costanza, Giuffrè, 2006, 538 s.

¹⁶ In quest'ultimo caso autenticata, se si vuole trascriverla.

¹⁷ La recettizietà non riguarda solo gli atti recanti effetti pregiudizievoli, ma anche quelli con effetti favore-



Questo, si badi, vale in generale e cioè sia se il preliminare venga trascritto, sia nel caso opposto: la pubblicità non può influenzare la soluzione del problema strutturale dell'atto solutorio.

Non osta a tale affermazione il dato positivo (art. 2645 *bis*, co. 2, c.c.): esso si limita a porre una regola pubblicitaria di prevalenza per tutti gli atti che siano comunque qualificabili come "esecutivi" di preliminari. Se il promittente venditore non vi provveda, il promissario acquirente potrà ottenere l'effetto acquisitivo invocando giudizialmente l'art. 2932 c.c.; né gli sarà di ostacolo il fatto che la norma menzioni l'obbligo di concludere un contratto, invece che l'obbligo di trasferire un diritto¹⁸.

Si tratta però di vedere se ciò sia sempre possibile o solo in alcuni casi. Secondo la dottrina che più ampiamente si è occupata del tema, l'esecuzione unilaterale pare essere sempre possibile: cioè, ogni volta che le parti abbiano stipulato un preliminare di vendita, il venditore potrà adempiere unilateralmente¹⁹.

voli, al fine di permettere al destinatario il giudizio di convenienza (T. MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Giuffrè, 1996, 205 s.).

¹⁸ Sull'applicabilità dell'art. 2932 c.c. all'obbligazione di dare, v. R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, t. 2, *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Utet, 1993, rist. 1998, 288 e GIOV. MACCARRONE, *Obbligazione di dare*, cit., 160-163. Se infatti lo Stato concede sanzione alla mancanza di volontà in sede bilaterale, non vi è motivo che la rifiuti quando questa manchi in sede unilaterale. Si tratterà di applicazione analogica, ravvisandosi sia la lacuna (assenza del rimedio per il caso dell'inadempimento ad un'obbligazione di dare), sia la *ratio legis* (necessità di tutela reale, e non solo obbligatoria, dell'acquirente). Del resto, ora l'art. 2645 *bis*, co. 2, seconda parte c.c., si limita a parlare di sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica "*dei contratti preliminari predetti*", e non già dell'"*obbligo a contrarre*" (art. 2652 n. 2) o dell'"*obbligo di stipulare un contratto*" (art. 2932 c.c.): ciò per coerenza con la prima parte del comma, immaginiamo, e cioè per comprendere anche il caso di effetti che avrebbero dovuto venire prodotti da un atto (esecutivo del preliminare) diverso dal contratto definitivo inizialmente programmato. Se però si ammette l'esecuzione con atto unilaterale e questo concretamente venga emanato, in caso di successiva contestazione del promissario acquirente la sentenza avrà natura dichiarativa, non costitutiva. Sicché la fattispecie dell'esecuzione in forma specifica del preliminare (art. 2645 *bis*, co. 2, c.c.) si applicherebbe al caso in cui il venditore scegliesse la via giudiziale-costitutiva anziché – pur potendolo – quella stragiudiziale della dichiarazione unilaterale (scelta la cui legittimità andrebbe verificata, ma che mi parrebbe da riconoscere, soddisfacendo probabilmente un interesse di certezza).

¹⁹ Così, se ben si intende, F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 579 ss., dato che non pone limitazioni, nemmeno nel suo recente trattato sulla trascrizione (ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 137 ss.). Sicché la eventuale (in realtà, ad oggi, sempre presente) veste contrattuale dell'atto esecutivo è solo apparente (in quanto superflua, dato che per l'a. basta quella unilaterale): F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 582 (sulla non riconducibilità ad un definitivo dell'atto solutorio traslativo preceduto da "attuazione quasi integrale" v. pure P. CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1005 ss., § 4). Conforme altra dottrina: F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, 1999, 170-179, *passim* (e in ID., *Itinerari del contratto preliminare e derogabilità dell'art. 1376 cod. civ.*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Giuffrè, 2002, vol. I, 437 ss., sub § 7.2, tranne che ricorra necessità di collaudo); G. VETTORI, *I contratti ad effetti reali*, in *Il contratto in generale*, *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, V, Utet, 2002, 107; già F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 481 s.: "*la collaborazione richiesta al creditore è identica a quella commessa al ricevimento di ogni prestazione e non costituisce accettazione dell'attribuzione, che è dovuta dal debitore a causa del preesistente obbligo, il quale gli conferisce titolo per la produzione dell'effetto senza e indipendentemente dal concorso della volontà del creditore*".



Se questa ne è la retta interpretazione, la tesi non riesce a persuadere.

L'argomento ostativo alla eseguibilità unilaterale, però, non è quello del principio del consenso traslativo, come talora si è osservato, soprattutto in passato.

Tale regola, oggi consacrata nell'art. 1376 c.c. e frutto di una storia plurisecolare, ci pare perfettamente derogabile. È noto infatti che il trasferimento dei diritti solo oggi (e solo in certi ordinamenti) avviene con unico atto: un atto che programma il trasferimento medesimo e che al tempo stesso lo esegue. In passato (e tutt'ora in importanti ordinamenti giuridici), l'accordo sul programma, da un lato, e il trasferimento del diritto, dall'altro, erano consacrati in atti distinti, logicamente e temporalmente successivi (il secondo naturalmente seguiva il primo)²⁰.

Nel nostro ordinamento attuale, però, la scelta è stata quella di unificare i due momenti: secondo l'art. 1376 c.c., l'accordo sul programma negoziale è sufficiente per determinare l'effetto traslativo²¹. La regola, peraltro, è solo tendenziale, non mancando di eccezioni²². La dottrina comparatistica ha sminuito – a livello applicativo – le differenze rispetto al sistema tedesco e parla di “sineddoche” per la discrepanza tra declamazioni teoriche e regole operazionali²³.

La regola del consenso traslativo, come accennato sopra, va intesa nel senso che, per il passaggio della proprietà, è sufficiente che le parti concordino sugli elementi essenziali dello stipulando contratto (“consenso legittimamente manifestato”), senza necessità di un distinto e suc-

²⁰ V. l'importante raccolta di saggi curata da L. VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico comparatistica*, due tomi, Giuffrè, 1991.

²¹ Ritiene ancora attuale (*id est* utile, se non esatta) la distinzione tra titolo e modo E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Cedam, 2008, 7, testo e nota 11. Il giudizio lascia perplessi: concorderemmo se da tale distinzione discendessero conseguenze disciplinari, che però non riusciamo a cogliere. In generale, non capiamo perché la logica imponga necessariamente di ravvisare due fasi (programmazione del trasferimento e sua attuazione). Se le parti programmano il trasferimento, lo vogliono anche attuato (sotto questo profilo condividiamo le osservazioni dei giusnaturalisti medievali che, valorizzando il potere della volontà dell'uomo, ritenevano superfluo un distinto atto esecutivo: R. SACCO, *Il contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, cit., t. 1, 694 s. e 718, che parrebbe dividerle; E. FERRANTE, *Consensualismo*, cit., 20 s.). Semmai, si tratterà di vedere in qual momento o con che modalità lo vogliono attuato (ad una certa data, a certe condizioni, con o senza facoltà di rinuncia o necessità di nuovo consenso, ecc.).

²² R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, t. 1, cit., 718 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, vol. II, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Schlesinger, Utet, 331 ss. Si dovrebbe prima definire bene la regola del consenso traslativo, per convenire su ciò che ne costituisce eccezione.

²³ P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Giuffrè, 1984, 297 ss., 347 ss., sintesi 368-371. Altri (circa la vendita mobiliare) rileva la vicinanza tra sistemi qualora le parti adottino determinate pattuizioni (per il nostro sistema se pattuiscono il trasferimento del diritto solo alla consegna del bene): F. FERRARI, *Abstraktionsprinzip, traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento dei beni mobili. Una superabile divaricazione?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 729 ss., sintesi 756, e G. DONADIO, *Diritto privato europeo e trasferimento della proprietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 151 ss. a 171-173. Il *Draft Common Frame of Reference* delle *Model Rules of European Private Law* lascia le parti libere di decidere il momento di passaggio della proprietà e per default adotta il principio della separazione, individuando tale momento nella consegna sulla base di un titolo valido (VIII-2:103; VIII-2:101, (1) e (2)): in caso di titolo invalido, però, il controllo sarebbe *a posteriori*, essendo concessa solo una *condictio indebiti* (VII-2: 101 sub (2), soluzione definita “ibrida” perché a mezzo tra il principio causalista franco-italiano e quello germanico della separazione (G. DONADIO, *Diritto privato europeo*, cit., 158 e 164).



cessivo atto esecutivo. Ebbene, se ciò è esatto, non si vede per qual motivo le parti stesse non possano invece concordare sia un momento diverso che una modalità diversa per il trasferimento. La questione interessa solo esse: da una (eventualmente) diversa pattuizione, i terzi non verrebbero incisi né favorevolmente né sfavorevolmente, almeno come effetto diretto (ne verrebbero incisi come efficacia riflessa, ma questo è normale e non potrebbero dolersene). In un regime ove l'autonomia contrattuale regna sovrana, o meglio costituisce principio generale in materia di rapporti patrimoniali tra privati, questa affermazione non pare evitabile²⁴. Non vi osta insomma il fatto che il trasferimento della proprietà abbia rilevanza generale verso i consociati e quindi in qualche modo apparentemente esorbiti dalla sfera riservata alle parti. Anche tale rilevanza generale, infatti, scaturisce dal consenso legittimamente manifestato *ex art. 1376 c.c.*, tranne i casi in cui servano fatti ulteriori (essenzialmente per dirimere il conflitto tra titoli acquisitivi incompatibili)²⁵.

La possibilità di modulare liberamente il prodursi dell'effetto traslativo, quindi, porta a dire che, se nel preliminare le parti concordano che il promissario acquirente diventi titolare con l'atto unilaterale di trasferimento ad opera del venditore²⁶, nessuno potrà lagnarsene ed opporvisi.

²⁴ Detti "principi generali" nella storia europea del contratto preliminare, peraltro, hanno portato ad esiti opposti: talora all'affermazione del principio consensualistico strettamente inteso ("promessa di vendita vale vendita", art. 1589 c.c. francese), talaltra all'opposta conclusione dell'autonomia del contratto preliminare (M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Giuffrè, 2007, spec. 9 s., 149 ss.). Una parte (minoritaria) della dottrina francese tentò di svincolarsi dal dettato apparentemente rigido dell'art. 1589, basandosi sulla volontà delle parti nel caso specifico (M. MUSTARI, *Il lungo viaggio*, cit., 58 ss.); in Austria la regola della scindibilità *titulus/modus* venne sostenuta dai giuristi giusnaturalisti (*op. ult. cit.*, 101).

²⁵ Sull'annosa questione della rilevanza solo interna o anche esterna del contratto (talora indicate rispettivamente come efficacia e opponibilità) v. P. SIRENA, *Sulla derogabilità del principio consensualistico*, in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Ediz. Scient. It., 2008, p.1074 e soprattutto P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 95-103 (ove esame delle tesi di Auricchio e Vettori). V. anche la tesi per cui il consenso traslativo concerne solo la titolarità, mentre l'appartenenza è data dagli indici esterni di circolazione, che consolidano l'acquisto *erga omnes* (sicché la vicenda traslativa può dirsi conclusa solo con la formazione di un titolo autonomo dell'acquirente nello spazio temporale delimitato dalle azioni di garanzia – evizionale – a carico del venditore): E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo. Art. 1470*, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Busnelli, Giuffrè, 2010 (la tesi è ampiamente esposta nell'intero libro: ma v., ad es., 189 s., 251, 271 nonché la sintesi alle pp. 273-296). Secondo V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare*, Giuffrè, 1954, 238, testo e nota 10, è vero che la proprietà passa col solo consenso anche *erga omnes*, sicché, ad es., è da subito rivendicabile: tuttavia, fino a che l'acquisto non è trascritto, si tratta di un diritto così debole da non potere in definitiva essere chiamato proprietà (simile constatazione in E. RUSSO, *Della vendita. Dispos. gener. delle obbl. del venditore. Artt. 1471-1482*, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Busnelli, Giuffrè, 2013, 30, e già in F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, 1933, rist. Ediz. Scient. It., 1981, 88 s., basandosi sull'equivoco dettato dell'art. 1448 c.c. previg., modificando poi la propria opinione in *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, 452, a favore dell'acquisto risolutivamente condizionato ad altro acquisto).

²⁶ Parrebbe quindi corretto riconoscere alle parti anche la facoltà di scindere una compravendita ordinaria in due negozi, negozio obbligatorio e negozio esecutivo di puro trasferimento. Non si vede come possa essere sindacata la scelta, se non forse con un giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1322, co. 2, c.c.), sulla cui applicazione agli atti unilaterali traslativi v., ad es.: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo II – *Il comp. del deb.*, *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu-Messineo, Giuffrè, 1984, 37, nonché –



Né ha peso alcuno la presunta necessità (sotto un profilo logico, immaginiamo) di contestualità dei consensi del dante e dell'avente causa, basata sul fatto che la vicenda traslativa si articola in due momenti che toccano in via diretta le rispettive sfere giuridiche²⁷: necessità che osterebbe ai trasferimenti con atto unilaterale. In senso contrario va osservato che è sufficiente che un consenso specifico vi sia, non che sia contestuale alla perdita e (rispettivamente) all'acquisto.

Che la regola del consenso traslativo non costituisca principio di ordine pubblico è oggi pacificamente accolto²⁸. Una sua deroga, nel senso di fare operare il trasferimento non immediatamente (cioè al momento del raggiungimento dell'accordo sugli elementi essenziali) ma solo successivamente ed in particolare con l'emissione di ulteriore dichiarazione di volontà del venditore, va quindi ritenuta ammissibile²⁹.

Ne segue che la scissione tra negozio obbligatorio e negozio di trasferimento, normale in altri ordinamenti (ad esempio, Germania ed Austria), pur non essendo la regola da noi, può essere pattuita dalle parti in deroga all'art. 1376 c.c.

Anzi, a ben vedere, come si è accennato sopra, è dubbio che si possa parlare di deroga in senso proprio: dipende da come interpretiamo la regola posta dall'art. 1376 c.c. Se la intendia-

sulla individuabilità di una ragione "sufficientemente significativa" come criterio per giudicare della ammissibilità dei negozi unilaterali atipici – C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, 1972, § 38 ss. e poi 282. Sarebbe difficile coglierne la differenza rispetto alla sequenza contratto preliminare-atto unilaterale di trasferimento. Altro discorso è se una compravendita, così scissa, rientri o meno nel tipo codicistico della vendita (sì, secondo P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 52 s.; no, secondo G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 913 ss, 939 e P. SIRENA, *Sulla derogabilità*, cit., 1082). Il tenore letterale non è contrario: l'art. 1470 c.c. dice che la vendita "ha per oggetto" il trasferimento (che è quindi modulabile dalla parti) e non che senz'altro lo "trasferisce" (conf. E. FERRANTE, *Consensualismo*, cit., 77, nt. 41). La questione andrà risolta sciogliendo caso per caso i dubbi sulla applicabilità di ciascuna norma codicistica sulla vendita (in via diretta, ma pur sempre con un giudizio di compatibilità, se la si fa rientrare nel tipo, oppure in via analogica, se la si ritiene contratto atipico). In ogni caso dalla scissione discendono rilevanti conseguenze disciplinari: a) si tratterà di contratto ad esecuzione differita, dovendosi quindi applicare i rimedi per le sopravvenienze onerose; b) il rischio passerà al momento dell'atto di adempimento traslativo; c) potrà operare l'istituto della presupposizione (così F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*. Artt. 1463-1464, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Busnelli, Giuffrè, 2003, 145 nota 79 e spec. 154 s.).

²⁷ Tesi esposta criticamente da C. DONISI, *Il problema*, cit., 315, secondo cui sarebbe una "diffusa convinzione". La critica dell'a. si basa sul fatto che il consenso non è necessario, trattandosi di effetto solo favorevole.

²⁸ Numerosa dottrina sul punto. V., ad es., P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., cap. II, 55 ss; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Giuffrè, 2007, 9 s. Efficacemente R. SACCO, osserva che "se la compravendita ad effetto obbligatorio è tenuta in onore in numerosi paesi che sogliono avere somma cura dei bisogni dei cittadini, ciò fa pensare che essa non risolva male i problemi delle parti" e quindi che sia pienamente ammissibile (giammai contraria all'ordine pubblico) (in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, t. 2, cit., 53-56; detto criterio per escludere la contrarietà all'ordine pubblico ci pare degno di nota e condivisibile). Secondo l'a., la categoria del preliminare di vendita è parzialmente mentitoria, dato che dissimula una vendita obbligatoria (quindi il trasferimento dipende da ulteriore dichiarazione di volontà), mentre le tradizionali figure, a quest'ultima appartenenti (vendita di cosa altrui, di cosa futura e di cosa generica), sono ad effetto reale ma con efficacia sospesa sino al perfezionamento della fattispecie.

²⁹ Per chi attribuisce al definitivo la natura di atto dovuto (in quanto *modus acquirendi*) e nulla più, la deroga all'art. 1376 c.c. sta già nella possibilità codicistica di avvalersi della sequenza preliminare di vendita/vendita definitiva (F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 577 s.).



mo nel senso che il diritto si trasferisce nel momento in cui è raggiunto il consenso, allora ogni differimento ne è deroga (anche la mera apposizione di termine iniziale o di condizione sospensiva): tale opinione è tuttavia poco persuasiva. Se invece la intendiamo nel senso (preferibile) secondo cui il diritto si trasferisce secondo le modalità pattuite (“per effetto del consenso”), allora anche la scissione *titulus/modus* non è deroga, bensì applicazione di tale regola³⁰.

Nemmeno osta al pagamento traslativo unilaterale una presunta violazione del principio causale³¹, che costituisce l’altro tradizionale ostacolo alla sua ammissibilità. Il concetto di causa è ampiamente dibattuto e sfugge ad una definizione precisa, anche o forse soprattutto per la secolare storia che lo precede³². Tuttavia basti qui dire che con tale requisito l’ordinamento vuole che i trasferimenti patrimoniali (ed in generale l’assunzione di obblighi) abbiano una qualche giustificazione razionale e quindi plausibile³³. Esso sta però subendo una evoluzione in senso recessivo, non venendo richiesto dai progetti di diritto contrattuale europeo³⁴.

Quindi in tema di atti solutori di trasferimento (unilaterali o bilaterali, non importa), il concetto andrà inteso come “ragione giustificatrice” del trasferimento medesimo. Tale ragione andrà ravvisata nel precedente contratto, al quale si intende dare esecuzione³⁵. In altre parole, il negozio di trasferimento, per il fatto di trovare la propria ragione in un precedente contratto, non

³⁰ Non dissimili C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell’effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr.*, 1998, 572 ss, spec. § 7, e N. MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Cedam, 2004, 221-241, *passim* (spec. 230). V. pure E. FERRANTE, *Consensualismo*, cit., 65-81, *passim*; v. poi 89-103 per precisazioni sul ruolo giocato dalla trascrizione immobiliare). Secondo alcuni, mentre differire il trasferimento tramite condizione o termine rientra nell’ambito dell’art. 1376, scindere il *titulus* dal *modus* invece ne fuoriesce (e ne costituisce deroga) (P. SIRENA, *Sulla derogabilità*, cit., 1079 s.). Pattuire detta scissione, però, significa che le parti hanno voluto che sino all’atto esecutivo la proprietà non passi: cioè che il consenso, di cui all’art. 1376 c.c., nel caso di specie sia costituito non solo da quello del contratto obbligatorio, ma anche da quello di un successivo atto che determinerà il trasferimento. Il consenso “legittimamente manifestato” dalle parti, in altre parole, è “complesso”: quindi è esatto ravvisare nella scissione un’applicazione della regola consensualistica, più che una sua deroga.

³¹ Così invece varia dottrina, soprattutto la meno recente, ad es., P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Giuffrè, 1961, 23-27: l’atto esecutivo di un obbligo a trasferire sarebbe astratto, in quanto il trasferimento sarebbe da ricollegare solo all’atto stesso, non al contratto obbligatorio. V. anche Gazzara ed Argiroffi citati alla nota 5.

³² Oltre alla voce *Causa* di M. GIORGIANNI, in *Enc. dir.*, Milano, VI, 1960, 547 ss., v. ad es. gli studi di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000, 184 ss. e di A. D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, *Il cod. civ. Comment.*, dir. da Schlesinger, Giuffrè, 1996, 245 ss. Sulla distinzione tra causa del contratto, da un parte, e causa dello spostamento patrimoniale o dell’attribuzione patrimoniale o dell’arricchimento, dall’altra, v. P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 7 s.

³³ V. ROPPO, *Il contratto*, *Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica-Zatti, Giuffrè, 2001, 368; U. BRECCIA, *Causa*, *Il contratto in generale*, t. III, *Tratt. dir. priv.*, dir. da Bessone, Giappichelli, 1999, capp. I e II, *passim*, spec. 5-17; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, II) *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, 108; M. MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, Giappichelli, 2011, 164 s., 178 e 266.

³⁴ V. E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325*, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Busnelli, Giuffrè, 2013, 35-43: il requisito causale conserva comunque il senso di garantire la serietà dell’assetto di interessi programmato.

³⁵ Se si tratta di adempimento ad un obbligo di legge, la ragione sarà l’ottemperanza al medesimo.



è affatto astratto, ma resta causale, nel senso che una ragione deve averla: nulla osta al fatto che la trovi appunto nell'adempimento ad un precedente negozio (c.d. *titulus*)³⁶.

Le difficoltà attinenti al profilo causale attengono semmai alla costruzione della disciplina e sono soprattutto due, che verranno qui solo accennate³⁷. La prima è costituita dalla reazione del negozio di trasferimento ai motivi di invalidità o inefficacia del *titulus* (dovendosi distinguere tra quelli genetici e quelli sopravvenuti o funzionali)³⁸. La seconda è costituita dalla necessità o meno della *expressio causae* nel negozio di trasferimento.

2. – L'ostacolo alla (generalizzata) eseguibilità *uno actu* del preliminare di vendita, dunque, se non sta nel principio del consenso traslativo né in quello causale, tuttavia esiste.

Esso consiste nel fatto che nell'ordinario preliminare di vendita le parti si obbligano a stipulare un contratto definitivo di compravendita: quindi concordano di dismettere ed acquistare il diritto con una precisa modalità, costituita dalla successiva stipula di un ben preciso contratto ad effetti reali. Affermare che, a dispetto di ciò, il venditore possa unilateralmente darvi esecuzione con suo atto unilaterale di trasferimento, pare eccessivo.

La ragione dell'articolazione dell'acquisto in due fasi (preliminare – definitivo), secondo noi, in linea di massima è quella delineata dagli studi di Giovanni Gabrielli: permettere alle parti (di solito, al compratore) di bloccare subito l'affare, per poi verificare *medio tempore* l'assenza di vizi o difetti o comunque eventuali sopravvenienze, sì da trovarsi – in caso di controversia – nella posizione di convenuto in adempimento (meno scomoda), invece che di attore in risoluzione (più scomoda)³⁹. Se questo è esatto, permettere al promittente venditore di fare unilate-

³⁶ Tra i molti v. C.A. CANNATA, *L'adempimento della obbligazione*², in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, 9, t. 1, 1999, rist. 2005, Utet, 71, lett. a); E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Giuffrè, 2000, 86 ss.

³⁷ Sulla seconda difficoltà si dirà qualcosa più avanti.

³⁸ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 321 ss. e spec. 371 ss.

³⁹ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 152 ss., 159 ss. Per questo autore il controllo delle sopravvenienze costituisce attività negoziale, che impedisce di ritenere il definitivo un mero atto giuridico (ivi, p. 190 ss). Sacco concorda sulla funzione di controllo, ma non sul fatto che sia causa del definitivo, dato che questo viene stipulato solo a controllo esaurito, sicché il controllo *de quo* costituirebbe *res facti* (R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. 2, 264 e 278; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 575 e 577 s.). Non pare invece che G. Gabrielli in quest'opera cogliesse appieno la funzione del preliminare ad esecuzione anticipata. Secondo l'a. in tale caso si blocca l'affare non tanto per il controllo delle sopravvenienze future, quanto per verifiche di vizi (in senso lato) concernenti i presupposti dell'affare e cioè di situazioni presenti o passate (Id., *Il contratto preliminare*, cit., 171 s. e 238-240). Però, così dicendo, da un lato si trascura che detta verifica può valere anche per i preliminari puri, dall'altro non si colgono altri importanti scopi, dotati di rilievo giuridico, come, ad es., permettere al compratore *medio tempore* di reperire finanziamenti e/o soddisfare esigenze abitative immediate, e/o al venditore di restare proprietario e quindi garantito sino al versamento del prezzo oppure di regolarizzare il bene, con necessità di relativi controlli (ampiamente R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 51 ss. e poi 130-143, *passim*, col condivisibile appello alla autonomia privata per legittimare la dissociazione tra accordo e trasferimento).



ralmente acquistare alla controparte il bene, non pare – in linea generale – coerente col programma negoziale⁴⁰.

Tale costruzione, se non ci sbagliamo, costituisce l'applicazione al caso specifico del generale potere di controllo dell'esattezza della prestazione, che spetta al creditore al momento di riceverla, in vista dell'accettazione della stessa. Secondo l'art. 1206 c.c., il creditore non è in mora se rifiuta il pagamento per un "motivo legittimo": in tale motivo rientra certo l'inesattezza dell'adempimento. Come detto, infatti, la scissione definitivo-preliminare spesso mira a permettere un controllo da parte dell'acquirente sull'esattezza dell'adempimento traslativo da parte del venditore.

Peraltro tale coincidenza (tra *ratio* della scissione preliminare/definitivo e controllo dell'esattezza dell'adempimento) potrebbe nel caso specifico non esserci o non essere totale (dato che almeno in parte vi sarà sempre⁴¹, quando la ragione principale della scissione fosse diversa: ad esempio, permettere all'acquirente di reperire *medio tempore* le risorse finanziarie necessarie. In tale eventualità, scaduto il termine previsto nel preliminare⁴², il venditore potrebbe astrattamente adempiere in modo unilaterale, dato che l'unico interesse eventualmente contrario dell'acquirente (ad esempio, tempo per reperire la provvista) è stato soddisfatto⁴³.

⁴⁰ Ciò non vale forse nel caso in cui il prezzo sia già stato del tutto versato. A quel punto il promissario acquirente in linea di massima non rifiuterà l'acquisto, per quanto il bene sia viziato o irregolare: meglio senza soldi e col bene viziato, piuttosto che senza soldi e pure senza bene. Anche altra dottrina ha evidenziato che col preliminare le parti hanno pattuito il trasferimento della proprietà in un certo modo, non con qualunque modalità: S. DELLE MONACHE, *La trascrizione*, cit., 10. Secondo questo a. (ivi, p. 11) il trasferimento solutorio unilaterale del venditore non costituirebbe adempimento e pertanto sarebbe ammissibile solo previa novazione del rapporto scaturito dal preliminare (accordo da concludersi per iscritto): sicché il trasferimento costituirebbe una prestazione traslativa *ob causam futuram*, i cui effetti sarebbero risolutivamente condizionati al mancato raggiungimento di tale accordo novativo (la proposta è macchinosa: verrebbe allora meno l'utilità dell'esecuzione unilaterale).

⁴¹ Qualunque sia la ragione della scissione preliminare/definitivo, infatti, l'esigenza di un controllo sull'esattezza dell'adempimento vi sarà sempre: l'acquirente avrà sempre interesse a non divenire titolare di un bene viziato o irregolare o comunque a divenirlo consapevolmente per prendere le decisioni opportune (sospendere i pagamenti per negoziare con il venditore, essenzialmente). Come che sia, la scelta (tra acquistare e fare valere i vizi successivamente oppure rifiutare l'acquisto) spetterà all'acquirente, in quanto parte fedele: criterio, ci sembra, rispondente a principi di civiltà giuridica.

⁴² Viene qui tralasciata la questione della disciplina da applicare qualora le parti non lo abbiano previsto (v. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 138-141, nota 2).

⁴³ Come accennato sopra, infatti, potrebbero esserci anche interessi del venditore nel differire l'introduzione del regolamento definitivo: ad es., per reperire a sua volta finanziamenti o ottenere autorizzazioni pubbliche. Ampio esame nei lavori di R. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, nonché ID., *Codice della vendita*³ a cura di Buonocore-Luminoso-Miraglia, Giuffrè, 2012, 90 ss. *passim*, ad es., 94 oppure 105 ss. su quello ad effetti anticipati. Nei lavori di questa a., peraltro, è convincentemente affermato che anche in quello ad effetto anticipato ricorre sempre un'esigenza di controllo di esattezza e conformità delle prestazioni già adempiute (R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 146-149; ID., *La contrattazione preliminare tra prassi e formazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case di abitazione*, in *Contr. impr.*, 2012, 473-475 e 485; ID., *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, II, a cura di P. Corrias, Giuffrè, 2013, 621 e 626). Secondo quest'a., quello c.d. puro e



Tuttavia non si può concedere o negare l'eseguitività per atto unilaterale in base alla concreta ragione che nello specifico ha indotto le parti a ricorrere alla scissione preliminare–definitivo.

Pare opportuno valorizzare, in base ad una esigenza di certezza, il fatto per cui l'esigenza (anche se magari non unica né prevalente) di controllo dell'esattezza dell'adempimento ricorre sempre: sicché il venditore non potrà, nel silenzio del contratto preliminare, eseguirlo unilateralmente. Se veramente per le parti fosse stata irrilevante una fase di reciproco controllo degli adempimenti e/o delle sopravvenienze, avrebbero dovuto dirlo, anziché limitarsi a subordinare il trasferimento ad una ulteriore stipula contrattuale⁴⁴.

Non persuade nemmeno l'osservazione per cui tale idea è incoerente con la trasferibilità dei diritti reali *ex art. 1333 c.c.* nonché *ex art. 1411 c.c.* (a prescindere dal potere di rifiuto). Come in questi casi, si osserva, il diritto può passare anche senza alcun previo consenso del destinatario, a maggior ragione nel caso *de quo* non serve un secondo consenso del promissario acquirente, dopo quello già espresso nel preliminare⁴⁵.

L'osservazione non va accolta, poiché va a monte contestata l'applicabilità al contratto ad effetti reali del procedimento formativo contemplato negli artt. 1333 e 1411 c.c. (per il destinatario non fa differenza ricevere dalla controparte *ex art. 1333 c.c.* o dal promittente nell'*art. 1411 c.c.*).

Non si intende, tuttavia, affrontare qui l'annosa questione. Ci si limita ad esprimere adesione alla tesi secondo cui una sufficiente ragione, ostativa a tale applicazione, sta nel fatto che, prima di divenire titolari di diritti di proprietà, deve esserci il consenso espresso, non bastando il potere di rifiuto. Altrimenti si onerebbe un soggetto di attivarsi per controllare l'esistenza di un suo interesse all'acquisto (immobiliare, nel nostro caso): interesse che potrebbe esistere come pure per molte ragioni non esistere o esistere solo a certe condizioni (ciò soprattutto in un tempo, come l'attuale, in cui per la proprietà immobiliare sono aumentati obblighi e responsabilità e diminuite le soddisfazioni)⁴⁶. Quindi, non potendosi acquistare diritti immobiliari né per la via

quello c.d. ad esecuzione anticipata (o ad effetti anticipati) costituiscono due tipi distinti di preliminare (R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., v. risp. 158 ss e 170 ss.). Sulla questione, di cui andrebbero approfondite le ricadute pratiche (*id est* in termini di disciplina), si dovrà ora tenere conto di Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930 (conf. Cass. 27 marzo 2010, n. 4863), secondo cui nel c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati emergono dei contratti accessori al preliminare (necessariamente perché funzionalmente connessi e, tuttavia, autonomi rispetto ad esso), rispondendo ciascuno ad una precisa tipica funzione economico-sociale e, pertanto, disciplinati ciascuno dalla pertinente normativa sostanziale: contratti con i quali le parti pervengono ad una regolamentazione, se pur provvisoria tuttavia ben definita, dei rapporti accessori funzionalmente collegati al principale e nei quali, vanno ravvisati, quanto alla concessione dell'utilizzazione della *res* da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito.

⁴⁴ E. DAMIANI, *Il contratto*, cit., 205, valorizza il diritto al controllo dell'esattezza della prestazione eseguita per rigettare la tesi, secondo cui il trasferimento dei diritti può prescindere da un'accettazione del destinatario.

⁴⁵ Così F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 581, che per questo motivo richiede il potere di rifiuto nel preliminare a favore di terzo. Ancora in ID., *Tratt. trascrizione*, t. 1, cit., 139.

⁴⁶ Citiamo in tale senso solo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3) *Il contratto*, Giuffrè, 2000, 2° ed., 258 s. e 567



dell'art. 1333 c.c. né per quella dell'art. 1411 c.c., dette norme non paiono rilevanti per negare o concedere l'eseguibilità unilaterale del preliminare di vendita⁴⁷.

In ogni caso, anche respingendo questo ragionamento (come fa l'opinione prevalente), rimane vero che il pagamento traslativo per atto unilaterale non è coerente con la volontà espressa dalle parti nel contratto preliminare.

In conclusione, un adempimento traslativo con atto unilaterale, in mancanza di previo assenso *ad hoc* del creditore, non è legittimo e quindi non è estintivo: ciò perché non è stato posto in essere l'atto previsto come esecutivo, sicché la proprietà non passa e l'obbligazione resta in vita. Le parti, infatti, pattuirono sì il trasferimento di un bene, ma con una precisa modalità procedimentale: subordinarono il prodursi dell'effetto al prodursi di una certa fattispecie contrattuale. Nel caso in esame (esecuzione *uno actu* non consentita), dunque, non è stata posta in essere la fattispecie necessaria e quindi non si è prodotto l'effetto acquisitivo, che era stato programmato dalle parti⁴⁸⁻⁴⁹.

Ciò vale per l'esecuzione non solo di un contratto preliminare, ma anche di una vendita "obbligatoria": nel senso, si badi (per evitare equivoci con l'omonimo concetto tradizionalmente riferito alla vendita di cosa futura, altrui, generica, ecc.), di una vendita, che sia stata pattuita non immediatamente traslativa bensì fonte di un obbligo di trasferimento successivo (qualora sia

s. e A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Giappichelli, 2002, 98 ss.; l'opinione prevalente, però, è contraria. Secondo certa dottrina, se ben capiamo, il solo fatto che vi sia anche una sola norma che permette il trasferimento per atto unilaterale (legato: art. 651 c.c.), pur a fronte di altre norme che sembrano riferirsi ai soli diritti di credito (artt. 1333, 1411 c.c.), sarebbe sufficiente per generalizzare la regola posta dall'art. 651 c.c., a meno di individuarne una *ratio* speciale (V. MARICONDA, *Articolo 1333*, cit., 144 ss.). Tuttavia, perché nei casi non regolati si debba fare prevalere la regola di cui all'art. 651 c.c., anziché l'opposta, non riusciamo a capire. Si potrebbe forse ravvisare la ragione dell'art. 651 c.c. nella circostanza, per cui, in caso di rifiuto, da un lato il *de cuius* non potrebbe ormai più disporre e, dall'altro, l'ingresso automatico del bene rifiutato nel patrimonio dell'erede, che magari ha già accettato, potrebbe modificare rilevantemente il suo calcolo di convenienza o comunque comportare la necessità di operazioni divisorie supplementari, magari fastidiose: per questo la legge avrebbe fatto prevalere l'*id quod plerumque accidit* sul rispetto della sovranità formale.

⁴⁷ Similmente R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 175-177 ed ivi nota 80 (con necessità dell'*expressio causae*). Secondo l'a., il preliminare ad effetti anticipati va sì adempiuto con atto di puro trasferimento, il quale però avrà struttura contrattuale, non unilaterale.

⁴⁸ Si è distinta la fattispecie dal procedimento di formazione del contratto (G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, 1969, 52 ss.). Pare invece che detto procedimento vada letto come introduzione graduale degli elementi della fattispecie. Quindi pattuire una certa modalità di introduzione del regolamento di interessi significa intervenire sulla individuazione della fattispecie: il che ci pare rientri nell'autonomia dei privati. Dovrebbe essere infatti spiegato quali sono i pretesi "interessi generali", connessi ai modelli legali di formazione del contratto, che possono essere incisi da pattuizioni derogatorie (come vorrebbe G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 35, per il quale l'autonomia privata è essenzialmente potere di foggare tipi diversi, non procedimenti). Si condivide invece l'osservazione di questo a., per cui si deve distinguere tra tipo contrattuale e suo procedimento di formazione, sicché il medesimo tipo può essere creato con diverse modalità procedimentali, anche per la vendita che potrebbe nascere con modalità reale invece che consensuale (G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 46-50).

⁴⁹ Si è osservato che i trasferimenti esecutivi di obblighi di dare, se sottoposti a forma solenne, debbano sempre avere struttura contrattuale bilaterale, nemmeno potendo fruire dell'art. 1333 c.c. per carenza di documentazione scritta della volontà dell'acquirente (GIOV. MACCARRONE, *Obbligazione di dare*, cit., 83 ss. e 134).



ritenuta ammissibile, come a noi pare⁵⁰, senza che nulla sia stato pattuito sulla struttura (uni/bilaterale) dell'atto esecutivo. Anche in questo secondo caso, infatti, se le parti non abbiano nulla specificato in proposito, il trasferimento dovrà avere struttura bilaterale⁵¹.

3. – Se dunque è inammissibile l'esecuzione *uno actu* in assenza di specifica previsione in tale senso, tuttavia tale previsione, se presente, pare legittima: l'acquirente infatti può acconsentire nel preliminare a ricevere il diritto di proprietà tramite atto unilaterale di trasferimento da parte del venditore⁵². Non si vedono motivi di ordine pubblico o di tutela di terzi in senso contrario, come si è sopra ricordato al § 1.

Ci si chiede allora quando esattamente avvenga il trasferimento in tale caso: *id est* quale sia il momento in cui il promissario acquirente diviene proprietario.

Si potrebbe istintivamente rispondere che tale momento è quello in cui la dichiarazione di volontà traslativa del promittente venditore giunga a conoscenza del promissario acquirente, secondo il regime posto dagli artt. 1334 e 1335 c.c. Entrambe queste norme, infatti, si applicano pianamente al caso nostro.

Il venditore, quindi, resa in forma pubblica la sua dichiarazione di volontà, dovrebbe farla pervenire al promissario acquirente in originale (o in copia autentica, più probabilmente), se cartaceo. Se l'atto pubblico fosse redatto in digitale, sarebbe probabilmente il notaio a curare l'invio di copia digitale del medesimo all'acquirente, secondo la normativa speciale⁵³.

Tale soluzione tutela adeguatamente il promissario acquirente⁵⁴?

Si potrebbe rispondere positivamente, osservando che nessun'altro suo consenso serve, dato che egli – *in hypothesis* – ne ha già espresso uno specifico su tale modalità acquisitiva nel preliminare.

In senso contrario, però, va osservato che quest'ultimo consenso riguardò la modalità di esecuzione della prestazione traslativa (atto unilaterale). Non riguardò invece (non poté, essendone anteriore) l'esattezza dell'adempimento, la cui verifica è assistita dal potere di eventuale rifiuto.

⁵⁰ V. nota 27.

⁵¹ Conf. A. LUMINOSO, *Appunti*, cit., 14. L'atto unilaterale è poco garantista per l'acquirente, che potrebbe volere controllare il bene prima di divenirne proprietario, magari in relazione alla concreta tempistica di esecuzione delle controprestazioni. È più sensato onerare, chi non avesse interesse a detto controllo, di dirlo espressamente in atto, rispetto al ravvisare nel consenso ad un atto di mero trasferimento anche un consenso alla sua struttura unilaterale.

⁵² C.M. BIANCA, *Il principio*, cit., 26, nota 42 e testo corr.: la parti possono pattuire che il trasferimento avvenga con atto successivo unilaterale, purché esista una preventiva accettazione dell'acquisto (ma non è chiaro se specificamente relativa alla modalità unilaterale o anche generica).

⁵³ Sarà bene regolare tale ultima ipotesi nel preliminare.

⁵⁴ È questa infatti la parte che può essere colpita da squilibrio nelle prestazioni, dato che, mentre l'esecuzione della prestazione pecuniaria è quasi sempre esatta e sarà probabilmente in larga misura già avvenuta, il bene può invece essere affetto da svariati vizi o irregolarità.



Il rifiuto della prestazione è largamente riconosciuto al creditore come potere, che in generale gli spetta in occasione del ricevimento della prestazione, nel caso di inesattezza di questa⁵⁵.

Lo si desume, ad esempio, dall'art. 1206 c.c., come sopra detto, laddove si dice che il creditore è in mora se non riceve il pagamento "senza motivo legittimo". Quindi in presenza di motivo legittimo può dichiarare di non riceverlo o rifiutarsi di riceverlo anche senza dichiarazione (se le circostanze lo permettono): con la conseguenza che l'oggetto dell'offerta debitoria non entra nel patrimonio del creditore⁵⁶.

Infatti, il principale motivo, che giustifica il rifiuto della cooperazione creditoria (nel senso che questo non diventa *mora credendi*), è proprio l'inesattezza della prestazione, sia quantitativa che qualitativa⁵⁷ (come desumibile anche dall'art. 1208, n. 3, c.c.), nonché l'insicurezza della stessa, pur esatta⁵⁸.

⁵⁵ Larga convergenza: U. BRECCIA, *Le obbligazioni, Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica-Zatti, Giuffrè, 1991, 394; C.M. BIANCA, *Dir. civ. 4) l'obbligazione*, Giuffrè, 1990, 371 ss.; M. DELLA CASA(-F. ADDIS), *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. del contr.*, dir. da Roppo, V) *Rimedi – t. 2*, Giuffrè, 2006, 167. Conf. implicitamente, GIOV. STELLA, *Mora accipiendi e cooperazione del creditore all'adempimento: principi tradizionali e recenti applicazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 377 ss., § 8: riferire il "motivo legittimo" ex art. 1206 c.c. all'inesattezza quali-/quantitativa è superfluo, dato che già in base sia all'art. 1181 c.c. che al generalissimo art. 1218 c.c. spetterebbe tale potere di rifiuto (affermazione dubbia, dato che la prima norma è di solito riferita alla deficienza quantitativa, mentre la seconda dà diritto al rimedio risarcitorio successivo, cosa ben diverso dal potere preventivo di rifiutare l'acquisto). Opportunamente si ricorda che strumentale alla effettuazione della scelta tra accettazione e rifiuto è il diritto di verifica, che spetta al creditore, diritto la cui negazione di per sé giustifica il rifiuto (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4) L'obbligazione*, cit., 372; v. pure M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, Giuffrè, 1975, 82).

⁵⁶ M. PROSPERETTI, *Adempimento parziale e liberazione del debitore*, Jovene, 1980, 21. Dubita invece dell'applicabilità della norma all'inesattezza qualitativa G. D'AMICO, *Comportamento del creditore, mora accipiendi*, in *Dir. civ., III) Obbligazioni, I) il rapporto obbligatorio*, dir. da Lipari-Rescigno e coord. da Zoppini, Giuffrè, 2009, 226. Quest'ultimo ricorda l'interessante fattispecie decisa da Trib. Roma 2 gennaio 2002, secondo cui il locatore alla scadenza non può rifiutare la restituzione dell'immobile anche se danneggiato o modificato, ma può solo pretendere il risarcimento. Per giurisprudenza e dottrina prevalenti, invece, il locatore può rifiutare di ricevere il bene danneggiato o modificato (così Cass. 24 maggio 2013, n. 12977, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1020 ss., con nota di I. PIZZIMENTI). Il tema del diritto di rifiutare è toccato da quasi tutte le trattazioni sull'adempimento delle obbligazioni. Viene menzionato da E. DAMIANI, *Il contratto*, cit., 205 (ma v. tutta l'esposizione, pp. 198-224) per negare che con l'art. 1333 si possano trasferire diritti in via unilaterale (cioè l'a. ammette detta modalità ma riconoscendo al silenzio un valore di comportamento legalmente tipizzato: 33 ss. e 225 ss.).

⁵⁷ G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, 1964, 128 s. (l'a. fa anche l'esempio della prestazione fuori tempo e potrebbe essere il caso nostro, quando il promittente venditore trasferisca appunto in un momento diverso da quello pattuito); U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, t. I – Il comportamento del creditore*, *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu Messineo, Giuffrè, 1974, 200 ss. e 209 ss.; C. CAMARDI, *sub art. 1206, Comm. del c.c.*, dir. da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni: artt. 1173-1217* dir. da Cuffaro, Utet giuridica, 2012, 740. Per G. CATTANEO, *sub art. 1206, Comm. Scialoja Branca*, Zanichelli-II foro it., 1973, 92-93 (e ivi nota 2), riferire l'art. 1206 c.c. all'inesattezza della prestazione è riduttivo, dato che ciò emerge già da altre norme, quali gli artt. 1181, 1197, co. 1, e 1208, nn. 3 e 4, c.c. (conf. G. GIACOBBE, *Mora del creditore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, 1976, 964), sicché il "motivo legittimo" vuole principalmente richiamare la buona fede *in executivis* (ivi, p. 93). Ciò è però dubbio: in particolare è dubbio che nei tre articoli citati sia già compresa l'inesattezza qualitativa, che invece ci pare di certo compresa nel "motivo legittimo" di cui all'art. 1206 c.c. (conf. M.F. CURSI, *La mora del creditore*, in *Tratt. delle obblig.*, dir. da Garofalo e Talamanca, vol. 1,



Altro discorso, è il *quantum* di difetto che giustifica il rifiuto. Il problema si pone poiché la disciplina legale, una volta stipulata la vendita, concede la garanzia solo in presenza di determinati presupposti. Ad esempio, la risoluzione o il risarcimento del danno sono concessi, se il vizio rende la *res* inidonea all'uso o ne diminuisce apprezzabilmente il valore (art. 1490 c.c.); in caso di mancanza di qualità, lo scioglimento è dato se supera i limiti di tolleranza secondo gli usi (art. 1497 c.c.).

Ebbene, senza potere qui entrare in dettaglio, ad una prima riflessione si potrebbe porre una simmetria: come – a trasferimento avvenuto – solo in certi casi si possono attivare i rimedi di legge, così anche il controllo preventivo dell'esattezza della prestazione può giustificare il rifiuto negli stessi casi e non oltre⁵⁹. Tuttavia, *re melius perpensa*, ci parrebbe più ragionevole una soluzione diversa, che concedesse all'acquirente di rifiutare la prestazione anche oltre i citati presupposti: cioè per qualunque difetto, tranne quelli veramente minimi (nel qual caso il rifiuto potrebbe essere contrario a correttezza). Se infatti la ragione di una gravità minima del vizio *ex post* si basa sul principio *de minimis non curat praetor* (come per l'art. 1455 c.c., di cui l'art. 1490 c.c. è applicazione⁶⁰, non ricorre la stessa ragione nell'ottica *ex ante* cioè prima del ricevimento, quando ancora il trasferimento non è avvenuto e il venditore può rimediare in tempo al vizio denunciato (o comunque le parti possono rinegoziare i termini dell'accordo prima del completamento della sua esecuzione)⁶¹. Ma anche aderendo alla diversa *ratio* dell'art. 1455 c.c.,

t. 5, *La struttura e l'adempimento: la liberazione del debitore* a cura di Talamanca e Maggiolo, Cedam, 2010, 825). G. CATTANEO, *Sub art. 1206*, cit., 97, adduce, ad es., come motivo legittimo il caso, in cui il creditore abbia già optato *ex art.* 1453, co. 2, c.c. per la risoluzione, sicché l'adempimento sarebbe allora tardivo.

⁵⁸ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 424: ad es., pagamento con cose altrui, pagamento con cose sottoposte a vincolo di vario tipo, pagamento a rischio di revocatoria. Aggiungeremmo forse il caso del pagamento a rischio di subire una riduzione per lesione dei diritti dei legittimari: anche se qui bisogna vedere quale sia il livello di rischio che giustifica il rifiuto (ad es., non basta la mera provenienza donativa del diritto trasferendo). Molto interessanti (e poco coltivate nei decenni seguenti, se non erriamo) le considerazioni di Nicolò in una risalente nota a sentenza. Il destinatario di una dichiarazione può evitare, che si crei una situazione di incertezza (il cui scioglimento non dipenda più da lui), esercitando il diritto di rifiuto ed impedendo in tale modo che il negozio inizi a produrre i suoi effetti, sicché – in mancanza – il negozio è definitivamente perfezionato: così R. NICOLÒ, *Il controllo sulle condizioni di validità di una dichiarazione negoziale da parte del suo destinatario* (nota a Trib. Roma 14 aprile 1947, in *Foro it.*, 1948, I, 560 ss., *passim*), ove il destinatario si era reso conto che una dichiarazione di ratifica *ex art.* 1399 non era valida, perché proveniente da soggetto incapace e privo delle necessarie autorizzazioni (propone in tal caso il termine di “ripulsa” o “reiezione”, distinguendolo nettamente dal rifiuto, C. DONISI, *Il problema*, cit., 121-3). Anche per Gabrielli il definitivo è rifiutabile quando verrebbe stipulato in modo invalido: ciò non costituirebbe infatti valido adempimento, sicché opererebbe il generale principio di rifiutabilità della prestazione qualitativamente inesatta, cui va estesa la regola dell'art. 1181 per l'inesattezza quantitativa (G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 214 ss., tra cui la nota 96; l'a. non menziona però l'art. 1206 c.c.); Gabrielli, poi, respinge la disciplina del pagamento (ad es., l'art. 1191 c.c. sulla capacità del *solvens*: *ivi*, 217-220, testo e note 98-100), ritenendolo atto negoziale, come sopra detto.

⁵⁹ Similmente G. CATTANEO, *Sub art. 1206*, cit., 151 e U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, t. I, il comportamento del creditore*, cit., 212 s. (sintesi a p. 215).

⁶⁰ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* dir. da Cicu-Messineo, Giuffrè, 1971, rist. della 2° ed. riv. ed ampl., 777).

⁶¹ Si dovrebbe anche verificare se c'è reale differenza (e quanta) tra le due soluzioni e cioè tra la soglia fis-



sostenuta dalla dottrina attuale, basata sulla pesantezza delle conseguenze derivanti dalla distruzione del rapporto contrattuale (necessità da un lato di rispettare una proporzionalità nella dialettica degli opposti comportamenti contrattuali e, dall'altro, di evitare di attribuire al creditore il destro per distruggere un rapporto contrattuale solo per un sopravvenuto diverso calcolo di convenienza)⁶², le conseguenze nel caso nostro non cambierebbero: qui si tratta infatti solamente di giustificare il rifiuto di un adempimento inesatto, pretesa meno radicale del rimedio risolutivo. Si trova una conferma di questa impostazione nella disciplina dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c., comprensiva, naturalmente, di quella *non rite adimpleti contractus*, valendo pure per l'adempimento inesatto⁶³, la quale è possibile anche in presenza di inadempimento non grave⁶⁴.

Il potere di rifiuto della prestazione inesatta, poi, è desumibile anche dall'art. 1181 c.c. La norma, pur accordando al creditore il potere di rifiutare l'adempimento (quantitativamente) parziale⁶⁵, ci pare da estendere al caso della divergenza qualitativa (anche sulla base della regola posta per la prestazione in luogo di adempimento: art. 1197 c.c.)⁶⁶. Non si vede infatti perché il

sata dalla legge per fare valere *ex post* i vizi della compravendita e quella *ex ante* sostenuta nel testo, secondo cui si può far valere qualsiasi vizio che non sia irrisorio. L'art. 1206 c.c., in breve, offre una tutela preventiva all'inadempimento (sulla tutela preventiva anche in materia contrattuale v. G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Giuffrè, 2013, 109 ss., che però la riferisce alle situazioni di pendenza e cioè in sostanza solo alla formazione del contratto e ai rapporti di durata).

⁶² Vedi V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 961; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. del contratto* dir. da Roppo, *V.2-Rimedi* a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 120; P. GALLO, *Trattato del contratto*, 3. *I rimedi. La fiducia. L'apparenza*, Utet, 2010, 2114. Il principio della non scarsa importanza, nonostante il silenzio del c.c. 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica comune quale criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale (Relazione del Guardasigilli al Re, n. 661).

⁶³ Sul punto v. F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi. IX) Le eccezioni dilatorie*, in *Tratt. del contr.*, dir. da Roppo, *V) Rimedi-2* a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 449 ss.

⁶⁴ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. 2, 646; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5) La responsabilità*, Giuffrè, 2012, 2ª ed., 375; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Tratt. dei contratti* dir. da Rescigno, *Il contratti in generale* dir. da E. Gabrielli, t. 2, Utet, 1999, 1535 s.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, 3, cit., 2182. Gli aa. di solito evidenziano che l'eccezione non può comunque essere contraria a buona fede (art. 1460, co. 2, c.c.). Accentuano quest'ultimo profilo, precisando che l'inadempimento giustificante o legittimante va paragonato con quello che verrebbe giustificato o legittimato: A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Busnelli, Giuffrè, 2011, 51 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 987 s.

⁶⁵ Questa è l'opinione di gran lunga dominante: T. DALLA MASSARA, *L'adempimento parziale*, *Tratt. delle obblig.*, dir. da Garofalo e Talamanca, vol. 1, t. 5, *La struttura e l'adempimento: la liberazione del debitore* a cura di Talamanca e Maggiolo, Cedam, 2010, 213 e 226; M. PROSPERETTI, *Adempimento parziale*, cit., 25.

⁶⁶ Per l'estensione della regola alla inesattezza qualitativa v. C. ROMEO, *I presupposti*, cit., 82 s. e 99 s., nota 118. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, sub art. 1181, Zanichelli-II Foro It., 1994, 88 ss., riferisce la norma all'inesattezza quantitativa, nel cui concetto include il caso del macchinario mancante di parti o componenti (p. 100) e che applica all'appalto (p. 101). Questo a. propone un coordinamento tra l'art. 1181 c.c. da un lato e gli artt. 1206-1208 n. 3 c.c., dall'altro: la regola sull'adempimento parziale, infatti, a prima vista pare una ripetizione di quelle sulla validità dell'offerta (A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 96 ss.).



creditore debba ricevere tale prestazione e solo in un secondo momento attivare i rimedi del caso: in quanto parte fedele, spetterà ben a lui decidere se comportarsi così o invece agire in via preventiva, rifiutando la prestazione qualitativamente inesatta⁶⁷. Se il senso è stimolare l'adempimento esatto⁶⁸, pare sensato estendere questo mezzo di autotutela privata anche all'inesattezza qualitativa.

In un recente ampio studio si è addotto in senso contrario il motivo secondo cui nel caso dell'art. 1181 c.c. (a differenza dall'impossibilità parziale sopravvenuta) il creditore col rifiuto mira a stimolare all'adempimento integrale di una prestazione che è ancora possibile: sicché sorgerebbe solo qui (non nell'impossibilità parziale sopravvenuta) l'esigenza di definire lo sforzo ancora richiesto al debitore per l'esatta esecuzione, di solito diverso a seconda che si abbia difformità quantitativa o qualitativa⁶⁹. Infatti, in caso di difformità quantitativa si stimola il debitore sempre alla medesima attività dovuta *ab initio*; invece nel caso di difformità qualitativa lo si stimolerebbe ad una attività (sostituzione o riparazione) non compresa (quindi: diversa da quella dedotta) nel titolo originario⁷⁰. Il tema è complesso: ci limitiamo ad esporre perplessità sul punto. Ci parrebbe che, fino a che la prestazione fosse possibile, dovrebbe imperare il criterio della tutela dell'interesse creditorio: sicché, in linea di massima, la ragione che sussiste per applicare l'art. 1181 c.c. alla difformità quantitativa dovrebbe valere anche per quella qualitativa. Anche l'attività di riparazione⁷¹, infatti, ci pare rientrare nell'adempimento dedotto *ab initio*: il quale comprenderà tutta l'attività necessaria a soddisfare l'interesse programmato e cioè sia che il debitore riesca a compierla in unico contesto, sia che invece debba cominciare in tutto o in parte "daccapo", magari più volte. In altre parole, fino a che l'adempimento non è esatto, l'attività necessaria per raggiungerlo è sempre da ritenersi *in obbligazione* o comunque dovuta:

⁶⁷ Né basta l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. Infatti l'acquirente potrebbe aver già adempiuto la propria obbligazione, avere cioè già versato il prezzo (totale o in misura maggiore di quello che risulta dalla sua riduzione per il vizio) o comunque potrebbe non avere interesse a divenire proprietario di un bene viziato. È ragionevole lasciare alla parte fedele (che ha già adempiuto o non ancora inadempiente) scegliere lo strumento difensivo migliore.

⁶⁸ A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Giuffrè, 2005, 248-250. L'a. distingue nettamente questa *ratio*, propria del rifiuto *ex art.* 1181 c.c., da quella dell'intento di non ricevere una prestazione diversa da quella dovuta, propria del rifiuto nel caso di impossibilità parziale sopravvenuta *ex artt.* 1258 e 1464 c.c.. Il *discrimen* tra le due *rationes* non ci parrebbe così netto, almeno per il caso dell'art. 1181 (cioè quello della prestazione ancora possibile, secondo la teoria dell'a.), l'una implicando l'altra: il creditore infatti non vuole la prestazione imperfetta e al tempo stesso preme per quella perfetta. Sul lavoro di questa a. v., se vuoi, anche quanto si dice subito dopo nel testo nonché *infra* nella nota 71.

⁶⁹ A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 197-199. Per questa ragione, invece, l'a. fa rientrare nella disciplina della impossibilità parziale sopravvenuta anche la deficienza qualitativa (p. 197) e a prescindere dal fatto che sia imputabile o meno.

⁷⁰ A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 79-85, *passim* (spec. 79 s.).

⁷¹ Ciò non vale forse per la sostituzione, nel caso di vendita di cosa specifica (R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento nel sistema codicistico di tutela dell'acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 53 ss., § 3).



l'esecuzione errata non è adempimento esatto e la conseguente riparazione non eccede quella dovuta *ab initio*, potendo quindi essere imposta tramite condanna al relativo *facere*⁷².

Anche non aderendo a questa interpretazione dell'art. 1181 c.c., comunque, il creditore potrà rifiutare di ricevere la prestazione per giustificati motivi *ex art.* 1206 o comunque in base al generale principio di rifiutabilità della prestazione inesatta, che qui si afferma.

In presenza di vizi, l'inadempimento del dante causa non vi sarà (o vi sarà ma non imputabile) nel caso del deterioramento previsto dall'art. 1258, co. 2, c.c.⁷³: ipotesi da intendere come difetto dovuto *in toto* ad uno specifico fatto non imputabile e cioè che non rientrava tra quelli sottoposti alla sfera di controllo del debitore. Quando invece il fatto causante il deterioramento è imputabile, riprende vigore la regola generale dell'art. 1181 c.c.: o meglio, qualora si consideri

⁷² Questo vale in generale, ci pare, e comunque di certo qualora il debitore sia un imprenditore del settore specifico (v. anche *infra* nota 133). Non sfugge l'importanza della questione (altrove ricordata in questo scritto) circa il problema del se nella compravendita il venditore possa essere tenuto ad eliminare i vizi con azione di esatto adempimento. Il rischio di sopportare costi inutili deve ricadere su chi ha dato causa ai rischi medesimi e cioè sul debitore inadempiente: C. ROMEO, *I presupposti*, cit., 99.

⁷³ L'art. 1258, co. 2, c.c. avrebbe natura eccezionale rispetto all'art. 1181 c.c. (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, t. I, il comportamento del creditore*, cit., 215 s.). Invece che di norma eccezionale, altri parla di "specificazione" (P. PERLINGIERI, *sub art.* 1258, Comm. cod. civ. Scialoja Branca, Zanichelli-II Foro It., 1975, 518). Tuttavia ravvisare eccezione o specificazione non pare corretto, se si è d'accordo che l'art. 1181 c.c. è riferito alla sola deficienza quantitativa: il comma 2 dell'art. 1258 c.c. infatti non può costituire eccezione dell'art. 1181 c.c., dato che l'ipotesi regolata nella prima norma (deterioramento e cioè deficienza qualitativa) – anche senza detto comma 2 – non sarebbe potuta rientrata nell'art. 1181 c.c. (deficienza quantitativa). Sembra corretto dire che, all'interno dell'art. 1258 c.c., il comma 2 è un'estensione al caso del deterioramento della regola posta per impossibilità parziale dal co. 1, il quale, concernendo la deficienza quantitativa, di per sé non lo comprenderebbe (P. PERLINGIERI, *ivi*, 520). Distingue analogamente tra co. 1 e co. 2, G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Tratt. delle obblig.*, dir. da Garofalo e Talamanca, vol. 3, *Modi di estinzione* a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2008, 690). Dovrebbe invece costituire eccezione all'art. 1181 c.c. l'art. 1258, co. 1, c.c.: in mancanza della seconda regola, infatti, la relativa fattispecie concreta sarebbe probabilmente rientrata nella prima. Nel citato studio di Fondrieschi, è stato rilevato però il differente interesse del creditore nel caso dell'art. 1181 c.c., ove può ancora essere recuperata la prestazione integrale (la parzialità è estintiva o meno dell'obbligo a seconda che la prestazione sia divisibile o indivisibile, dovendosi parlare di "adempimento" parziale e rispettivamente "esecuzione" parziale), rispetto al caso degli artt. 1258-1464 c.c., ove egli subisce l'impossibilità (definitiva) parziale, sicché meglio si dovrebbe parlare di "inadempimento parziale": tale differenza porta ad una differente ricostruzione del concetto di "parte" (A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 70 ss. – spec. 79-85 –, 189 e 215 ss., spec. 221 s., 244-246; le regole della impossibilità non imputabile vanno estese a quella imputabile: *ivi*, 240). Secondo questa a., se ben capiamo, mentre nell'art. 1181 c.c. la parzialità riguarda il comportamento del debitore, restando poi possibile eseguire il rimanente, negli artt. 1258 e 1464 c.c. la parzialità (dell'impossibilità) riguarda il *quid* oggetto della prestazione, che quindi subisce una modificazione irreversibile, sicché dopo sarà possibile solamente o l'inadempimento definitivo totale ovvero l'adempimento del residuo (p. 216) (la parzialità *ex art.* 1181 c.c., poi, coinciderebbe con quella desumibile dall'art. 1208, n. 3, c.c., relativo all'offerta nella *mora credendi*: A.F. FONDRIESCHI, *ivi*, 117). In altre parole, le norme hanno ambiti operativi diversi: l'art. 1181 c.c. regola le modalità di adempimento della obbligazione, mentre l'art. 1258 c.c. regola solo gli effetti della sua parziale estinzione (in presenza di un adempimento che – oggettivamente valutato – è inesatto), nulla dicendo su un obbligo del creditore di accettarla (A. F. FONDRIESCHI, *L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in Aa.Vv., *I modi di estinzione delle obbligazioni*, *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Utet, 2012, 320).



questa attinente al solo difetto quantitativo, la generalissima regola sull'esattezza dell'adempimento⁷⁴.

Nei contratti a prestazioni corrispettive il principio, posto dall'art. 1258 (co. 2, per quanto qui interessa) c.c., muta. Opererà infatti l'art. 1464 c.c., che – in caso di impossibilità sopravvenuta (non imputabile) – attribuisce al creditore bensì l'obbligo di ricevere la prestazione (riducendo naturalmente la propria), ma solo fino a che vi abbia interesse apprezzabile: quando questo non vi sia più, potrà recedere. Qui la parzialità della prestazione possibile viene di solito intesa come nell'art. 1258, co. 1, c.c. e quindi in accezione quantitativa. Tuttavia la stessa regola andrà applicata alla sopravvenuta deficienza qualitativa cioè al deterioramento, al pari dell'estensione che nell'art. 1258 c.c. il co. 2 opera rispetto alla previsione del co. 1⁷⁵.

L'elaborazione teorica sul rifiuto riguarda la cooperazione del creditore in sede di adempimento debitorio. Tuttavia anche quando cooperazione creditoria non vi sia e perciò non operi la *mora credendi*⁷⁶, detta elaborazione vale lo stesso: come avviene nel caso nostro, in cui il debitore deve solo compiere un atto unilaterale traslativo⁷⁷. Trattasi sempre di legittimità o meno dell'esercizio del potere di rifiuto da parte del creditore⁷⁸.

L'atto, dal significato opposto al rifiuto, è costituito dall'accettazione della prestazione⁷⁹. L'accettazione però non sta sul medesimo piano della prestazione: l'adempimento, infatti, non è

⁷⁴ Conf., circa l'inesattezza quantitativa, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 45 s.

⁷⁵ Conf. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 51; A. GNANI, *Il contratto divisibile*, Napoli, 2012, 196-198; Cass. 12 febbraio 1993, n. 1782 (indice di edificabilità inferiore a quello considerato nel preliminare a causa di variante al P.R.G.). Applica l'art. 1464 c.c. anche alle difformità qualitative l'approfondita analisi di A. F. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 189 ss., spec. 197 s. (nonché già a p. 83), intendendo in modo diverso la parzialità *ex art.* 1181 c.c., relativa all'adempimento ancora possibile, da quella di cui agli artt. 1258 co.-1464 c.c., relativa all'impossibilità (tale disciplina va tranquillamente applicata anche all'esecuzione del preliminare *ex art.* 2932 c.c.: p. 211 ss.). In generale Fondrieschi afferma l'irrelevanza della distinzione tra inadempimento quantitativo e qualitativo nel solo caso della impossibilità parziale (ID., *La prestazione*, cit., 196-199), non invece in quello nell'adempimento parziale *ex art.* 1181 c.c., come accennato sopra nel testo.

⁷⁶ G. CATTANEO, *sub art.* 1206, cit., 16 s.

⁷⁷ in caso di esecuzione tradizionale del preliminare bilaterale (stipula del definitivo), ciascuna parte è al tempo stesso debitore e creditore, dovendo prestare il consenso sia per adempiere la propria obbligazione che per cooperare all'adempimento altrui (G. CATTANEO, *La cooperazione*, cit., 70).

⁷⁸ Rifiuto, la cui natura di atto negoziale ovvero di atto giuridico in senso stretto è dubbia. Per la prima tesi: A. RAVAZZONI, *Mora del creditore*, in *Noviss. dig. it.*, X, 902; G. GIACOBBE, voce *Mora del creditore*, *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 958 s. (il rifiuto deve potere essere imputato al creditore); L. BOZZI, *Comportamento del debitore*, in *Dir. civ.*, dir. da Lipari e Rescigno coordinato da Zoppini, III: *Obbligazioni: il rapporto obbligatorio*, 50 (circa il ricevimento della prestazione e a proposito dell'art. 1190). Per la seconda tesi, C.M. BIANCA, *Dir. civ.* 4) *L'obbligazione*, cit., 387 s.

⁷⁹ Il rifiuto è atto di esercizio negativo del potere di accettazione: L. FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffrè, 1960, 38, 43, 47 e 65. L'accettazione è ritenuta di solito atto non negoziale, che presuppone il diritto di verifica, operazione di accertamento della conformità della prestazione al contenuto dell'obbligazione (C.M. BIANCA, *Dir. civ.* 4) *L'obbligazione*, cit., 371). Il diritto di verifica può essere assai importante nella pratica, ad es., quando l'acquirente non sia immesso nel possesso del bene: il venditore potrebbe creare (dolosamente o meno) ostacoli all'esercizio di detta verifica.



un contratto (offerta di esecuzione più accettazione) ed è invece opera del solo debitore⁸⁰. Quando l'accettazione è intercorsa, si consuma il potere di rifiuto. Eventuali errori (vizi non rilevati) saranno da fare valere non più in sede di cooperazione all'adempimento (meglio: di accettazione, dato che una cooperazione in senso stretto nel nostro caso manca), bensì in una fase successiva: ad esempio, nella vendita, facendo valere la garanzia per vizi. L'accettazione della prestazione, infatti, non significa rinunciare alle azioni spettanti per le inesattezze della prestazione stessa, a meno che vi sia un atto dispositivo inequivoco in tale senso⁸¹.

Ebbene, non c'è motivo per negare tale diritto di accettare o rifiutare la prestazione nel caso del preliminare da eseguire con atto traslativo unilaterale.

Quando esso venga eseguito tramite la stipula del corrispondente contratto definitivo, il controllo viene appunto eseguito prima di tale stipula, la quale ne costituisce l'esito positivo.

Quando viene invece eseguito con atto unilaterale, l'esecuzione non solo non richiede una dichiarazione di volontà, ma – come detto – nemmeno alcuna cooperazione materiale del creditore. L'esecuzione infatti non implica ingresso nella sfera di quest'ultimo, come invece succede quando un bene viene consegnato o un servizio viene reso. Il potere creditorio di controllo dell'esattezza della prestazione, allora, consisterà nel diritto di rifiutare l'acquisto del diritto⁸².

Quindi, in mancanza di rinuncia espressa nel *titulus*, al promissario acquirente va riconosciuto il diritto di rifiuto⁸³. Ma come va costruito? Si tratta di rifiuto risolutivo o impeditivo? Cioè il trasferimento avviene subito, salvo venir meno in caso di rifiuto, oppure avviene solo dopo decorso il tempo necessario senza che alcun rifiuto sia intervenuto⁸⁴?

⁸⁰ M. PROSPERETTI, *Adempimento*, cit., 20.

⁸¹ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 403; A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 259-260 e ss. (il rifiuto ex art. 1181 c.c. non costituisce anticipazione dei comportamenti successivi, in particolare della domanda di risoluzione: è una mera constatazione di una situazione di inadempimento; p. 264). Spostare l'accento dal definitivo al preliminare, del resto, significa in particolare domandarsi se non si tratti di un tipo di distinto di vendita e in particolare rimeditare l'applicazione delle norme codicistiche. Ad es., la disciplina dei vizi (soprattutto il *dies a quo* del termine per farli valere) presuppone il perfezionamento del trasferimento e quindi non parrebbero applicabili, se non dopo il compimento dell'atto di puro trasferimento (nel preliminare ad effetti anticipati: R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 185). Taluno osserva però che i vizi manifestatisi pendente il preliminare non si possono più fare valere con la *quantum minoris* (ma allora: in nessun altro modo) dopo la stipula del definitivo, non essendo "occulti" (art. 1491) (così E. GABRIELLI, *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente*, nota a Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 318): la questione è poco esaminata, anche se importante nella pratica.

⁸² In alternativa potrebbe costruirsi come necessità di espressa accettazione della prestazione. Ma il consenso al trasferimento unilaterale, dato in sede di stipula preliminare, rende eccessivo richiederne un altro in sede di sua esecuzione: basta il potere di rifiuto.

⁸³ Lo riconosce Gazzoni per i casi di inadempimento inesatto, di *aliud pro alio* o di vizi evidenti della cosa (F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, testo all'altezza della nota 67), pur sostenitore dell'eseguibilità *uno actu*.

⁸⁴ Su questa distinzione varia dottrina. V., ad es.: G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 171 s. (costituisce quindi un onere per il destinatario: p. 165). Il rischio di confusione terminologica è elevato. Ad es., altri autori distinguono tra rifiuto impeditivo da una parte, che impedisce addirittura il perfezionamento della fattispecie



La seconda soluzione pare essere quella corretta. Se la ragione per cui si riconosce il rifiuto è il permettere all'acquirente di verificare l'esattezza dell'incipiente adempimento (essenzialmente: per evitare il rischio di divenire proprietario di un bene viziato), è più logico che il potere di rifiutare la prestazione preceda l'acquisto, non che lo segua.

Similmente a quanto avviene col contratto unilaterale, che è concluso dopo il decorso del termine (art. 1333, co. 2, c.c.)⁸⁵.

4. – Si è detto sopra che due paiono i principali problemi in materia: la reazione del vizio del preliminare sull'atto traslativo e la necessità o meno dell'*expressio causae*. Essi vengono qui solo accennati, data la loro complessità.

Sul primo punto, in caso di vizio genetico del contratto preliminare (nullità, annullabilità) la conseguenza sarà la nullità del trasferimento.

È meno persuasiva la dottrina di Giorgianni sulle prestazioni isolate, secondo cui, purché sia indicato lo scopo (*expressio causae*, cioè causa in senso soggettivo: *Zweck*), il trasferimento avviene ed il bene è recuperabile solo con l'azione personale (*condictio indebiti*)⁸⁶. È stato osservato, infatti, che la ragione alla sua base (maggiore difficoltà dei terzi di verificare l'elemento causale, rispetto al contratto che disponga e trasferisca allo stesso tempo) in realtà non sussiste⁸⁷.

(concetto da ripudiare, per l'a.), e rifiuto eliminativo e rifiuto risolutivo dall'altra parte, che operano su una situazione già definitiva e non meramente strumentale. Questi ultimi due distinti tra loro, poiché nel primo l'effetto retroattivo è normale ma non costante né assoluto, mentre nel secondo è sempre presente e l'acquisto è perfetto ma rifiutato *in limine*, trattandosi quindi di "titolarità pura, senza nemmeno un principio di esercizio del diritto da parte del terzo" (così L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, Giuffrè, 1970, 155 s.; ID., *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413, Il cod. civ. Comm.* a cura di Schlesinger, Giuffrè, 1997, 73).

⁸⁵ Pertanto qui il rifiuto impedisce il sorgere del vincolo (E. CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, 65). Per altri, invece, già con l'emissione della dichiarazione *ex art. 1333 c.c.* si produce l'effetto, sicché il rifiuto sarebbe eliminativo (G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., 183-185).

⁸⁶ V. la voce *Causa* di M. GIORGIANNI nella *Enc. dir.*, §§ 9 e 10 e spec. 567 s. e 570 s.: la causa in senso oggettivo (il fondamento, *Grund*) serve a conservare gli effetti del trasferimento, non a determinarli. La ragione della tesi sarebbe una maggior tutela dei terzi acquirenti, i quali non potrebbero verificare in concreto il requisito causale e quindi la validità o meno del trasferimento. Questo, infatti, in ipotesi è muto circa il programma negoziale (consacrato nel *titulus*), sicché i terzi sarebbero costretti ad accedere al titolo, attività però eccessivamente onerosa. Con la sottoponibilità del loro acquisto alla sola ripetizione di indebito, invece, i terzi subacquirenti sarebbero meno esposti al rischio di inefficacia. La sua tesi ha avuto un certo seguito: ad es., v. A. SPADAFORA, *Profili solutori dell'atto non dovuto*, Giuffrè, 1996, 59 ss. e U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. I. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Giappichelli, 2000, 125 ss. spec. 129 s.

⁸⁷ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 826 (già in ID., *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 103 ss.). Sulla stessa linea molta dottrina, ad es., S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale*, Cedam, 1997, 117-139, *passim* (spec. 136 s.). Ammettere pattizionalmente la scissione *titulus/modus* non comporta affatto dovere aderire, per il caso di assenza di causa, alla tesi del recupero tramite mera azione personale (così M. MARTINO, *L'expressio causae*, cit., 80, 154 s. nonché 245-250, basandosi sulla natura ricognitiva della *expressio causae*).



Pertanto il *vulnus* alla logica per la quale, se viene meno l'atto di impegno, deve venire meno pure l'atto che ne sia esecuzione, non è più necessario. Anche nel nostro caso la causa è da intendere in senso oggettivo (fondamento, *Grund*): solo che è da cercare non nel negozio traslativo, bensì esternamente, cioè "a monte" di esso⁸⁸. Infatti "la valutazione causale investe l'operazione negoziale nella sua totalità e cioè nell'insieme dei suoi collegamenti o riferimenti teleologici e in genere assiologici": "il singolo negozio non è di per sé (...) l'autoregolamento, poiché esso non contiene né esaurisce tutto l'affare. Neppure la causa quindi, quale interesse fondamentale, può venir compiutamente individuata se non avendo riguardo al contesto dell'intera operazione, all'affare complessivo nel quale il negozio stesso si inquadra e del quale è strumento e quindi in ultima analisi ponendosi da un punto di vista che trascenda il piano della struttura dell'atto"⁸⁹.

Quanto invece ai vizi funzionali (ad esempio, risoluzione), si può qui solo accennare al fatto che risulta persuasiva la tesi, secondo cui va applicata in via estensiva o analogica la regola della risoluzione⁹⁰.

Sul secondo punto (necessità o meno dell'*expressio causae*), è più difficile prendere posizione⁹¹.

⁸⁸ Come nel diritto romano: C. ARGIROFFI, *Causa ed effetti reali del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Vacca, Giappichelli, 1997, 458 e 502 s. Oppure si potrebbe dire meglio così (stante la assai dubbia esattezza del concetto di "causa esterna"): la funzione sufficiente ad ottenere giuridica sanzione è quella solutoria, la quale è interna, mentre esterno è il necessario presupposto, *id est* l'obbligo adempiuto (così E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate*, cit., 829). Del resto non c'è interdipendenza tra atipicità e astrattezza, quasi che ogni modificazione del tipo dovesse comportare un attentato alla causa (C. DONISI, *Il problema*, cit., 294).

⁸⁹ Così V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVIII, 1978, 93. Si potrebbe anche invocare il concetto giuridico di "operazione economica" delineato dalla dottrina successiva. Questo, in breve, porta a riferire la valutazione dell'ordinamento giuridico all'accordo complessivo, superando l'ottica atomistica derivante dall'apparente frazionamento negoziale: v. C. SCOGNAMIGLIO, *La causa e il controllo sulle vicende circolatorie della ricchezza*, *Tratt. del contr.*, dir. da Roppo, II. *Regolamento* dir. da Vettori, Milano, 2006, 118-119 e 133; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 ss., spec. §§ 5, 9 e 10; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Giappichelli, 1992, cap. III *passim* e spec. 110 s. (un contratto operazione economica può coesistere con una pluralità di negozi determinata dalla scomposizione dei suoi elementi) nonché 116 s. (il limite al frazionamento dell'operazione economica è dato solo dal rispetto del requisito causale, in mancanza di pregiudizio ai terzi). Sicché nella fattispecie *de qua* una causa certamente esiste.

⁹⁰ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate*, cit., 831 s. (già in ID., *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 371 ss.); M. MARTINO, *L'expressio causae*, cit., 272.

⁹¹ La dottrina è divisa. Affermano, ad es., la necessità della *expressio causae*: G. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare* (ex art. 3, d.l. 31.12.1996 n. 669), in *Studium iuris*, 1997, 215 ss., a 218; F. DELFINI, *Itinerari*, cit., sub § 7.1; L. D'ALESSANDRO, *La cooperazione del mandante nel rapporto di gestione*, Giuffrè, 2003, 366-7; S. DELLE MONACHE, *La trascrizione*, cit., 12; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 177; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., 138, nonché ID., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 223; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*³, Giuffrè, 1975, 204-208; E. MOSCATI, *Delle obbligazioni* (art. 2028-2042) – *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca, Zanichelli-II Foro It., 1981, 200; F. TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il*



In generale, sarà senz'altro opportuno che il venditore menzioni la natura solutoria dell'atto e il titolo di cui costituisce esecuzione. L'affermazione, peraltro, è ai limiti dell'ovvio, quanto all'opportunità: pochi notai, ricevendo un simile atto, mancheranno di inserire tale menzione, col rischio di violare l'art. 28 l. notar.⁹² Tuttavia l'opportunità pratica non esime dal prendere posizione teorica: quanto meno perché la menzione potrebbe essere omessa per errore, soprattutto quando mancasse l'intervento di un pubblico ufficiale rogante, dato che (teoricamente) l'atto di trasferimento immobiliare potrebbe essere redatto per scrittura privata⁹³.

Ebbene, si sarebbe subito tentati di affermare la non necessità della *expressio causae*: nel senso che, anche se essa non venga dichiarata, l'atto sarà valido ugualmente, qualora – in caso di contestazione – la parte interessata riesca a provare in altro modo la sua natura solutoria (cioè l'esistenza dell'obbligo e la conformità del *modus ad esso*). Si potrebbe cioè dire che la causa (la giustificazione: esecuzione di precedente obbligo) o c'è o non c'è: se c'è, il negozio non perde validità per il fatto che non viene esplicitamente menzionata, con la conseguenza che dovrebbe essere provata solo in caso di contestazione sul punto (con un controllo causale, quindi, *a posteriori*).

Tuttavia, a meglio riflettere, è probabilmente più corretto richiederne la menzione scritta: menzione che dovrà riguardare non solo la natura solutoria dell'atto, ma anche l'obbligazione che viene eseguita, individuata con sufficiente precisione⁹⁴. Infatti, dato che l'atto è appunto solo solutorio e la ragione giustificatrice della sua validità ed efficacia dipende dal titolo a monte, la *expressio causae* pare rientrare tra quegli elementi essenziali del contratto che, secondo l'opinione dominante, vanno documentati per iscritto per rispettare il requisito formale posto

ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale, in Riv. dir. civ., 2003, 271 ss. a 295; P. SIRENA, *L'effetto traslativo*, in Valentino (a cura di), *I contratti di vendita*, Tratt. dei contratti dir. da Rescigno e E. Gabrielli, Utet, t. 1, 423; G. VETTORI, *I contratti ad effetti reali*, cit., 107. Non la ritengono invece necessaria: A. CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Giappichelli, 1998, 44; A. LENER, «Expressio causae» e astrazione processuale. Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione, in Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, III, 1 ss., a pp. 34-35 (nel negozio solenne l'onere di forma può essere adempiuto anche senza che la causa giustificativa dell'attribuzione risulti dalla documentazione prescritta) e a p. 65 (in generale, negli atti di alienazione non è più ammesso ad operare un negozio traslativo con causa esterna non indicata, ma chi agisce deve anche dedurre e all'occorrenza provare la causa esterna, taciuta nel documento); A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO-G. PALERMO, *La trascrizione*, cit., 32; M. MARTINO, *L'expressio causae*, cit., 123, nota 12, 183 s. e 265 s.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo II, *Il comp. del debitore*, cit., 141 s. (fino a che non vi sia possibilità di dubbio sul credito estinto; ma circa il pagamento in generale); E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate*, cit., 829; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., 33; B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003, 54, sub nota 109.

⁹² L'omessa menzione costituirebbe forse motivo di nullità non solo formale ma, secondo la teoria di Giorgianni, anche sostanziale, dato che rappresenta l'elemento causale nelle prestazioni isolate.

⁹³ Tale atto, pur non trascrivibile, ugualmente determinerà il passaggio del diritto. In tale caso le parti dovranno poi curare in un secondo tempo la trascrizione con un ulteriore atto rivestito della forma richiesta.

⁹⁴ Qualora si ritenga necessaria la *expressio causae*, non c'è molta differenza tra la sua assenza e una menzione generica di natura solutoria, senza però indicarne il *titulus*.



dall'art. 1350 c.c.⁹⁵, norma applicabile anche agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.).

In alternativa (ma forse è il medesimo argomento) si potrebbe dire che la necessità di documentazione scritta dell'*expressio causae* sta anche nella sua valenza come causa o meglio come ragione del trasferimento. Si è osservato che in generale la causa non va necessariamente esplicitata, bastando che essa venga individuata con qualunque modo o strumento a disposizione: quindi, se ben capiamo, anche con elementi extratestuali⁹⁶. La causa invece, pur non richiedendo esplicita menzione, dovrebbe comunque potersi desumere dal contenuto dell'atto: cioè che non bastasse un giudizio *a posteriori*. Ebbene, è proprio questo che non avverrebbe nel nostro caso. Trattandosi di prestazione isolata, cioè di atto traslativo che di per sé non menziona la propria giustificazione, non vi è un contenuto sufficiente per verificare *ex ante* la presenza della causa (*rectius*: della ragione, che si pretende giustifichi la sanzione dell'ordinamento al trasferimento programmato).

In altre parole, pare incongruo che l'ordinamento, per decidere se dare o meno sanzione giuridica all'effetto traslativo, permetta di ricorrere ad elementi extratestuali (cioè in pratica a prove precostituite o costituenti: quindi *ex post*, in sede processuale): con la conseguenza che la causa vada o meno ravvisata (e il trasferimento riconosciuto) a seconda delle scelte difensive (più o meno opportunistiche) della parte, che il giudice ritenga onerata di detta prova⁹⁷.

⁹⁵ Quindi nel caso degli atti sottoposti a forma *ad substantiam* non dovrebbe valere l'affermazione, per cui imporre l'*expressio causae* contrasta col principio della libertà nei modi di manifestazione del consenso (E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 266 s.): qui la legge ha disposto un solo modo di manifestazione, quello scritto. Nemmeno vale invocare la libertà di interpretazione dell'atto e quella probatoria, che sono logicamente e giuridicamente un *posterius*: quanto alla prima, da un lato, si interpreta ciò che è stato manifestato con le modalità di legge, non ciò che è stato manifestato con modalità non ammesse e, dall'altro, si interpreta ciò che è dichiarato, non ciò che non lo è stato (sul non dichiarato si potrà intervenire a livello di integrazione con elementi extratestuali, non con l'interpretazione); quanto alla libertà probatoria, al contrario, essa in caso di oneri formali è ampiamente limitata e può riguardare gli spazi lasciati esentati dal vincolo formale (art. 2725, co. 2, c.c.).

⁹⁶ Così sostanzialmente, V. SCALISI, *Negoziato astratto*, cit., 88 e poi 117, laddove osserva che la natura causale dell'atto non viene meno per il fatto che la causa non è espressa; conf. A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento*, Giuffrè, 1988, 225 s. e similmente A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., 258 ss. (che nega significato ermeneutico alla mancata riproposizione dell'art. 1120 c.c. previg., secondo cui "*il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa*"). Anche chi pare liberale nel delimitare l'estensione dell'onere formale, osserva che, pur se non serve una dichiarazione espressa della causa, tuttavia devono almeno ricorrere "modalità espressive che almeno in maniera mediata consentano di ricostruire la ragione giustificativa dell'operazione economica e l'essenza degli effetti contrattuali" (U. BRECCIA, *La forma, Tratt. del Contratto dir. da Roppo, I) Formazione* a cura di Granelli, Giuffrè, 2006, 678: intendendo però l'inciso "in maniera mediata" come "in maniera non esplicita bensì implicita purché desumibile dall'atto, cioè senza ricorrere ad elementi extratestuali"). Secondo altri, invece, la promessa isolata non può mai essere *causa sui ipsius*, sicché il controllo della causa sufficiente non può che essere affidato al congegno della *expressio causae* (P. Spada, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 722).

⁹⁷ Proprio questo invece succede per V. SCALISI, *Negoziato astratto*, cit., 117, per cui, se si tratta di atti muti ("che non indicano né direttamente né indirettamente la fonte di qualificazione causale dell'interesse negoziale"), non per questo la causa è indeterminata e indeterminabile. Infatti "l'interprete deve anche in questi casi –



Inoltre, nel caso di atti oggetto di pubblicità, la desumibilità della causa direttamente dall'atto opera anche a tutela dei terzi: ad esempio, quando eseguissero un controllo di validità dell'atto in relazione ad esigenze circolatorie oppure esecutive, essi non potrebbero venirne a conoscenza altrimenti.

In particolare, qualora si tratti di preliminare trascritto, l'atto esecutivo unilaterale eventualmente pattuito dovrà menzionare il *titulus*. Non tanto perché l'art. 2645 *bis*, co. 2, c.c. parla di “*altro atto che costituisca comunque esecuzione del preliminare*”, dato che anche qui – a rigore – non è detto che la natura solutoria debba emergere dall'atto. Quanto piuttosto per esigenze pubblicitarie, non potendosi altrimenti fare retroagire con sufficiente sicurezza la pubblicità dell'atto alla data di trascrizione del preliminare⁹⁸. Né basterebbe collocare l'*expressio causae* solo nella nota di trascrizione: in quest'ultima infatti non può esservi un elemento assente nel titolo, dato che la prima costituisce un estratto sintetico del titolo⁹⁹ e quindi non può contenere elementi in più rispetto a quest'ultimo¹⁰⁰. Il che non contraddice la regola per cui, ai fini dell'opponibilità ai terzi, rileva il contenuto della nota come riprodotta nel registro particolare¹⁰¹.

5. – Ci si può chiedere poi se le parti possano pattuire non solo la modalità del trasferimento tramite atto unilaterale (soggetto a rifiuto, come detto), ma qualche cosa di più oneroso per

anzi, a maggior ragione in essi – adoperarsi, utilizzando tutti i mezzi e gli strumenti a disposizione per ricostruire il più ampio sistema di interessi giuridici”, sicché la causa “deve essere provata dal soggetto che intenda fare valere gli effetti del negozio”. Né ci pare esatto addossare sempre al debitore (che agisca in nullità) l'onere di provare l'inesistenza della causa, per il fatto che adempiendo avrebbe in un certo senso riconosciuto l'esistenza del debito (M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., 571). Se ciò vale forse quando l'atto di trasferimento è dichiaratamente solutorio (ma taccia sulla specifica obbligazione adempiuta), non ci pare possa valere quando sia del tutto muto, cioè quando sia addirittura incerto se sia solutorio o abbia diversa natura. Considerazioni sulla prospettiva probatoria in M. MARTINO, *L'expressio causae*, cit., 93 ss. e 267-274 (sulla possibilità di provare l'assenza o erroneità della causa espressa in atto) e in A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., 612 ss.

⁹⁸ Metterebbe infatti in un certo imbarazzo il terzo che nei registri immobiliari controllasse la provenienza in capo all'acquirente. Egli rileverebbe solo un obbligo a trasferire in capo al dante causa (ed un credito a ricevere per l'acquirente) e un successivo trasferimento “muto”. Mancherebbe però il collegamento giuridico tra i due atti, che non può essere lasciato alle supposizioni dei terzi interessati sulla base della coincidenza del bene venduto, dovendo invece risultare dalla pubblicità. Citazioni sul punto A. ZACCARIA-S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*², Utet, 2008, 153. La menzione del “titolo” (art. 2659, n. 2, c.c.) e del “rapporto giuridico” (art. 2665 c.c.) a proposito della nota, va intesa nel senso che da essa dovranno risultare il diritto oggetto del titolo (ad es., proprietà), la vicenda subita (trasferimento, estinzione, etc.) e il *nomen iuris* del titolo (vendita, donazione, etc.) (G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 4, Torino, 2012, 11 s.).

⁹⁹ R. TRIOLA, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Bessone, Giappichelli, 2000, 249 s.; L. FERRI-P. ZANELLI, *Sub art. 2659*, in *Della trascrizione*, artt. 2643-2696³, *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, Zanichelli-Il Foro it., 1995, 386.

¹⁰⁰ Ma semmai solo in meno, dovendosi in tale caso valutare ex art. 2665 c.c. se venga pregiudicata la validità della trascrizione.

¹⁰¹ L. FERRI-P. ZANELLI, *Sub art. 2659*, cit., 386 s.; G. DI BENEDETTO, *Carattere formale della nota di trascrizione: tra errore materiale ed efficacia del pignoramento immobiliare*, in *Immobili & proprietà*, 2013, 455 s.



l'acquirente e cioè un trasferimento per atto unilaterale non soggetto a rifiuto. Più chiaramente, potrà l'acquirente rinunciare al potere di rifiuto, cosicché la proprietà passerebbe nel preciso momento in cui il venditore comunicasse (secondo gli artt. 1334-1335 c.c.) la propria volontà traslativa?

Pare di sì. Certo sarà raro che l'acquirente si privi di tale potere, costringendosi quindi ad un controllo solo *ex post* di vizi o difetti e cioè a trasferimento già avvenuto (spesso a pagamento già eseguito): ma se lo fa, non si vede come tale sua scelta possa venire sindacata.

Si tratta di rinuncia avente oggetto limitato e ben definito, in materia disponibile e in assenza di divieti di legge¹⁰²: l'ordinamento non potrà che rispettarla.

In un interessante studio sul rapporto tra autonomia privata e procedimento formativo dei contratti si è osservato che il limite all'esplicarsi della prima è che non venga escluso un "accordo" tra le parti. Sicché, ad esempio, non è ammissibile un contratto, con cui si pattuisca che i futuri rapporti contrattuali sorgeranno elevando il silenzio di una parte ad accettazione (quindi senza espressione di volontà di tale parte), dovendo almeno esservi il potere di rifiuto: anzi, per quelli ad effetti reali il consenso dovrà essere pieno ed espresso¹⁰³. Tuttavia tale riflessione, su cui si può convenire, non contraddice la tesi appena esposta. Infatti la rinuncia dell'acquirente al potere di rifiuto, contenuta in un preliminare, significa che il consenso espresso in tale contratto comprende già la piena valutazione di convenienza. La parte si limita a rinunciare ad una seconda valutazione, quella che di solito si fa in sede di stipula del definitivo: ovvero, nella nostra tesi, alla valutazione che si fa durante il lasso di tempo, che va dalla comunicazione dell'atto di trasferimento allo scadere del successivo termine per l'eventuale rifiuto.

6. – Nel caso, in cui il definitivo sia sostituito pattiziamente da un trasferimento con atto unilaterale non paiono esservi particolari problemi pubblicitari.

In generale si può dire che la trascrizione dell'atto di trasferimento è possibile ai sensi dell'art. 2645 c.c., come viene suggerito per i pagamenti traslativi. L'art. 2645 c.c. permette infatti la trascrizione di altri atti che producano gli effetti di cui all'art. 2643 c.c. Quindi, dato che l'art. 2643 contempla il trasferimento della proprietà, l'atto unilaterale che determina il medesimo effetto, non potendo essere trascritto ai sensi dell'art. 2643 n. 1 (menzionante il "contratto"), potrà esserlo ai sensi dell'art. 2645¹⁰⁴.

¹⁰² Questi sono i requisiti richiesti dalla nostra giurisprudenza per la validità degli atti di rinuncia a diritti futuri: C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Giuffrè, 2005, 279. Ci pare che il diritto non sorga nemmeno nel patrimonio del promissario acquirente, invece che sorgere per contestualmente estinguersi (così invece C. COPPOLA, *op. ult. cit.*, 170: l'effetto principale della rinuncia anticipata "non è punto quello di impedire l'entrata del diritto rinunciato nel patrimonio del suo autore (...) bensì quello di attuarne un'autentica dismissione che abbia luogo nello stesso momento logico dell'effettivo acquisto").

¹⁰³ A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 187-196.

¹⁰⁴ Così F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., tomo 1, 491 s. Nel caso di scissione pat-



Specificamente con riferimento all'esecuzione del contratto preliminare, poi, corrobora questa impostazione la regola posta dall'art. 2645 *bis*, co. 2, c.c.: nel concetto di "ogni altro atto che costituisce comunque esecuzione del contratto preliminare", infatti, paiono rientrare pure gli atti unilaterali. La tesi è peraltro controversa. Come sopra visto, infatti, si sostiene da alcuni che l'espressione riguardi altri contratti che attuino pur sempre l'obbligo traslativo, come una transazione o una permuta oppure una vendita definitiva che contenga modifiche del voluto (ad esempio, sul prezzo, non certo sull'oggetto dell'acquisto)¹⁰⁵.

Quanto all'ipoteca, sarà raro che il promittente venditore trasferisca il diritto senza avere prima incassato il prezzo. Tuttavia, se così succedesse, non si vede come potrebbe escludersi la nascita di un'ipoteca legale che il Conservatore dovrebbe iscrivere (art. 2834 c.c.): sempre che l'atto traslativo sia collegato alla fonte dell'obbligo (contratto preliminare) tramite l'*expressio causae*. La legge parla infatti di "alienante" e "atto di alienazione" (artt. 2817, n. 1 e 2834 c.c.): concetti senz'altro riferibili all'atto di trasferimento unilaterale¹⁰⁶.

In sintesi, il panorama pare essere il seguente. In mancanza di consenso esplicito all'esecuzione con atto unilaterale del venditore, il preliminare dovrà essere eseguito con la stipula di un contratto di compravendita (contratto c.d. definitivo) o altro contratto che ne sia attuazione. Tuttavia la clausola, con cui si pattuisce che il venditore debba (o possa) adempiere con atto traslativo unilaterale, sarà valida. In tale caso il trasferimento del diritto si avrà solo decorso il termine per l'eventuale rifiuto: termine che decorrerà a partire dal momento in cui sarà pervenuta alla sua conoscenza l'atto traslativo-solutorio. L'acquirente, infine, potrà anche rinunciare a detto termine, nel qual caso la proprietà si trasferirà nel momento in cui l'atto solutorio giungerà a conoscenza dell'acquirente (regola di recettività: art. 1334 c.c.).

7. – Vediamo ora come si inserisca in questo procedimento la tutela dell'acquirente contro vizi o difetti del bene, rilevati già prima della stipula del definitivo. Intendiamo riferirci ai co-

tizia tra *titulus* e *modus*, anche la vendita meramente obbligatoria è trascrivibile: l'assenza di un effetto traslativo immediato, infatti, è dovuta non ad intrinseche carenze strutturali dell'atto, ma ad una libera scelta di suo differimento fatta dalle parti (F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., tomo 1, 112 nonché 117 per il caso in cui il trasferimento sia subordinato all'adempimento di un obbligo quale ad es, la riproduzione della scrittura privata in atto pubblico). A proposito degli obblighi di dare (trasferimento dal mandante al mandatario e dall'onerato al legatario) e della pubblicità *ex* art. 2645 c.c. del trasferimento solutorio, si è parlato di un'unica fattispecie complessa, di cui fa parte anche il *titulus* (G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 90); conforme S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, cit., 41/42 (con rif. al ritrasferimento dell'immobile dal mandatario al mandante nel mandato ad acquistare e al conferimento del socio in società).

¹⁰⁵ G. CIAN, *la trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996 n. 669)*, cit., 217 s. Addirittura più restrittivo A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO-G. PALERMO, *La trascrizione*, cit., 29 s.: è necessaria anche la corrispondenza delle cause (ad es., non ammette l'esecuzione tramite permuta).

¹⁰⁶ Così F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., tomo 2, 141, e F. DELFINI, *Itinerari*, cit., § 7.2.



siddetti vizi materiali, dato che per quelli giuridici ¹⁰⁷ bisogna esaminare caso per caso e comunque è richiesta una trattazione a sé.

La giurisprudenza inizialmente, tenendo ferma la differenza del rapporto da contratto preliminare rispetto a quello da vendita definitiva, negava i rimedi propri di quest'ultima e concedeva solo i rimedi previsti per il contratto in generale: cioè, in alternativa all'accettazione del bene viziato, la risoluzione e/o il risarcimento del danno ¹⁰⁸. In particolare escludeva l'azione di adempimento, dato che il preliminare era visto come portante solo un impegno a svolgere una successiva attività negoziale (stipula della compravendita definitiva), non invece a predisporre la *res* oggetto del programmato trasferimento.

Successivamente i giudici iniziarono a concedere l'azione di esatto adempimento e lo fecero partendo dai contratti preliminari cosiddetti ad effetti anticipati. Essi affermarono in una nota sentenza del 1976 che l'obbligo di consegnare un bene esente da vizi (esatta consegna: si trattava di due appartamenti ancora da ultimare per i quali gli acquirenti avevano interrotto il pagamento degli acconti) faceva parte del programma di tale preliminare, come obbligo distinto da quello analogo sorgente dalla vendita ¹⁰⁹. Non sottostando quindi alla stringente disciplina di quest'ultimo, la S.C. confermava la condanna (di appello) alla eliminazione dei vizi entro tre mesi dal passaggio in giudicato.

Una non meno nota sentenza del 1985 fece un passo in avanti e negò che vi fosse differenza tra preliminari ad esecuzione anticipata e preliminari c.d. puri ¹¹⁰. Per la sua importanza va riportata la massima: “*Con riguardo al preliminare di vendita di immobile da costruire, e per il caso in cui*

¹⁰⁷ Per i quali si parla di inesattezza giuridica dell'attribuzione traslativa (C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², *Tratt. dir. civ.*, dir. da Vassalli, Utet, 1993, t. 2, 775) o di beni giuridicamente irregolari (A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, Torino, 2011, 268 ss).

¹⁰⁸ Vedi B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore. Artt. 1490-1499*, in *Il cod. civ. Comm.*, dir. da Busnelli, Giuffrè, 2012, 88 s.

¹⁰⁹ Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669 ss osservazioni di A. LENER Il *decisum*, si badi, pare accogliere la domanda di adempimento riferita al rapporto da consegna anticipata, non a quello da compravendita definitiva (spec. c. 674). Ma non è sempre necessariamente così, dato che può teoricamente denunciarsi pure un inadempimento di quest'ultimo anche prima dello scadere del termine per la sua stipula, qualora sia già certo che i vizi non potranno essere rimediati in tempo, traendone le conseguenze del caso (sospensione degli obblighi a carico dell'acquirente: consenso al definitivo o altre obbligazioni collegate). Il che avverrà tipicamente nei preliminari c.d. puri: *contra* però A. LENER, *op. loc. ult. cit.*, c. 671, il quale distinguendo tra preliminari puri e ad effetti anticipati, per i primi afferma che non sorge un'obbligazione del promittente di mettersi in condizione di trasferire una cosa corrispondente alle caratteristiche pattuite. Sull'interessante tema dell'autonomia degli effetti interinali nel “diritto al negozio” e sul potere del creditore di sindacare l'attività preparatoria del debitore, v. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, 1974, 234 ss. Sembra comunque indubbia l'azionabilità della condotta, che già prima della scadenza del termine sia incompatibile con la corretta esecuzione della prestazione finale dovuta (*op. loc. ult. cit.*, nota 23).

¹¹⁰ Cass., sez. un., 27 febbraio 1985 n. 1720, pubbl. in varie riviste. Si trattava di un preliminare di vendita di immobile da costruire, preliminare “puro” sì ma ... non del tutto, dato che le parti avevano pattuito che il saldo prezzo dovesse essere versato alla consegna della villetta, prevista per una certa data, “indipendentemente dalla stipula del contratto definitivo”.



detto bene venga realizzato con vizi o difformità, che non lo rendano oggettivamente diverso, per struttura e funzione, ma incidano solo sul suo valore, ovvero su secondarie modalità di godimento, deve ritenersi che il promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento del promittente venditore, non resta soggetto alla sola alternativa della risoluzione del contratto o dell'accettazione senza riserve della cosa viziata o difforme, ma può esperire la azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, a norma dell'art. 2932 cod. civ., chiedendo, contestualmente e cumulativamente, la riduzione del prezzo, tenuto conto che il particolare rimedio offerto dal citato art. 2932 cod. civ. non esaurisce la tutela della parte adempiente, secondo i principi generali dei contratti a prestazioni corrispettive, e che una pronuncia del giudice, che tenga luogo del contratto non concluso, fissando un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare, configura un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che lo interesse del promissario alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente". Si negò quindi il cd dogma della intangibilità del preliminare, che aveva impedito di accogliere la domanda di riduzione del prezzo, e si accordò detta riduzione non in applicazione (diretta o analogica) della norma sulla vendita, ma come rimedio previsto in generale per i contratti a prestazioni corrispettive.

Successivamente i nostri giudici hanno oscillato tra l'applicare le norma della vendita (se in via analogica oppure diretto-estensiva qui non appuriamo), da un lato, e quelle sul contratto in generale, dall'altro, anche se con netta prevalenza della seconda posizione¹¹¹. A noi pare che la via giusta sia appunto quest'ultima. Si tratta di vedere però quali rimedi comprenda la normativa sul contratto in generale, tenuto conto del coordinamento con le norme sull'adempimento dell'obbligazione.

I temi più interessanti sono quelli, come è intuibile, dell'azione di esatto adempimento e di riduzione del prezzo. Meno problematici sono invece quelli del risarcimento del danno, dell'eccezione di inadempimento e della risoluzione (per inadempimento o impossibilità sopravvenuta): si tratta infatti di tre rimedi che certamente spettano. È innegabile che un inadempimento vi sia: va infatti condivisa l'opinione per cui il preliminare obbliga non solo a prestare un consenso contrattuale, bensì pure a predisporre (per una certa data) la *res* come voluta dalle parti. Quindi una *res* viziata, quando non possa più essere tempestivamente riparata, viola detto obbligo: in tale situazione, dunque, l'applicabilità dei rimedi generali contro l'inadempimento (ecce-

¹¹¹ Dopo il 1985 sono pochissime le decisioni che, applicando al preliminare la normativa della vendita, escludono l'azione di esatto adempimento (eliminazione dei vizi): forse solo Cass. 24 novembre 1994, n. 9991 e Cass. 5 febbraio 2000, n. 1296. Numerose sono invece quelle che si richiamano alla azione di esatto adempimento e alla riduzione di prezzo come rimedi generali per i contratti sinallagmatici. Ampia sintesi in B. DE AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi*, cit., 88 ss.; P. CAPITELLI, *Vizi della cosa promessa in vendita e ampiezza dei rimedi in favore del promissario acquirente: una questione ancora aperta*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 509 ss.; e S. BRANDANI, *Vizi della cosa promessa in vendita: ancora incertezze nella giurisprudenza in relazione ai rimedi di tutela accordabili al promissario acquirente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 152 ss., nota a Cass. 05 febbraio 2000, n. 1296.



zione di inadempimento, risoluzione, risarcimento di eventuali danni) dovrebbe discenderne pianamente.

8. – L'azione di esatto adempimento e quella di riduzione prezzo sono entrambi rimedi conservativi, anche se in diversa misura: il secondo infatti conserva solo per la parte eseguita, mentre corrisponde ad una risoluzione parziale per quella non eseguita.

Mentre la prima azione trova più elementi testuali di appoggio per il suo riconoscimento, la seconda ne trova praticamente uno solo.

L'azione di esatto adempimento è, ad esempio, prevista dall'art. 1453 c.c. per il caso dell'inadempimento. Qui per vero si dice che il creditore fedele può "chiedere l'adempimento", sicché l'azione di "esatto adempimento" (cioè quella spettante in caso di adempimento quantitativamente e/o qualitativamente non esatto) potrebbe non rientrare nel concetto di "adempimento". Sarebbe tuttavia arbitrario limitare il concetto di "adempimento" posto dal co. 1 dell'art. 1453 c.c. al solo inadempimento totale¹¹². Anche fosse così, peraltro, un'interpretazione estensiva o comunque analogica indurrebbe ad estendere la regola all'inadempimento quantitativamente o qualitativamente parziale: nel più (inadempimento totale) sta il meno (inadempimento parziale, quantitativo o qualitativo non conta¹¹³ e non si vede motivo per cui la tutela soddisfattiva, prevista per il primo, non debba essere esperibile per il secondo.

Come si dirà anche *infra*, molta dottrina ritiene però che detta tutela (la riparazione) sia possibile solo laddove espressamente prevista e non possa essere generalizzata: la riparazione, altrimenti, equivarrebbe ad una seconda prestazione, rischiandosi in tal modo di gravare l'inadempiente di un sacrificio economico sproporzionato rispetto al valore del bene¹¹⁴. Tale ragionamento tuttavia non è persuasivo. Non si vede quale sproporzione vi sia nel continuare a ritenere in obbligazione la parte mancante di quanto era *ab initio* dovuto, costringendo quindi il debitore ad eseguire solamente la porzione quantitativamente o qualitativamente ancora assente.

¹¹² Conf. A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento, t. I, artt. 1453-1454, Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, Zanichelli-II Foro it., 1990, sub art. 1453, 10 e 33-35. In generale per questo a. l'azione di esatto adempimento è concessa, quando il *facere* richiesto rientrava nell'impegno contrattuale iniziale: quindi sì nel caso di deficienze quantitative, no nel caso di deficienze qualitative di cosa specifica già costruita (p. 35). Proprio questo è *punctum dolens* circa la compravendita (v. anche *supra* nota 71 s. e testo corr. nonché *infra* le note 132-138 e testo corr.).

¹¹³ I due tipi di deficienze vanno parificati. Se la *res* consegnata, ad es., presenta una componente in qualunque modo diversa dal dovuto (deficienza qualitativa), anziché esserne priva (deficienza quantitativa), si ha sempre un inadempimento: manca una parte della prestazione dovuta. Il fatto che al suo posto ve ne sia un'altra, seppur viziata, è irrilevante ai fini dell'adempimento: la parte erroneamente non dovuta genererà forse altri problemi (restitutori, se fisicamente separabile, o di arricchimento senza giusta causa) ma non potrà essere conteggiata in alcun modo nel comportamento dovuto. v. R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene*, cit., § 2.

¹¹⁴ Varia dottrina (anzi, quella prevalente), tra cui, ad es., C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 1010 s.



Né si vede come si possa definire “già avvenuto” l’adempimento¹¹⁵, quando esso sia inesatto: si tratta infatti solamente di dare applicazione sino in fondo all’impegno contrattuale iniziale, sicché il debitore, se ha errato nell’eseguire, *imputet sibi* l’obbligo riparatorio (salvo il consueto rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta).

La dottrina ha poi rilevato altri spunti testuali, ad es l’art. 1192, co. 2, c.c., relativo al caso in cui il pagamento avvenga prestando cose altrui: il creditore può rifiutarlo e quindi, ovviamente, potrà chiedere un nuovo adempimento. Oppure l’art. 1482, co. 2, c.c., secondo cui il giudice può ordinare la regolarizzazione dei vizi giuridici. Non importa qui appurare se vi sia o meno colpa nel promittente venditore (questione non semplice, quando questi non sia il costruttore), dato che l’azione è data anche se manca l’imputabilità¹¹⁶.

Si è osservato che le utilità fornibili dall’esatto adempimento, se ritenuto inammissibile, possono essere conseguite invocando il risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.)¹¹⁷. A parte la questione della sua estensibilità all’inadempimento, essendo previsto in materia di responsabilità da fatto illecito, non è detto che le utilità fornibili dai due rimedi coincidano. Sia per l’elemento soggettivo – colpa –, che è richiesto nel risarcimento del danno, mentre non lo è nell’azione di adempimento (almeno che per chi non richieda l’imputabilità dell’inadempimento). Sia perché dalla natura risarcitoria (quindi meramente compensativa) possono nascere delle conseguenze, che non ricorrono per la richiesta di adempimento: a) bisogna che un danno vi sia realmente, b) si può forse invocarlo assieme alla risoluzione del contratto, mentre l’esatto adempimento certamente no¹¹⁸; c) infine, il rimedio del risarcimento del danno in forma specifica non è ammesso, quando risulti eccessivamente oneroso per il debitore (art. 2058, co. 2, c.c.), ipotesi peraltro di difficile verifica nel caso *de quo*, ove lo scostamento rispetto al risarcimento del danno per equivalente¹¹⁹ sarà solitamente minimo o nullo (come detto sopra, infatti, si tratta né più né meno che di perfezionare l’esecuzione di ciò cui si era *ab initio* impegnato).

¹¹⁵ Presupposto logico per ritenere che la riparazione sia una ripetizione dell’eseguita prestazione.

¹¹⁶ F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011, 181 ss. (a p. 187, l’inciso “L’inadempimento che innesca il rimedio in natura non deve essere imputabile” lo leggeremmo come “non deve necessariamente essere imputabile”); C. ROMEO, *I presupposti*, cit., 39 e 112 ss. Richiede invece l’imputabilità C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5) La responsabilità*, cit., 264, perché altrimenti l’impossibilità a lui non imputabile lo libererebbe dall’obbligazione. Sulla generale invocabilità dell’azione di adempimento per le obbligazioni v. le convincenti pagine di F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., *passim*, ad es. 108 ss. (§ 11), 141 ss., 183 ss. (§ 1): l’azione per l’adempimento tardivo rientra sempre nel contenuto primario dell’obbligazione, discendendo ciò da un concetto di serietà del vincolo giuridico; parrebbe dubitarne R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Giappichelli, 2007, 254, nt. 216. V. sul punto anche la nota 137.

¹¹⁷ A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 35, e C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 1010 s.

¹¹⁸ Tratta la questione C. ROMEO, *I presupposti*, cit., 38 ss.

¹¹⁹ In questo pare consistere il giudizio di non eccessiva onerosità ex art. 2058, co. 2., c.c.: v. C. SALVI, *La responsabilità civile, Tratt. dir. priv.* Iudica Zatti, Milano, 2^a ed., 2005, 273 (attribuire un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa cagionata dal fatto dannoso). Ricorda la risalente contrapposi-



Del resto, con riferimento alla compravendita, ammettere il risarcimento del danno in forma specifica e non l'azione di adempimento (poiché fornire la *res* esente da vizi non sarebbe in obbligazione) forse contraddice al fatto che al tempo stesso per detti vizi sono concessi i rimedi edilizi: prova che i vizi violano la *lex contractus*, l'aspettativa del compratore. Non pare quindi esatto dire che l'eliminazione dei vizi significherebbe "imposizione di un risultato diverso da quello dovuto"¹²⁰; a meno di sostenere allora che la tutela per l'acquirente è offerta come attivazione di una garanzia pura, invece che come reazione alla violazione di un impegno contrattuale¹²¹. All'opposto, eliminare i vizi significa esattamente prestare ciò che si doveva sin dall'inizio: sino a che i vizi permangono, il debito non è pagato. Pertanto, fare tutto ciò che serve per perfezionare il pagamento dovuto, non ne costituisce una duplicazione o comunque un'attività che lo ecceda.

Quanto alla pretesa di riduzione del prezzo, trattasi di diritto vivente, essendo stato accolto da numerose sentenze. Queste lo fondano sulla generalizzazione del rimedio previsto dall'art. 1464 in caso di sopravvenuta impossibilità parziale non imputabile. Esso costituisce espressione di un più generale principio di mantenimento dell'equilibrio tra le prestazioni corrispettive e può essere applicato a tutti i casi di inadempimento: non solo al caso di impossibilità parziale qualitativa non imputabile (riferendosi l'art. 1464 c.c. a quella quantitativa), ma anche ad ogni caso di parziale o inesatta attuazione dello scambio¹²², senza essere sottoposto al termine ristretto previsto per il rimedio edilizio *ex art.* 1492 c.c.¹²³.

zione tra concezione oggettiva e soggettiva della eccessiva onerosità M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, *Tratt. della resp. civ.*, dir. da Franzoni, Giuffrè, 2004, 269 s.

¹²⁰ Così molte trattazioni sulla vendita nonché, ad es., A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 35.

¹²¹ La serietà degli impegni contrattuali assunti porta a dire che in linea di massima la loro violazione deve permettere al creditore di ottenere l'utilità non percepita: un rimedio quindi in forma specifica, non solo risarcitorio o risolutorio (permettendo altrimenti al debitore inadempiente un calcolo di convenienza). Ci pare, del resto, come altrove accennato in questo scritto, che nel debito costituito da prestazione traslativa sia compreso non solo il trasferimento purchessia, ma anche il trasferimento di *res* esente da vizi.

¹²² Così A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., sub art. 1453, 36. Conforme sull'estensione all'impossibilità parziale qualitativa (deterioramento) varia dottrina: L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, 1463-1466, Comm. cod. civ. Scialoja branca*, Zanichelli– Il Foro it., 2002, sub art. 1464, 146 s. (a meno che si trascenda nella impossibilità totale); C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5) La responsabilità*, cit., 357 s.; A.F. FONDRIESCHI, *L'impossibilità sopravvenuta*, cit., 285 ss. (non c'è ragione per ampliare l'ambito di applicazione della impossibilità parziale *ex art.* 1258, co. 2, c.c., se l'obbligazione è non contrattuale e limitarlo invece, se è contrattuale – e sinallagmatica, aggiungeremmo); P. CAPITELLI, *Vizi della cosa*, cit., 600 e 611 (applicazione del principio di proporzionalità nei contratti, secondo la nota elaborazione di Pietro Perlingieri). Secondo altri, invece, la riduzione di prezzo è sì possibile, ma proprio come applicazione della *quanti minoris* della vendita: ciò perché, essendo la riduzione disposta subordinatamente al trasferimento giudiziale *ex art.* 2932 c.c., al rapporto da preliminare di vendita si sostituisce quello da vendita definitiva, con la normativa sua propria (C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 49).

¹²³ Evidenzia questa differenza pratica I. RIVA, *Garanzia per vizi e contratto preliminare di vendita*, in *Contr. impr.*, 2001, 1028.



9. – Si potrebbe però osservare che l'azione di adempimento è prevista per l'adempimento del contratto in generale e presuppone l'esistenza di obbligazioni in senso tecnico¹²⁴. Il che non avverrebbe per la vendita, ove è dubbio che la c.d. garanzia contri i vizi costituisca vera obbligazione. Dato che i vizi o c'erano o non c'erano alla data della stipula, la loro assenza o presenza non può dipendere dall'adempimento o inadempimento di un'obbligazione a carico del venditore. Un comportamento del debitore, in cui deve consistere la prestazione oggetto della obbligazione, nella compravendita non sarebbe infatti ravvisabile¹²⁵: i rimedi edilizi di legge allora costituiscono un effetto legale, qualificabile come garanzia, e la violazione contrattuale costituisce la *condicio iuris* sospensiva della loro esperibilità¹²⁶. In breve, il programma negoziale, che prevede bensì l'assenza di vizi nel bene, acquista però rilevanza nella forma giuridica non di un obbligo in tale senso, bensì di garanzia pura: cioè come accollo di rischio circa il verificarsi di eventi, che non si ha l'obbligo di evitare¹²⁷.

E del resto, si può forse anche aggiungere, se il preliminare nella concezione moderna è una vendita "obbligatoria", nel senso che esso obbliga non solo a prestare il consenso ma contiene *in nuce* l'espressione anche della volontà dell'intera operazione economica programmata, si potrebbe estendere ad esso la medesima osservazione sull'assenza di un dovere che viene fatta per la vendita.

Tali obiezioni, tuttavia, non parrebbero decisive.

Nel non troppo dissimile (almeno in relazione al punto ora in discussione) caso della vendita obbligatoria codicistica (vendita di cosa altrui etc.), le garanzie per vizi ed evizione paiono da legare non alla conclusione del contratto, bensì al successivo momento funzionale, dato dal prodursi dell'effetto traslativo¹²⁸. Quindi anche in esso si potrebbe ravvisare un'obbligazione, dato

¹²⁴ Ad es., Giovanni Gabrielli è contrario alla applicazione della riduzione del prezzo, la quale da un lato è rimedio eccezionale (non potendo la parte delusa alterare le condizioni pattuite) e dall'altro non è giustificabile in base ai principi generali della responsabilità contrattuale, dato che i vizi della *res* – avendo rilevanza obiettiva – prescindono da un inadempimento del venditore, almeno quando non si tratta di cosa da costruire (G. GABRIELLI-V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare, I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, Istit. Enc. It., IX, 1988, 11 sub 6.4, e G. GABRIELLI, *Contratto preliminare, I) diritto civile, Postilla di aggiornamento*, ivi, 1997, 8 sub 2.4).

¹²⁵ "Il dovere giuridico è forma direttiva della volontà e quindi non può regolare se non atti che dipendono dalla volontà del soggetto" (L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 172).

¹²⁶ Nota obiezione sollevata da L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3 ss., ripresa anche successivamente da varia dottrina, tra cui, ad es.: C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 962-973; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.* 2003, 530 ss.; L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 309; A. PERRONE, *Informazione dal mercato e tutela dell'investitore*, Giuffrè, 2003, 95 s. Oggi la tesi della garanzia è sostenuta nell'ampio lavoro di F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 245 ss. e spec. 255 s. (ma v. gli interi capp. III-IV per approfondito esame dei concetti di garanzia e di obbligazione).

¹²⁷ Diffusamente A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, 1967, 270 ss., spec. 294-301; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo*, cit., 570.

¹²⁸ R. CAVALLO BORGIA, *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Giuffrè, 1972, 136. In contrario P.



che il momento, a cui ci si deve riferire per valutare la condizione della *res*, è successivo a quello in cui viene assunto l'impegno: precisamente è quello del prodursi dell'effetto traslativo. Tale affermazione parrebbe in effetti corretta. Ciò allora varrebbe anche nel nostro caso, in cui il trasferimento è subordinato ad una dichiarazione di volontà a scopo solutorio¹²⁹.

A parte ciò, l'azione di adempimento viene da alcuni autori estesa pure alla vendita, per quanto non espressamente prevista e in apparente contrasto con questo tipo contrattuale¹³⁰: contrasto sia perché, come detto, mancherebbe un'obbligazione che possa restare inadempita, sia perché comunque non è prevista dalla normativa sulla vendita, che pare costituire norma speciale rispetto all'art. 1453 c.c.. Anzi, si potrebbe osservare che l'unico in caso, in cui è prevista la riparazione (e la sostituzione), è quello in cui ricorre un patto *ad hoc* ("garanzia di buon funzionamento", art. 1512 c.c.): sicché non potrebbe estendersi quest'obbligo ai casi in cui tale patto manchi.

Anche la giurisprudenza, si badi, praticamente concorde, nega l'azione di adempimento al compratore¹³¹.

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I) la compravendita di «cosa futura»*, Jovene, 1962, 244 ss. (la garanzia per evizione può essere fatta valere anche prima che la cosa venga ad esistenza). In generale, è da vedere quale sia la disciplina da applicare *medio tempore* (*id est* prima dell'atto solutorio di trasferimento) e cioè se già quella speciale della vendita, quella del contratto in generale o una qualche integrazione delle due. L'interessante tema richiede esame specifico, ma a prima vista pare esservi una buona ragione per applicare la seconda soluzione (accennata subito dopo nel testo): non convince quindi il secco giudizio di "contraddizione di fondo" nelle tesi di Gazzoni e Chianale, i quali pure optano per la seconda soluzione invece che per la prima (pur ritenendo il preliminare una vendita obbligatoria), espresso da M. MANTELLO, *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 555 s.

¹²⁹ A maggiore ragione varrebbe nel nostro caso, potremmo forse dire, se si condivide che, da un lato, nella vendita obbligatoria codicistica il fatto, cui è subordinato l'acquisto, non ha natura negoziale, e, dall'altro, che l'atto unilaterale esecutivo del preliminare è invece negoziale. "A maggior ragione", nel senso che la pregnanza della negozialità conferisce maggior spessore al comportamento del venditore, facilitando la ravvisabilità di un programma da eseguirsi.

¹³⁰ Ampio dibattito: v. le trattazioni sulla vendita, ad es. A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, cit., 304 ss., e poi F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 231 ss. e 245 ss. (cioè capo III e IV, ad es. p. 266), ove l'accento è posto sulla necessità di rigorosa correlazione tra l'oggetto della obbligazione e il *facere* oggetto dell'adempimento in natura (la riparazione). La dottrina favorevole ad ammettere l'azione di esatto adempimento nella vendita è però del tutto minoritaria: M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, cit., 74 ss, che l'ammette per tutti i casi (anche se manchi la colpa), e D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 825-830, *passim*, qualora ricorra colpa del venditore (indebolendosi altrimenti la posizione del compratore, che la garanzia speciale vuole invece rafforzare, rispetto ai principi generali desumibili dall'art. 1453). Altri concede bensì il rimedio "economicamente" simile, ma giuridicamente assai diverso, del risarcimento in forma specifica (C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 1010 s.; conf. C.G. TERRANOVA, *Redibitoria (azione)*, in *Enc. giur.*, Istit. Enc. It., 1991, 16).

¹³¹ Da ultimo v. Cass., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702: "In tema di compravendita, la disciplina della garanzia per vizi si esaurisce negli artt. 1490 ss. cod. civ., che pongono il venditore in una situazione non tanto di obbligazione, quanto di soggezione, esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto od alla sua caducazione mediante l'esperimento, rispettivamente, della "actio quanti minoris" o della "actio redhibitoria". Ne consegue che il compratore non dispone – neppure a titolo di risarcimento del danno in forma specifica – di un'azione "di esatto adempimento" per ottenere dal venditore l'eliminazione dei vizi della cosa venduta, rimedio che gli compete soltanto in particolari ipotesi di legge (garanzia di buon fun-



Come diciamo anche poco sotto, però, nel programma contrattuale rientra l'impegno del venditore a procurare non solo il trasferimento del bene purchessia¹³², ma anche di un bene esente da vizi. Che poi questo avvenga tramite il medio della obbligazione in senso tecnico¹³³ può essere discusso: è effettivamente difficile ravvisare un contegno del venditore a questo finalizzato, ciò in cui consiste l'obbligazione, almeno secondo il suo concetto tradizionale. Dire poi che si tratti di garanzia, dato che l'impegno è a produrre un risultato dipendente da fattori di cui non si ha più il controllo¹³⁴, potrebbe essere corretto: dipende dal concetto di garanzia che si adotta¹³⁵.

Sempre restando in tema di vendita, peraltro, c'è poi un secondo argomento contrario alla concessione dell'adempimento in natura, quello testuale: la normativa sulla vendita, derogando

zionamento, vendita dei beni di consumo) o qualora il venditore si sia specificamente impegnato alla riparazione del bene". Altre citazioni in I. RIVA, *Garanzia per vizi*, cit., 1034 s., spec. nota 40 (v. di questo a. l'interessante sintesi nell'ultimo paragr. a p. 1039 ss.).

¹³² Conf. C. G. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in Valentino (a cura di), *I contratti di vendita, Tratt. dei contratti dir.* da Rescigno e Gabrielli E, Utet, t. 2, 1098 s. (il vizio è lesione di un'aspettativa del compratore ricollegabile al venditore o in termini di "mera causalità" oppure di negligenza). Si ricordi l'assurdità, cui giungeva la dottrina della garanzia, secondo cui la prestazione di cosa viziata costituisce pieno adempimento (cit. in R. CALVO, *Vendita e rimedi nel diritto tedesco: dalla «garanzia» all'inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 297 ss., 300).

¹³³ Così invece R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, Jovene, 2007, t. I, 211-229, e t. II, 164-180 e 192 ss., il quale, svalutando il ruolo della condotta debitoria, ravvisa una vera obbligazione (v. ad es. t. I, p. 216 s. e t. II, 166). Scrive di inadempimento contrattuale M.G. CUBEDDU, *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 167 ss a p. 170. Esclude la ravvisabilità tanto di un'obbligazione in capo al venditore quanto, dopo scoperto il vizio, di un suo inadempimento, R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene nella vendita*, Giappichelli, 2014, 29 ss. e rispettivamente 34 ss.

¹³⁴ Trattandosi di una situazione passata. Si può replicare che il venditore, pur non potendo più incidere in futuro, doveva predisporre in anticipo in modo da produrre il risultato promesso: il che contrasta col concetto di garanzia pura, ma al tempo stesso non risponde al tradizionale concetto di obbligazione, consistente in un contegno futuro (v. Luminoso cit. alla nota seg.).

¹³⁵ Di garanzia parlano gli aa. citati alla nota 122. Esclude la garanzia P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti a rischio*, Giuffrè, 2006, 333 ss.: le azioni edilizie attengono sì al puro rischio contrattuale (cioè quando l'inattuazione derivi da cause non imputabili ad alcuna parte), ma vanno ricondotte all'area del sinallagma contrattuale e non all'indennità di una garanzia (p. 341); del resto il risarcimento del danno presuppone che il vizio attenga alla sfera organizzativa del venditore (p. 346; simile per l'appalto F. CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Giuffrè, 2011, 15 e 93 s.). Per Luminoso, la garanzia pura presuppone che l'evento: i) sia estraneo alla sfera di controllo del garante, ii) non sia passibile di giudizio di imputabilità e illiceità, iii) soprattutto, sia estraneo a qualsiasi tipo di impegno del garante di impedirne il prodursi: tutti questi tre requisiti mancano nella posizione del venditore (ID., *La compravendita*⁷, cit., 227 s.; conf. sul terzo punto G. D'AMICO, *La compravendita*, t. 1, *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, Ediz. scient. Ital., 2013, 378). Non sfugge l'importanza del terzo requisito circa il tema qui trattato. Il dissenso riguarda il particolare caso di obbligo (legale o contrattuale) di indennizzo nel caso in cui il risultato sia mancato per causa non imputabile, ma pur tuttavia rientrante nella sfera di controllo del debitore: per alcuni si tratterebbe di garanzia, per altri di responsabilità contrattuale "oggettiva" (A. LUMINOSO, *La natura della garanzia per vizi e difformità nell'appalto*, in *Domenico Rubino* a cura di P. PERLINGIERI-S. POLIDORI, Ediz. Scient. It., 2009, II, 933 ss., note 58, 69 e 71). La posizione di Luminoso è oggetto di articolata critica da parte di F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 296 ss., per il quale il concetto di "impegno traslativo", proposto da L., è inafferrabile e inconsistente, non illustrando *come* il risultato debba essere conseguito, sicché non sarebbe avvicinabile all'obbligazione.



a quella contrattuale generale, non contempla l'azione di adempimento. L'ostacolo è arduo da superare: è infatti palese che il legislatore storico volle concedere solo i rimedi menzionati, non altri¹³⁶. Solo risultano persuasive le osservazioni di chi supera detto ostacolo, rilevando nella vigente disciplina delle garanzie una ragione solamente storica (sostanzialmente dato dal fatto che deriva da quella della vendita di *res* "non riparabili" come schiavi e animali)¹³⁷: la quale può quindi portare ad un suo superamento in via ermeneutica, essendo radicalmente cambiate le circostanze socioeconomiche in cui detta normativa sorse¹³⁸.

A parte ciò (quindi, anche rigettando l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento per assenza di un'obbligazione in senso tecnico e di un'espressa previsione di legge), si ha però pur

¹³⁶ Ravvisa un forte ostacolo nel silenzio serbato dal 1492 c.c. anche L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Giuffrè, 1983, 235.

¹³⁷ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, cit., 78; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, op. loc. cit. Vedi A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 305 s.: l'origine concettuale remota sta nella credenza erronea che il contratto traslativo è adempiuto quando l'esecuzione è di fatto avvenuta, sebbene irregolare o difettosa o addirittura inesistente in concreto. Credenza che parrebbe oggi seguita da varia dottrina: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. la responsabilità*, cit., 265 s. (la riparazione non è esatto adempimento della prestazione dovuta nella vendita, ma attività di fare diversa e ulteriore rispetto all'impegno traslativo dovuto dall'alienante; l'a. discute la questione, assai interessante nella pratica, della invocabilità dell'eccezione di inadempimento in ID., *La vendita e la permuta*, cit., 1016-1019); R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento*, cit., § 7; R. FADDA, *La riparazione*, cit., 35 s.: nei casi di inesattezza qualitativa, come per la cosa viziata, "l'esecuzione – seppur inesatta – della prestazione traslativa estingue l'intero obbligo primario non residuando alcuna parte di prestazione da completare" (a meno che il venditore sia tenuto pure ad un *facere*, il che avviene solo se sia il costruttore della *res*: v. nota seg.).

¹³⁸ Sicché, ad es., se il venditore è un'impresa edile l'acquirente si aspetterà un bene privo di vizi e potrà chiederne l'eliminazione. Probabilmente però, come già accennato nel testo, analoga richiesta sarà da accogliere anche verso un venditore "privato" cioè non professionista: anche qui viene dedotto in contratto il trasferimento di un bene con certe caratteristiche (così Cass. 3 gennaio 2002, n. 29 e Cass. 15 febbraio 2007, n. 3383 e 14 gennaio 2010, n. 477, relative a vizi materiali la prima e la terza, a vizi giuridici la seconda: non sono però molte le decisioni in cui il venditore è un privato). Non rileva particolarmente la differenza tra privato e impresa. Intanto l'impresa, se non del settore edile e magari di piccole dimensioni, può essere poco attrezzata tanto quanto il privato nel provvedere alla manutenzione/riparazione di un immobile (e quindi bisognerebbe allora limitare la soggezione all'azione di esatto adempimento alle sole imprese edili). Inoltre bisogna tenere in conto anche gli interessi dell'acquirente. Perché quest'ultimo deve essere privato dell'azione di adempimento e deve accettare il rischio di una liquidazione giudiziale (dei danni o della riduzione del prezzo), che poi, nei fatti, non copre mai il totale dei danni e/o dei costi di riparazione e che comunque interviene dopo che l'acquirente li avrà nel frattempo già anticipati facendo eseguire lui le riparazioni (perché ne abbisogna per esigenze personali o per non aggravare il danno)? Questo si può forse osservare alla tesi di Luminoso, che concede l'azione di esatto adempimento a tutte senza eccezioni (ma anche solo al-) le vendite in cui venditore sia un imprenditore: quindi, se ben capiamo, anche riguardanti beni immobili (pur se l'a. considera soprattutto l'ipotesi dei beni prodotti in serie), da un lato, e anche quando l'acquirente sia non un consumatore bensì un professionista, dall'altro (A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, cit., 308 s.). Concede l'azione di adempimento contro il venditore, che sia costruttore, anche R. FADDA, *La riparazione*, cit., 115 s. e 139, poiché solo qui ci sarebbe un'obbligazione di *facere*. Per Luminoso, il rimedio del ripristino (e della sostituzione) rientra nella tutela restitutoria più che in quella satisfattivo/attuativa (ID., *La compravendita*⁷, cit., 312 s.): l'affermazione è però assai dubbia, mirando entrambi i rimedi non a ripristinare una situazione pregressa o un assetto distributivo dato, bensì a tutelare una aspettativa di acquisizione (così giustamente R. CAMPIONE, *La sostituzione del bene nella vendita*, cit., 52 s. e già F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 275).



sempre una violazione dell'impegno traslativo (di un bene con certe qualità), che il venditore – a nostro parere – si è assunto¹³⁹. Ci si può chiedere allora se la sua violazione vada trattata, eventualmente in via analogica, in modo uguale all'inadempimento della obbligazione¹⁴⁰. Perché mai, infatti, nel caso di inadempimento il creditore ha diritto all'adempimento coattivo, mentre nella violazione contrattuale, costituita da vizi della *res* venduta, questo rimedio non gli è concesso? Solo per l'impossibilità logica di ravvisarvi un'obbligazione? Questo però non dovrebbe impedire l'estensione analogica della regola dell'adempimento coattivo. Come nell'obbligazione il risultato promesso può essere realizzato anche coattivamente, così coattivamente dovrebbe potersi realizzare il risultato promesso a titolo diverso (di garanzia, qualora si privilegiasse questa impostazione ricostruttiva, oppure anche come impegno primario traslativo non rientrante nel concetto tradizionale di obbligazione, qualora si privilegiasse quest'altra impostazione). La soddisfazione piena dell'avente causa non può dipendere dal fatto che il risultato sia nella disponibilità cronologica del debitore, nel senso che questi ha (obbligazione) o meno (garanzia) avanti a sé il tempo per conseguirlo. Quindi possiamo rilevare una lacuna nella disciplina della vendita, una lacuna che la teoria della interpretazione chiama "assiologica"¹⁴¹. Ma c'è pure una comune *ratio legis* tra l'azione di adempimento *ex art.* 1453 c.c. e l'adempimento in generale, da una parte, e i rimedi a favore dell'acquirente, dall'altra: in entrambi i casi il creditore della prestazione deve potere ottenere una soddisfazione piena, non solo per equivalente (risarcimento del danno) o restitutoria (risoluzione intera o parziale). Se il programma contrattuale prevede un risultato e questo è ancora raggiungibile, ci pare che il creditore in linea di principio debba avere la possibilità di raggiungerlo anche forzosamente¹⁴²: questo ragionamento, basato

¹³⁹ V. soprattutto A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, cit., 224 ss e 232 ss., per il quale si tratta di vincolo (pur se non obbligatorio), che è fonte di responsabilità, essendo implicato dall'impegno traslativo del venditore.

¹⁴⁰ Il tema della disciplina dei vincoli, non consistenti in obbligazioni, è accennato da A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, cit., 228, nota 18. È critico sull'ineluttabilità mengoniana della alternativa secca tra obbligazione e garanzia (L. MENGONI, *Profili*, cit.) il lavoro di P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., 338 s. L'ammissibilità o meno dell'azione di esatto adempimento dipende dalla configurabilità o meno della consegna di cosa viziata come inadempimento del contratto per F. MACARIO, *Vendita. I) profili generali*, in *Enc. giur.*, Istit. Enc. It., 1994, sub § 3.2, p. 20: ebbene, ci pare arduo negarlo (anche se magari non qualificabile come inadempimento di obbligazione).

¹⁴¹ Cioè quella lacuna che si ha, quando una data fattispecie è bensì disciplinata, ma in modo insoddisfacente: sicché manca non una norma qualsiasi, ma una norma "giusta" (R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Tratt. dir. civ. comm., Ciccumessineo Mengoni, cont. da Schlesinger, Giuffrè, 2004, 224 s.).

¹⁴² La possibilità di chiedere l'adempimento in natura è consustanziale al concetto di obbligazione. La dottrina ne ha cercato supporti normativi, criticando il legislatore per non averla prevista in linea generale: F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., cap. I *passim* ad es. 9 ss, 95 ss., 141 ss. Sul punto concorda molta dottrina, nonostante l'assenza di norma ad hoc: A. DI MAJO, *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine ad un libro recente)*, *Eur. dir. priv.*, 2012, 1149 ss., § 4; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, 18-25; M. DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Giappichelli, 2013, 283 ss (manca una norma generale perché il legislatore ha ritenuto di menzionarla solo quando ha voluto in qualche modo disciplinarla: p. 295); L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 45 ss § 10 (per il quale l'azione di adempimento e la sua priorità sono nitidamente desumibili



sulla serietà del vincolo assunto, deve valere sempre, cioè a prescindere dalla forma giuridica in cui sia calato (obbligazione, vincolo contrattuale non obbligatorio *stricto sensu*, garanzia) ¹⁴³.

L'azione di adempimento, quindi, non ci parrebbe concettualmente estranea nemmeno ad una posizione di garanzia ¹⁴⁴.

Che il concetto di adempimento *lato sensu* inteso, infine, non sia estraneo al contratto di compravendita, è ricavabile dalla disciplina codicistica della mancanza di qualità *ex art.* 1497 c.c.: qui si rinvia alle regole generali sulla risoluzione per inadempimento, pur in presenza di un difetto concettualmente non diverso dai vizi. Inoltre spingono in questa direzione anche spunti comparatistici. Ad es il BGB, che al § 433, co. 1, seconda parte, ora obbliga il venditore a procurare la cosa al compratore libera da vizi materiali e giuridici, e che agli artt. 437 e 439 dà al secondo azione per l'adempimento "successivo" (riparazione o sostituzione): applicando così anche alla vendita di specie i rimedi della vendita al consumatore e quelli generali per la turbativa della prestazione ¹⁴⁵. Spinge in tale direzione pure la disciplina europea sulla vendita di cose

dall'art. 1218, a differenza da quanto scrive Piraino, op. loc. ult. cit., 141); ma già L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1096 (sulla primazia dell'adempimento in natura, talché il risarcimento del danno non può essere chiesto finché il primo sia possibile). V. però le perplessità (poco persuasive, a dir il vero) di G. GABRIELLI circa l'applicabilità al preliminare dei mezzi di reazione previsti dalla normativa generale del contratto, essenzialmente basate – se ben intendiamo – sulla esigenza di "difendere" l'indipendenza del preliminare dal definitivo (ID., *Il contratto preliminare*, cit., 162, nota 29 e poi p. 163 s.). Inoltre, per la tesi secondo cui l'azione di adempimento rientra nel contenuto del rapporto obbligatorio anziché nell'area della responsabilità (sicché si colloca nella fase di cognizione, non della esecuzione), v. ampiamente F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., cap. I, *passim*, ad es. 14 s., 53 ss., 93 ss., 141 ss., nonché 185 s. In generale, quindi, l'adempimento successivo (o esatto) è concesso solo se concerne un *quid* che era già in *obbligazione* (F. Piraino, *ivi*, *passim* ad es. 232: l'a. richiede "sostanziale congruità" con l'oggetto della obbligazione inadempita). Altri, forse più restrittivamente, chiede "corrispondenza e omogeneità" (C. ROMEO, *I presupposti sostanziali*, cit., 66): non si può fare conseguire al debitore più di quello che gli era stato attribuito dal titolo. Ebbene, quanto sopra osservato circa l'obbligazione dovrebbe valere anche se il risultato dedotto in contratto sia oggetto di una promessa tecnicamente non qualificabile come "obbligazione", ma pur sempre oggetto di un programma da attuarsi su base pattizia.

¹⁴³ Il negare l'azione di esatto adempimento lascerebbe l'acquirente alla mercé dei calcoli di convenienza del venditore; il concedergliela rafforza la serietà del vincolo assunto, sempre che si concordi sul fatto che nella vendita il programma contrattuale preveda non un trasferire generico, ma il trasferire un bene con certe caratteristiche. Il fatto che sia dedotta una *res*, anziché un *facere*, non pare esatto: è sempre dedotto anche il *facere* strumentalmente necessario per conseguire dette caratteristiche. Se la *res* ne è invece priva, non si vede perché – qualora possibile – non debba spettare all'acquirente scegliere tra un riequilibrio nella forma della riduzione di prezzo ovvero nella forma dell'esatto adempimento.

¹⁴⁴ Conf. A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita*, cit., 565 ss e nota 71. Contrario F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 312 s., nota 196, e 319. Il punto è assai interessante, ma non può essere qui sviluppato.

¹⁴⁵ V. i saggi contenuti nel fascicolo di *Contr Impr. Eur.*, 2004: U. MAGNUS, *La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni; la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo e il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, *ivi*, 695; I. SAENGER, *I fondamenti della nuova vendita tedesca*, *ivi*, 837 s. (la novella ha quindi seguito la teoria dell'adempimento invece che quella della garanzia: *ivi*, 840); H.C. GRIGOLEIT, *La riforma del codice civile tedesco in sintesi: un bilancio positivo*, *ivi*, 945 s. Anzi, recesso, riduzione del prezzo e risarcimento del danno possono essere chiesti solo dopo aver concesso termine per l'adempimento successivo (§§ 323, co. 1, e 281 co. 1, in collegamento con il § 437 del BGB). Va però ricordato che nel sistema tedesco la vendita non è consensuale bensì obbligatoria, anche se il trasferimento solutorio nella pratica può essere contemporaneo.



mobili al consumatore¹⁴⁶ nonché la proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita, ove l'obbligo di garantire la conformità dei beni al contratto è assistito dal diritto di “*esigere l'adempimento dell'obbligazione, in particolare l'esecuzione in forma specifica, la riparazione o la sostituzione dei beni*”¹⁴⁷. Gli artt. 129-130 del nostro codice del consumo, infine, applicabili anche alle vendite di beni infungibili e non solo di genere, pongono un esplicito obbligo di consegnare beni conformi (in cui il giudizio di conformità va riferito alla data della consegna), ritenuto vera obbligazione e fonte di responsabilità dalla Corte di Giustizia¹⁴⁸. Quindi se ne può forse dedurre che ora nel concetto di obbligo rientra pure il vincolo a procurare un risultato che attiene al passato, non al futuro: a meno di volere riqualificare il concetto legislativo di obbligo come “garanzia”¹⁴⁹ oppure di salvare il concetto tradizionale di obbligazione, valorizzando la futuità implicita nell'(eventuale, ma non imprescindibile) intervallo temporale tra la stipula e la consegna¹⁵⁰. A questo proposito ci pare invero che la logicità della obiezione mengoniana non sia scalfita. Tuttavia va forse preso atto che il concetto di obbligazione si è oggi allargato: con l'eventuale problema, allora, circa la possibilità di estendere detto concetto così “allargato” alle vendite non disciplinate dalla normativa consumeristica¹⁵¹.

10. – Se questo è esatto, per tornare al preliminare, e se dunque la vendita comprende anche il rimedio dell'azione di (esatto) adempimento, ugualmente (anzi: a maggiore ragione) detto rimedio spetterà a quel contratto che impegna alla stipula della vendita. Il preliminare di compravendita impegna non solo a dare il consenso al definitivo, ma certamente anche a fare tutto ciò

¹⁴⁶ V. R. CALVO, *Vendita e responsabilità*, cit., t. I, 32-36, e C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Cedam, 2003, 36-38.

¹⁴⁷ Art. 106, co. 1, lett. a), atto del 11 ottobre 2011, COM(2011) 635 definitivo; si vedano pure gli artt. 91, 99, 110 e 111.

¹⁴⁸ Corte Giust. UE 17 aprile 2008, causa C-404/06, *Quelle AG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, § 41: “*Il venditore, ove fornisca un bene non conforme, non esegue correttamente l'obbligazione che si era assunto con il contratto di vendita e deve dunque sopportare le conseguenze di tale inesatta esecuzione del contratto medesimo*” (naturalmente con riferimento alle norme corrispondenti della direttiva).

¹⁴⁹ Così ad es. l'ampio esame di F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 391.

¹⁵⁰ G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 127 ss., §§ 4 s.; C. ROMEO, *I presupposti*, cit., 225-237, *passim*. Si supera il monito di Mengoni sulla impossibilità logica di un'obbligazione circa il modo di essere della cosa, poiché è possibile incidere su di esso tramite l'inserimento del venditore nella catena distributiva o la sua qualità di venditore-produttore (S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1106).

¹⁵¹ E cioè, soprattutto, alle vendite tra professionisti e a quelle tra privati. Risponde negativamente *de iure condito*, negando quindi a tali vendite l'azione di adempimento, C. ROMEO, *I presupposti*, cit., 225-237, 237-242. Questo a. ritiene inapplicabile l'analogia per mancanza di “lacuna” (ivi, 240): il punto è centrale, ma non può essere qui affrontato.



che è strumentalmente necessario per dare futura corretta esecuzione al definitivo stesso (preparazione al futuro adempimento)¹⁵².

La scelta delle parti di scindere la pattuizione del programma dalla sua attuazione, cioè, permette di ravvisare la nascita dal preliminare di vere obbligazioni in senso tecnico. In tale modo le parti si impegnano a raggiungere un risultato: in particolare il fare avere una *res* esente da vizi¹⁵³. Qui è configurabile un dovere del promittente venditore che può restare inadempito in caso di presenza di vizio: l'inadempimento, per essere tale, richiede che entro il termine previsto per l'esecuzione del preliminare, il vizio sia ormai irrimediabile¹⁵⁴. Pertanto in tale caso il promissario acquirente può chiedere, oltre al trasferimento del diritto sul bene *ex art.* 2932 c.c., anche l'eliminazione del vizio invocando la generale azione di esatto adempimento che nei rapporti contrattuali sinallagmatici è data al creditore contraente fedele¹⁵⁵ (e – più in generale – al creditore nei rapporti obbligatori). Non è quindi condivisibile una recente tesi, seppur ampiamente argomentata, secondo la quale – se ben intendiamo – l'obbligazione a carico del promittente venditore consiste solo nel trasferire il diritto e non invece in un *facere*¹⁵⁶.

¹⁵² P. CAPITELLI, *Vizi della cosa*, cit., 611. Secondo l'ampio esame condotto da G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., i doveri, di chi è obbligato a concedere ad altri un diritto su cosa determinata, hanno essenzialmente uno scopo conservativo dell'aspettativa dell'avente causa (evitare che siano modificate le utilità da quest'ultimo ritraibili dall'esercizio del diritto definitivo: p. 213 ss, 263 ss.). Qui si vuol invece metter in evidenza che il promittente venditore deve anche – in positivo – fornire una *res* esente da vizi e quindi attivarsi in tale senso. Su tale evoluzione in giurisprudenza v. R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 88 ss. Il diritto del promissario ad acquistare una *res* esente da vizi (giuridici, in questo caso) è provato anche dal suo diritto alla suddivisione del finanziamento e al conseguente frazionamento dell'ipoteca, esempio di azione per l'esatto adempimento (art. 39, co. 6 ss., TUB n. 385 del 1993).

¹⁵³ Per Plaia ciò vale solo se nel concreto preliminare (ad effetti anticipati, o complesso secondo la terminologia dell'a.) possa ravvisarsi un obbligo di *facere* (A. PLAIA, *Vizi del bene*, cit., 179). In caso contrario – ad es. se il venditore sia un mero intermediario nella circolazione dei beni (ivi, p. 181), se ben capiamo (ma confessiamo di non esserne affatto sicuri) –, i vizi, non potendo configurarsi un'obbligazione di dare una *res* esente da vizi (secondo la obiezione di Mengoni), non costituiscono inadempimento: costituirebbero invece un caso di impossibilità parziale sopravvenuta (vizio funzionale, non genetico, del sinallagma), la quale non permette l'azione di adempimento, ma solo il rifiuto di stipulare il definitivo *ex art.* 1181 c.c., se c'è imputabilità, oppure la riduzione del prezzo (art. 1464 c.c.: v. p. 158 s.) se l'imputabilità manca oppure infine lo scioglimento, sempre salva la contestuale esperibilità dell'art. 2932 c.c. (A. PLAIA, *Vizi del bene*, cit., 156 ss., 179 ss, 185 ss.; v. anche 196 ss. sulla qualificazione dei vizi come impossibilità parziale sopravvenuta; ma forse anche il risarcimento in forma specifica: p. 182 s.). Osservo solo che risulta faticoso invocare gli artt. 1181, 1258 e 1464 c.c. per il caso in cui non sia configurabile inadempimento (cioè se manchi un obbligazione di *facere*, ad es. op loc cit., 186 s.): dette norme, infatti, riguardano proprio la fase dell'adempimento delle obbligazioni.

¹⁵⁴ Parliamo infatti di inadempimento in relazione all'impegno di trasferimento del diritto. Possono esserci altri inadempimenti, ad es. all'impegno di fare godere il bene, qualora via stata immissione nel possesso dopo la stipula del preliminare. Essendo un rapporto temporaneo, che ha arricchito lo schema base del preliminare, teoricamente può essere fatto valere autonomamente: il che però sarà improbabile, data la lunghezza dei nostri tempi processuali.

¹⁵⁵ Invoca la disciplina generale del contratto anche M. MANTELLO, *L'inadempimento*, cit., 544, 566 e 572.

¹⁵⁶ F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 256 ss, spec. 271-274: la prestazione di *facere* è una finzione argomentativa, dato che essa viene in rilievo solo a seguito della scoperta del vizio ossia della violazione del preliminare e non prima, come accadrebbe se il promittente venditore fosse effettivamente in grado di incidere sul modo di



In tali casi e conclusivamente, quale sarà lo scenario ipotizzabile nella ipotesi che stiamo considerando (eseguibilità del preliminare con atto unilaterale)? Consideriamone qui uno solo: il venditore, trascurando le contestazioni che l'acquirente avrà probabilmente sollevato, ugualmente dichiara di trasferire il diritto, inviando il relativo atto all'acquirente *ex art.* 1334 c.c. Abbiamo visto che tale unilateralità traslativa è ammissibile. Tuttavia abbiamo pure visto che al promissario acquirente spetta il diritto di rifiuto, cioè il diritto di rifiutare la prestazione inesatta entro un congruo termine¹⁵⁷. Di conseguenza in caso di rifiuto questa non entra nel suo patrimonio, mentre, in caso di assenza di rifiuto, l'effetto traslativo si produce solo decorso il termine (medio tempore, quindi, resta in proprietà al venditore).

L'atto di rifiuto non dovrà necessariamente rivestire natura giudiziale, non essendovene necessità: avrà tale forma, si è osservato, solo in caso di contestazioni da parte del trasferente, dato che in tale caso l'accertamento di un giudice diverrà inevitabile¹⁵⁸. Potrà infatti essere una di-

essere della cosa (come succede invece se è il fabbricante) (p. 272). Al contrario, invece, il promittente venditore può ed è tenuto a incidere sul modo di essere della cosa.

¹⁵⁷ Per la cui quantificazione si può invocare in prima battuta la regola del "termine richiesto dalla natura degli affari o dagli usi" di cui all'art. 1333 c.c. (o anche il "congruo termine" di cui all'art. 1236 c.c.). Si tratta di applicazione analogica, dato che letteralmente questa norma non si applica agli atti solutori ma solo ai contratti unilaterali. A quanto ammonterà in concreto? La risposta non è semplice, anche per la necessità di dare certezze agli operatori. Il termine dovrà essere tale da permettere un controllo dell'esattezza dell'adempimento e le successive consultazioni sul da farsi. In linea generale può dirsi ragionevole un termine di trenta giorni, che potrà tuttavia variare in base alle circostanze del caso: ad es. dal fatto che l'immobile sia o no già conosciuto dall'acquirente (che magari ne ha il possesso), dalle dimensioni dell'immobile (altro è verificare un garage, altro un opificio industriale), dall'eventuale sua lontananza rispetto al luogo di residenza dell'acquirente ...). Il codice civile, a proposito delle opposizioni in materia patrimoniale, pone termini diversi: ad es. sessanta giorni per trasformazioni e fusioni (artt. 2500 *novies* e 2503 c.c.), per la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487 *ter*), novanta giorni per la riduzione del capitale sociale (art. 2445 c.c.) e tre mesi per proroga della società (art. 2307 c.c.), trenta giorni per l'esclusione da soc. di persone (art. 2807 c.c.) o l'ammortamento dei titoli di credito (art. 2016 c.c.), dieci giorni per la cosa proveniente da reato nel deposito (art. 1778 c.c.), tre mesi per occupazione di fondo attiguo (art. 938 c.c.). Richiama invece i quindici giorni previsti dall'art. 1454, co. 2, c.c. sulla diffida ad adempiere C. DONISI, *Il problema*, cit., 123 nota 118 (assai dubbia però è la identità di *ratio* rispetto al caso *de quo*).

¹⁵⁸ Concordiamo con il suggerimento della dottrina praticamente unanime: C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*², in *Obbligazioni e contratti*, vol. 9, t. 1, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, Torino, 1999, rist. 2005, 77, nota 27 (conf. l'aggiornatore S. Corradi, *ivi*, 78); A. DI MAIO, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, cit., sub art. 1191, 310, nota 6; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 549 s.; P. ZILLOTTO, *Il pagamento eseguito con cose altrui*, in *Tratt. delle obblig.*, dir. da Garofalo e Talamanca, vol. 1, t. 5, *La struttura e l'adempimento: la liberazione del debitore* a cura di Talamanca e Maggiolo, Cedam, 2010, 427 s. (l'a. parla di libertà di forma: ma è da vedere se l'atto che respinge un trasferimento, sottoposto alla forma scritta, vada pur esso sottoposto alla medesima forma in base ad un principio di simmetria, che la dottrina afferma per coerenza coi vincoli formali di un procedimento contrattuale: Breccia, *La forma, Tratt. del contr.*, cit., 668 s.); C. MANZINI, *L'impugnazione del pagamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1007 s., che – circa l'art. 1192, co. 2, c.c. – parla di azione concretantesi in una richiesta di esatto adempimento (a differenza di quella *ex parte debitoris* del co. 1, consistente in un'azione di ripetizione); F. BENATTI, *Il pagamento*, cit., 488 e 496 (l'impugnativa *ex art.* 1192, co. 2, c.c. si configura come rifiuto dell'adempimento). Le citt. dottrine ne parlano a proposito dell'impugnazione, di cui al co. 1 e al co. 2 dell'art. 1192 c.c.: ma la regola va estesa ad ogni rifiuto della prestazione da parte del creditore. Si osserva che l'art. 1192 c.c. è bensì inapplicabile ai contratti immediatamente



chiarazione stragiudiziale, naturalmente recettizia *ex art.* 1334 c.c. Ciò sia per una ragione generale, secondo cui l'esercizio dei diritti in forma necessariamente giudiziale ci pare una limitazione al generale principio dell'autonomia privata, sicché deve essere espressamente prevista. Sia perché in altre fattispecie di adempimento inesatto il dato testuale viene interpretato ritenendo sufficiente un atto stragiudiziale: in particolare per l'impugnazione creditoria del pagamento con cose altrui (art. 1192, co. 2, c.c.¹⁵⁹ e per il recesso *ex art.* 1464 c.c., considerato una forma di rifiuto¹⁶⁰.

Ci si può domandare se il rifiuto debba essere motivato: è però difficile ritenerlo necessario a pena di nullità, anche se tenere il silenzio sul punto potrebbe ritenersi contrario a correttezza¹⁶¹.

Probabilmente sarà però da sottoporre alla forma solenne per ragioni di simmetria: come questa è la forma per i contratti traslativi della proprietà immobiliare (art. 1350 n. 1 c.c.) così – nel caso del pagamento traslativo – sarà da sottoporre alla stessa forma la dichiarazione, che impedisce il prodursi dell'effetto traslativo. La stessa esigenza di certezza nella circolazione giuridica che sta alla base della regola espressa, appena citata, dovrebbe valere per l'ipotesi non regolata qui in esame.

traslativi (riferendosi al trasferimento di cose generiche), ma che tuttavia torna applicabile, quando vi sia scissione tra *titulus* e *modus* (A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, art. 1177-1200, cit., sub art. 1192, 306 s.; non par considerare detta ipotesi L. BOZZI, *Comportamento del debitore*, in *Dir. civ.*, dir. da Lipari e Rescigno, cit., 152).

¹⁵⁹ Non paiono assimilabili le fattispecie (e quindi nemmeno le regole) dell'impugnazione, di cui all'art. 1191 c.c. e all'art. 1185, co. 2, c.c. (come invece pare opinare C. A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., 77, note 26 s. e testo corrispondente). Per motivi di certezza, infatti, tali contestazioni è preferibile vengano definite da un accertamento giudiziale.

¹⁶⁰ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, cit., 47 s. (criticato da A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione*, cit., 23 ss.).

¹⁶¹ Così, condivisibilmente, G. CATTANEO, *Sub art.* 1206, cit., 100. Si può discutere se, ritenendolo necessario (a fini di validità o anche solo di responsabilità), il motivo debba essere contestuale o possa anche essere posteriore: crediamo sia giusta la prima.