



CAROLINA LEGGIERI

Professoressa a contratto – Università degli Studi di Foggia

RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA OBBLIGAZIONE E AZIONE NEL CONTRATTO PRELIMINARE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Natura giuridica del contratto preliminare. – 3. Preliminare e definitivo: individuazione del profilo causale. – 4. Segue. La funzione del preliminare. – 5. Segue. Il valore del definitivo e la sua causa. – 6. Contratto preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto. – 7. Contratto preliminare ad effetti anticipati. – 8. Preliminare-definitivo, trascrizione e insolvenza.

1. – Il fondamento della scarsa disciplina codicistica relativa al contratto preliminare è rappresentato dal rapporto tra obbligazione ed azione, di bettiana memoria. I due articoli che lo contemplano attengono l'uno all'aspetto "sostanziale" (il requisito formale del contratto fonte dell'obbligazione, art. 1351 cod. civ.), e l'altro all'aspetto "processuale" (l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, art. 2932 cod. civ.). La previsione originaria del Codice Civile del '42 si è arricchita grazie all'intervento del legislatore, che lo ha dapprima novellato, introducendo la trascrizione del preliminare di vendita avente ad oggetto beni immobili, e successivamente ha emanato leggi di settore a tutela del promissario acquirente, come in caso di fallimento del promittente venditore nell'acquisto di beni immobili da costruire. In questo nuovo scenario, sorto dalla prassi, ci si interroga sull'autonomia privata, sul potere delle parti di poter rinegoziare un contenuto obbligatorio in ragione delle nuove regole dettate dal codice della crisi di impresa. Quello che veniva considerato un rapporto tra privati, dunque, si scontra con la nuova previsione normativa, che prevede la standardizzazione dei contratti relativi sia alle garanzie connesse ai preliminari di immobili da costruire (fideiussione) sia all'assicurazione obbligatoria del costruttore, che dovranno essere definiti nel contenuto da un decreto ministeriale.

2. – Le multiformi applicazioni del contratto preliminare, determinate da una sua ampia elasticità, e, al contempo, da una scarsa disciplina codicistica¹, supportata da una crescente normativa di settore sono state oggetto di indagini dottrinali e giurisprudenziali².

¹ Il contratto preliminare, inesistente nel codice del 1865, ma già ampiamente utilizzato nella prassi del tempo (tale che L. COVIELLO, scrisse già nel 1896 la monografia dal titolo *Il contratto preliminare*, Milano), ha avuto, sulla scia del *Vorvertrag* elaborato dai Pandettisti tedeschi, un espresso riconoscimento nel codice 1942. Tuttavia, nel nuovo Codice Civile manca una definizione, essendone, invece, disciplinati espressamente alcuni aspetti (la forma, art. 1351 cod. civ. e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo



Il contratto preliminare, lungi da essere un fenomeno unitario³, rappresenta una varietà di atti⁴, non solo per quel che concerne gli interessi concreti da realizzare, ma anche per le caratteristiche strutturali⁵. Rientra nella “formazione progressiva del contratto”⁶, di cui il preliminare rappresenterebbe il “primo anello della catena”: per effetto di tale fenomeno, i normali effetti non si producono tutti immediatamente, “perché tale è l’intento delle parti”⁷.

È lo strumento negoziale maggiormente applicato ai contratti di alienazione, in particolare alla compravendita immobiliare e segnatamente a quelle non rare ipotesi in cui gli effetti reali non possono procedere contestualmente a quelli obbligatori. Tuttavia, restringere il campo di applicazione alla sola vendita immobiliare non sarebbe di ausilio ad un’analisi rapida del fenomeno, in quanto vi sono più varianti o sottotipi di accordi preliminari di vendita, come il preliminare unilaterale e quello bilaterale, il preliminare c.d. puro ed il preliminare ad effetti anticipati; il preliminare eseguibile in forma specifica (*ex art. 2932 cod. civ.*) ed il preliminare c.d. debole (ossia sfornito di tale tutela); il preliminare trascrivibile (ai sensi dell’art. 2645-*bis* cod.

di concludere il contratto nel caso di inadempimento, art. 2932 c.c.) ed implicitamente altri (artt. 2643, n. 14, 2652, n. 2, 2684, n. 6 e 2690, n. 1). In dottrina: A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir., I tematici – Contratto*, Milano, 2021, 460; IDEM, *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1989, 278, F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 166; IDEM, *Il contratto in genere*, I-II, in *Trattato Cicu – Messineo*, Milano, 1968-1972, 556; L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; IDEM, *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 524; IDEM, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1173; IDEM, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 509; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale, Trattato Sacco*, I, 2006, 274; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 651; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1549 ss.

² Per le rassegne giurisprudenziali ed i contributi dottrinali sul tema del preliminare: F. COGGI, *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1987, 693 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 415 ss.; IDEM, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 225 ss.; L. GARDANI CONTURSI LISI, *La compravendita*, in W. BIGIARI (diretta da), *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1970, 40 ss. e 1985, 33 ss.; C. SASSO, *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971; R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, in *I contratti in generale. I requisiti del contratto*, III, in W. BIGIARI (fondata da), G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1991, 1791ss.

³ Già Coviello nella descrizione del contratto preliminare utilizzò l’espressione “multiforme atteggiarsi” di un accordo, in considerazione del suo combinarsi con differenti contratti (assunti come definitivi) dai “diversi e variabili contenuti”, in L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, 9, ripresa da F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 308.

⁴ Sul punto, in particolare si evidenzia la differenza tra compromesso, promessa di vendita contratto preliminare. Talora, il termine “compromesso” è adoperato per indicare un contratto definitivo (quindi, non preliminare), ma accompagnato dall’impegno di tradurre in nuova forma il contratto medesimo (cosiddetta riproduzione). In genere, però, il termine “compromesso”, è adoperato per indicare il documento che racchiude il preliminare; e, quindi, è in funzione della prova del preliminare. In dottrina: A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.*, cit., 278, nota n. 2, dove si precisa che tale terminologia è utilizzata per distinguere la scrittura privata dall’atto pubblico; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, 2007, 108 e 109; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Iudica– Zatti*, Milano, 2001, 651; M. FARINA, *Contrattazione preliminare, e autonomia negoziale*, Napoli, 2018, 107; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1549 ss.

⁵ U. MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant’anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, II, Milano, 1986, 131 ss.

⁶ L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 20 e ss., richiama la ricostruzione operata da Carnelutti e dalla tradizione germanica H. ROTH, *Der Vorvertrag, Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts*, Bern, 1928.

⁷ F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., 308; IDEM, *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 339. Tale espressione era intesa nel senso che le parti giungevano ad un accordo sugli elementi essenziali, che veniva regolato dagli usi o dall’equità. Per “formazione progressiva del contratto”, dunque, si intendevano solo due modi della formazione del contratto, non anche due tipi di contratto: IDEM, *Ancora sulla formazione*, cit., 1917, 340; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 278; R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, cit., 1796.



civ.) e quello inopponibile ai terzi. A loro volta ognuno di questi modelli annovera al suo interno altre figure particolari, come, ad esempio, nel contratto preliminare di beni immobili trascrivibile, dove oltre alla disciplina generale inizialmente introdotta per la tutela del promissario con la l. 28 febbraio 1997, n. 30, si è aggiunta una ulteriore disciplina specifica, con il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122⁸, vale a dire quella che attiene alla tutela dell'acquirente di immobile da costruire che sia stato travolto dal dissesto economico del costruttore. A questo si aggiunga, anche, la nota *querelle* sul preliminare di preliminare (preliminare "aperto" ovvero preliminare "chiuso")⁹.

⁸ A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 651 ss.

⁹ Una particolare articolazione nella figura del preliminare si rinviene nella recente prassi commerciale, in particolare nel settore dell'intermediazione mobiliare, con il preliminare di preliminare. Si tratta, in realtà, della proposta di acquisto predisposta mediante modulistica dall'intermediario, che contiene tutti gli elementi essenziali della compravendita. All'atto della sottoscrizione del predetto modulo il promissario acquirente versa una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, ma l'accordo, sebbene rinvii espressamente al c.d. "preliminare formale" (che non potrà essere modificato nei suoi elementi essenziali già definiti nel preliminare di preliminare), si perfeziona mediante accettazione della proposta da parte del promittente venditore. La negoziazione avviene attraverso diverse fasi: formulazione di una proposta d'acquisto da parte del mediatore, firmata dal promittente acquirente e accettata dal promittente venditore; formalizzazione dell'accordo in un preliminare c.d. "formale" o "chiuso", con il versamento di una parte del prezzo, e, infine, la sottoscrizione del rogito notarile di compravendita. Inizialmente ritenuto inammissibile dalla giurisprudenza, successivamente ha trovato riconoscimento nel nostro ordinamento, sebbene manchi una norma specifica. In dottrina favorevoli la preliminare "aperto" e, dunque, all'ammissibilità del preliminare di preliminare: A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 131; G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 81; IDEM, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, cit., 1252 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 971; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 1228. Parte della dottrina ritiene che il preliminare debba considerarsi "chiuso", nel senso che non si possa configurare un momento contrattuale anteriore al preliminare, negando di fatto l'esistenza di un preliminare del preliminare: G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mano dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 30 ss.; IDEM, *Contratto preliminare*, cit., 5; per altra parte della dottrina è ritenuto persino inutile: P. CARBONE, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, nota a Trib. Napoli, 20 febbraio 1995, n. 2039, in *Dir. giur.*, 1995, 464. In giurisprudenza: Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Not.*, 2010, 40, con nota di A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi*. Per una trattazione più completa sul preliminare di preliminare in generale si veda G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 41; M. FARINA, *Contrattazione preliminare*, cit., 208 e ss.; IDEM, *Preliminare di preliminare e genesi del vincolo contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1281; M. SEMERARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, 333. Nella giurisprudenza di legittimità, dove lo stesso è inserito all'interno del processo di formazione del contratto nella fase delle trattative e come tale non vincolante, si veda in via esemplificativa: Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Contratto in genere*, n. 383; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 998, con nota di M.G. SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 81, con nota di G. NAPOLI, cit.; nella giurisprudenza di merito nel senso del riconoscimento della validità del preliminare di preliminare: App. Firenze, 12 maggio 2009, in *Contratti*, 2009, 997; nel senso della invalidità del preliminare del preliminare: Trib. Perugia, 28 maggio 2014, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 402; in *Rass. giur. umbra* 2015, 88, con nota di C. LAZZARO, *Osservazioni in tema di preliminare di preliminare*. In tempi più recenti, la giurisprudenza ha rivisto la sua posizione, ammettendo (con tutta una serie di limitazioni) la validità di una "dichiarazione preliminare d'obbligo" ed evidenziando la necessità di compiere non una valutazione astratta, bensì specifica della funzione espletata dall'operazione negoziale, in considerazione proprio della nozione di "causa concreta" (Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, 2016). Anche nel più recente orientamento della Suprema Corte si afferma che "un accordo in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un successivo contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento)" è qualificato "come 'preliminare di preliminare', alla luce di Cass., SS.UU. n. 4628/2015" e che lo stesso è "valido ed efficace e configura un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali", tuttavia non costituisce un vincolo al pari del preliminare, tale da far sorgere in capo al mediatore il diritto alla provvigione (Cass., 16 maggio 2022 n. 15559, in <https://www.foroplus.it>), infatti "la conclusione dell'affare... richiede il compimento di un'operazione di contenuto economico che si risolva in un'utilità di carattere patrimoniale e, cioè, di un atto ...in virtù del quale si costituisca un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in mancanza, per il risarcimento del danno: non essendo, certo, sufficiente la mera presentazione, per il tramite del mediatore, di una proposta di acquisto che il venditore non abbia accettato", Cass., 21 maggio 2021, n. 14080, in <https://www.foroplus.it>.



Sempre nell'ottica della difficile *reconductio ad unum* della fattispecie contrattuale – vendita immobiliare, se si considerano gli interessi concreti da realizzare e le caratteristiche strutturali del contratto, si denota altresì la coesistenza delle diverse figure caratterizzate da diversi schemi causali e da diversi gradi di “realità”, come ad esempio nel preliminare di vendita ad effetti anticipati¹⁰, in cui le parti si obbligano al pagamento del prezzo (promissario acquirente) e alla consegna del bene (promittente venditore). Sebbene l'effetto traslativo della vendita si verificherà al momento della conclusione del contratto definitivo, già con il contratto preliminare sono soddisfatti gli interessi delle parti (il promittente venditore avrà già ottenuto il pagamento del prezzo ed il promissario acquirente sarà già in possesso dell'immobile). Alla luce di quanto esposto, il preliminare non può essere qualificato quale mero *pactum de contrahendo*, in quanto all'originaria obbligazione di *facere* si è aggiunta quella di *dare*, tipica del contratto definitivo¹¹. La dottrina ha da sempre posto grande attenzione all'inquadramento del contratto preliminare sia nel processo di formazione del contratto in generale, sia quale contratto causale “che produce l'obbligazione di trasferire la proprietà o altro diritto reale e che viene adempiuto per mezzo di un successivo negozio traslativo”¹².

Il preliminare, dunque, non genera un mero “obbligo a contrarre”¹³, ma, all'interno della formazione progressiva¹⁴ del contratto rappresenta la regola sostanziale “di un programma destinato, per ragioni di bilanciamento e garanzia, a realizzarsi gradualmente nel tempo”¹⁵. Nel predetto programma si crea un collegamento in progressione cronologica tra due contratti: preliminare (che determina il contenuto del definitivo e ne obbliga le parti alla conclusione) e definitivo¹⁶. In questo ultimo non sussiste il rapporto tra proposta e ac-

¹⁰ Sul punto in via esemplificativa: R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1972, II, 438 ss.; D. CAVICCHI, *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, in *Contratti*, 2008, 995, nota a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1999; E. GABRIELLI, *Il “preliminare ad effetti anticipati” e la tutela del promissario acquirente*, nota a Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Dir. comm.*, 1986, II, 314; A. LENER, *Contratto “preliminare”, esecuzione anticipata del “definitivo” e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, I, 669 ss.; F. LONGOBUCCO, *Contratto preliminare “ad effetti anticipati” e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. it.*, 2011, 3, 552 ss.; I. L. NOCERA, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. ad effetti anticipati*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 7-8, 715 ss.; S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, II, 284; G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1046, nota a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930; F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*, in *Giur. it.*, 2009, 1160.

¹¹ A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 115.

¹² A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 460; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ristampa 2012, 216, inserisce il contratto preliminare tra i “negozi accessori” ed in particolare tra quelli “preparatori”, come la procura, in quanto questi negozi richiedono il requisito legale di forma del negozio principale (sul punto si vedano i richiami di dottrina e giurisprudenza in nota 3) e proprio tale requisito che impedisce ad un contratto nullo per difetto di forma di essere convertito in un preliminare (252).

¹³ G.B. FERRI, *In tema di formazione del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 198, definisce il preliminare “come un prolungamento delle trattative e come una realtà che, pur differenziandosi da esse, rappresenta una ibrida forma di passaggio tra la fase delle trattative e la completa definizione del contratto”. Nella recente dottrina l'espressione “obbligo a contrarre” è utilizzata per indicare la pluralità delle forme giuridiche contrattuali del preliminare; con tale espressione se ne indica la duplice veste di obbligo a trattare ovvero come obbligo a trasferire: R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, in *Liber amicorum per A. Luminoso*, Milano, 2013, 61.

¹⁴ R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 60 e 97 non preferisce parlare di formazione progressiva, in quanto sarebbe inesatto collegare la promessa ad uno degli ordinari atti prenegoziali; la provvisoriété e la strumentalità sono considerati aspetti del carattere preparatorio del preliminare.

¹⁵ R. DE MATTEIS, *Contratto preliminare – Vendita di più beni – Vendita definitiva di alcuni*, nota a Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 541.

¹⁶ M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, in M. D'AMELIO, E. FINZI (diretto da) *Commentario al codice civile, Obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 408.



cettazione, essendo la proposta formulata *per relationem*¹⁷. Il preliminare, dunque, crea un rapporto collocabile tra le situazioni giuridiche strumentali, in quanto “per esso sorge il titolo per la costituzione di una situazione giuridica (finale)”¹⁸.

Da questa breve analisi emerge che l'autonomia negoziale incide in maniera preponderante nel rapporto preliminare-definitivo, tale che già la fase della contrattazione preliminare rappresenta un momento decisivo della formazione progressiva, in quanto nella stessa sono stabiliti gli elementi diversi in relazione alla pluralità degli interessi che le parti intendono soddisfare. La funzione del contratto preliminare è quella di “vincolare le parti ...a dare, entro una certa data, forma definitiva a quell'assetto di interessi su cui esse sono già d'accordo”¹⁹.

Tuttavia, la prassi e la crescente produzione normativa di settore hanno evidenziato la “parcellizzazione delle regole, le quali...si presentano sempre più caratterizzate da discontinuità e frammentarietà e sempre meno suscettibili di essere ricondotte a sistema”²⁰ e tanto in ragione dell'esigenza di tutela del promissario acquirente, infatti l'oggetto del contratto “è costituito da beni immobili che in alcuni casi, essendo diretti a soddisfare bisogni fondamentali della persona (come, ad esempio, quelli destinati ad abitazione e ancor più ad abitazione principale o sede principale dell'impresa), richiedono una speciale disciplina protettiva a favore del promissario acquirente. Protezione che va temperata peraltro con la tutela dei creditori del promittente alienante ed in particolare delle banche che molto spesso intervengono nell'operazione erogando mutui ipotecari a favore del costruttore o dell'acquirente”²¹. Pertanto, ai fini della nostra indagine, occorrerà svolgere un'analisi nella più ampia operazione unitaria preliminare – definitivo per meglio inquadrare il fenomeno attuale.

3. – Il contratto preliminare e quello definitivo rientrano in un'unica operazione economica, sono due contratti distinti e separati nel tempo, sebbene legati tra loro²². L'esame degli stessi va svolto sia in ordine al loro rapporto unitario, così come inizialmente concepito dai *conditores* del Codice Civile del '42, sia in ordine alla loro distinta autonomia, nonostante il collegamento. Nel primo caso la divergenza di contenuti tra i due contratti va valutata caso per caso²³, diversamente, nella seconda ipotesi, va valutato il rapporto di prevalenza dell'uno sull'altro, secondo due diverse soluzioni: prevalenza del preliminare (secondo la tesi della “intangibilità del preliminare”), ovvero prevalenza al definitivo (secondo l'opposta tesi dell'assorbimento del preliminare nel definitivo”).

In giurisprudenza la questione è stata risolta essenzialmente in favore della prevalenza del definitivo, co-

¹⁷ A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, 98.

¹⁸ S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, s.d. (ma 1963), 281.

¹⁹ V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 274.

²⁰ A. LUMINOSO, *I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al codice della crisi di impresa*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1061 ed in particolare 1084, 1085, dove evidenzia che “anche i compilatori del codice della crisi hanno colto il carattere multiforme del fenomeno arricchendo...il numero delle fattispecie prese in considerazione e dandone atto nella rubrica dell'art. 173 nella quale, opportunamente, viene usato non il singolare ma il plurale «Contratti preliminari»”.

²¹ IDEM, *I contratti preliminari*, cit., 1084, dove si evidenzia altresì che il contratto preliminare “è per sua natura particolarmente complessa, inserendosi essa, sotto il profilo strutturale, in una combinazione negoziale articolata in due fasi, e presentando, sottoil profilo funzionale, una tipologia variabile”.

²² L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 22, ritiene che non si possa parlare di una duplice causa (quella del preliminare e quella del definitivo).

²³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 660.



me unica fonte del regolamento di interessi, mentre il preliminare è stato relegato a contratto strumentale alla conclusione del definitivo. Tuttavia, ai fini interpretativi, lo stesso riserva una sua rilevanza in caso di difformità tra preliminare e definitivo²⁴. In questa ultima ipotesi gli obblighi e le prestazioni presenti nel preliminare sarebbero ricompresi, per presunzione, nel definitivo, sebbene quest'ultimo non le menzioni, purché la predetta presunzione di conformità, del nuovo accordo, alla volontà delle parti risulti da atto scritto ed il contratto abbia ad oggetto beni immobili²⁵. Pertanto, una volta concluso il definitivo, non sarà più possibile impugnare il preliminare, essendo ormai esaurito il rapporto che da esso ne è derivato.

4. – La valorizzazione del contratto preliminare quale unica vera fonte sostanziale negoziale nella sequenza preliminare-definitivo in luogo della funzione meramente strumentale alla conclusione del definitivo, assegnata dal Codice Civile, è stata sostenuta prevalentemente dalla dottrina.

Secondo una prima ricostruzione il definitivo sarebbe un atto dovuto e solutorio, un mero atto di adempimento del preliminare, che “per forma e sostanza sarebbe potenzialmente definitivo”²⁶, l'unica differenza rispetto all'adempimento risiederebbe nella circostanza che in veste di debitori si presentano entrambi i contraenti. Il definitivo, dunque, avrebbe una mera funzione di “documentazione successiva” del preliminare, al quale sarebbe subordinata l'efficacia dell'assetto contrattuale dallo stesso delineato²⁷. La prevalenza del preliminare è avvalorata dall'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, con la sen-

²⁴ Secondo Cass., 21 dicembre 2017, n. 30735, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *cit.*, n. 348, l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni è il contratto definitivo, mentre il preliminare, in considerazione della sua natura obbligatoria (obbligo reciproco alla stipulazione del definitivo) resta superato da questo ultimo. Tale orientamento richiama Cass., 25 febbraio 1982, n. 1196, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *cit.*, n. 123; 8 giugno 1983, n. 3931, *ivi*, 1983, voce *cit.*, 254. Nella ricostruzione di Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2697 ss.; 7 maggio 1986, n. 3058, in *Foro pad.*, 1987, I, 351 ss.; Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Foro it.*, 2009, I, 3156, con nota di A. C. PUPPO, *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso «ad usucapionem»*; in *Giur. it.*, 2009, 1160 (m), con nota di F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*; in *Giust. civ.* 2008, I, 2768; in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 165, con nota di F. CALISAI, *Lo «smembramento» del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle sezioni unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*; in *Rass. dir. civ.*, 2010, 531, con nota di A. CHIOSI, *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*. Per qualificare il fenomeno occorre accertare a quale momento le parti abbiano demandato l'effetto traslativo, non solo attraverso le parole utilizzate dai contraenti, ma anche attraverso l'esame delle clausole secondo il senso letterale e logico e nel loro complesso. Secondo una recente interpretazione “Il contratto preliminare, avendo superato lo stadio precontrattuale, costituisce un accordo perfettamente compiuto, benché proteso alla stipulazione di un ulteriore contratto, quello definitivo”, Cass., 2 ottobre 2020, n. 20989, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *cit.*, n. 333. Tuttavia, in dottrina, nel caso di preliminare ad effetti anticipati R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 440, evidenzia che bisogna stabilire fino a che punto i c.d. obblighi anticipati attribuiscono all'accordo il carattere di contratto preliminare; sul punto anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 186 ss.; A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 114. Il principio dell'intangibilità del preliminare è stato superato in giurisprudenza per quel che concerne il rimedio della riduzione del prezzo per vizi e difformità del bene contestualmente alla pronuncia ex art. 2932 cod. civ. già da Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, I, 697, con nota di F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare rettificato*; in *Giur. civ.*, 1985, I, 1636, con nota di A. DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*; in *Rass. dir. civ.*, 1987, 239, con nota di L. MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*; in *Corriere giur.*, 1985, 627, con nota di V. CARBONE, *I vizi e le difformità della casa legittimano la riduzione del prezzo*; in *Arch. civ.*, 1985, 957; in *Vita not.* 1985, 257, in *Resp. civ.*, 1985, 615.

²⁵ Cass., 10 maggio 2018, n. 11297, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *cit.*, n. 246.

²⁶ M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, 64 ss.; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 511.

²⁷ L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 84 e ss.



tenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ.²⁸, che trasformerebbe “la potenzialità” del preliminare in atto, in quanto lo renderebbe “definitivo”²⁹. Pertanto, il definitivo resterebbe un atto negoziale solo per quelle parti in cui i contraenti decidano di “innovare la disciplina del preliminare”³⁰.

Tali ricostruzioni sono avvalorate dall’art. 1351 cod. civ., che impone il requisito della forma³¹ per la valida stipulazione del preliminare; infatti, “non si spiegherebbe l’imposizione di un requisito formale per un’attività anteriore ad esso”³², se lo spostamento patrimoniale non scaturisse dal preliminare.

Altra ricostruzione che adatta la formazione progressiva del contratto allo schema *titulus e modus adquirendi*, riproponendo la scissione romanistico-germanica, secondo cui dal preliminare scaturirebbe un obbligo di dare e non di prestare il consenso (come una vera e propria vendita obbligatoria, seguita da un atto non contrattuale – il definitivo – costitutivo del diritto), giunge alla medesima conclusione, degradando il definitivo a mero atto documentativo e ricognitivo, negandogli persino la stessa natura contrattuale³³. Questa tesi pone il suo fondamento sul regime pubblicitario, in quanto la trascrizione del preliminare sarebbe opponibile *ex se* anche se temporalmente limitata ai tre anni.

Questa ricostruzione non appare però accettabile e sembrerebbe avvalorare, invece, la ricostruzione secondo la quale il preliminare sarebbe strumentale alla conclusione del definitivo, il quale manterrebbe, in ogni caso, la propria autosufficienza. La trascrizione del preliminare avrebbe quindi una mera efficacia prenotativa. L’opponibilità e la produzione degli effetti reali rimarrebbero comunque su piani distinti, essendo i secondi collegati esclusivamente al contratto definitivo, ovvero ad un altro atto esecutivo del preliminare ed all’azione ex art. 2932 cod. civ. in caso di inadempimento.

In definitiva, si può affermare che assegnare al preliminare il ruolo di fonte unica degli effetti finali, privando il definitivo del suo contenuto negoziale, andrebbe contro la stessa volontà dei contraenti, i quali hanno come obiettivo prevalente il controllo sulla conformità del bene o dell’oggetto del contratto al programma contrattuale e non intendono posticipare gli effetti definitivi già prodotti, ma farli discendere da un contratto causalmente autonomo.

5. – A queste impostazioni si oppongono le tesi che valorizzano il contratto definitivo, sminuendo la funzione del preliminare.

Secondo queste ultime il preliminare, che ha natura obbligatoria, è inutile in quanto non avrebbe senso obbligarsi due volte³⁴.

In particolare, queste critiche sono state mosse nei confronti del preliminare di contratto reale, avendo questo ultimo ad oggetto non la stipulazione di un futuro contratto, ma la dazione della cosa. Preliminare e definitivo di contratto reale in realtà hanno contenuto differente, in quanto il primo non dà il

²⁸ Altri autori distinguono a seconda che il preliminare sia seguito da un definitivo o da una sentenza: nel primo caso configurerebbe un contratto preparatorio, nel secondo un contratto obbligatorio o un titolo reso definitivo dalla sentenza stessa, così L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 11.

²⁹ L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 508.

³⁰ P. RESCIGNO, *Incapacità naturale ed adempimento*, Napoli, 1950, 117.

³¹ In giurisprudenza, si ritiene che il requisito della forma debba essere rispettato anche per le modifiche apportate al preliminare: Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *cit.*, n. 148.

³² G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cendon*, IV, 2, Torino, 1980, 202.

³³ A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 95; IDEM, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 673 ss.; IDEM, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento delle proprietà*, Torino, 1989, 49.

³⁴ L. COVIELLO, *Dei contratti*, cit., 89 e 110.



diritto alla consegna della cosa, ma solo a quello di pretenderla³⁵, il secondo realizza il trasferimento del bene.

Il limite, tuttavia, di queste due impostazioni è rappresentato dal fatto che il preliminare non è di per sé idoneo a generare l'acquisto di diritti reali o personali, in quanto non ha natura traslativa-constitutiva di diritti reali, ma solo natura obbligatoria, meramente personale, perché tale è la volontà delle parti, vale a dire obbligarsi alla conclusione di un contratto definitivo³⁶.

E tale argomentazione è corroborata dalla non applicabilità dell'art. 2930 cod. civ. (esecuzione forzata in forma specifica), al contratto preliminare, per il quale vi è la previsione dell'art. 2932 cod. civ.³⁷, "la sentenza produce gli effetti del contratto non concluso". Tale rimedio è applicabile al solo contratto preliminare, non anche al definitivo (per il quale è applicabile il rimedio *ex art.* 2930 cod. civ. sopra richiamato), perché dal definitivo e solo dal definitivo scaturiscono gli effetti sostanziali.

Altra tesi, forse la più importante, quella "dell'assorbimento", nega la natura negoziale del preliminare e sostiene che, a seguito della conclusione del contratto definitivo, il preliminare viene "assorbito" da questo ultimo, uscendo "di scena" ed assumendo rilevanza solo quale mero antecedente storico³⁸.

Tale tesi è speculare a quella che afferma l'intangibilità del preliminare, con la conseguenza che le clausole non ripetute nel definitivo non si intendono implicitamente rinunciate, ma conservano pienamente la propria efficacia e pone non poche difficoltà interpretative in sede di giudizio. Infatti, in caso di difformità³⁹ dei due contratti ed in assenza di un esplicito accordo modificativo, si dovrebbe indagare sulla reale volontà delle parti, prima di considerare una novazione implicita del rapporto. Diversamente, accogliendo la teoria "dell'assorbimento", il giudice sarebbe esonerato dall'indagare circa l'effettiva volontà delle parti, in quanto, in assenza di patto contrario, sussisterebbe la presunzione della novazione del preliminare.

Risulta altresì preferibile considerare "il valore assorbente" del definitivo anche ai fini di un'economia processuale, in quanto evita azioni successive alla stipulazione del definitivo. Infatti, partendo dal presupposto che, se non fosse stata raggiunta un'intesa modificativa, le parti non avrebbero concluso il definitivo, e se prima della conclusione del definitivo una delle parti non ha sollevato alcuna eccezione di inadempimento né ha esperito azione di esecuzione specifica *ex art.* 2932 cod. civ. (che tiene luogo del contratto non concluso), non si potrebbe affermare che la volontà delle parti sia evidente e che consiste nella stipulazione del definitivo con le difformità rispetto al preliminare. Tuttavia, tale conclusione presuppone che il definitivo sia privo di vizi e sia stabile. Diversamente, nel caso in cui lo stesso risulta nullo o annullabile, il preliminare "resuscita" e la parte adempiente potrebbe esperire l'azione *ex art.* 2932 cod. civ.⁴⁰. Il medesimo contratto preliminare assume particolare importanza anche in sede di interpretazione del contratto definitivo, qualora debba indagarsi sul comportamento complessivo delle parti anteriore alla stipula del contratto, ai sensi dell'art. 1362, comma 2, cod. civ.

³⁵ S. SATTA, *L'esecuzione*, cit., specialmente 19.

³⁶ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 461 e 462, il quale ricostruisce l'*iter* logico attraverso il quale il contratto preliminare ha assunto la "veste di vendita obbligatoria" culminata con la trascrivibilità del contratto preliminare nel 1997.

³⁷ S. SATTA, *L'esecuzione*, cit., 75.

³⁸ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 461; R. SPECIALE, *L'interpretazione del negozio notarile e le scritture antecedenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 640.

³⁹ Le difformità possono essere di tipo "omissivo" (quando delle clausole inserite nel preliminare non siano ripetute nel definitivo), "additivo" (quando viceversa, vengano aggiunti elementi nel definitivo non presenti nel preliminare) ovvero "modificativo" (quando le clausole inserite nel preliminare siano ripetute nel definitivo, ma con contenuto differente).

⁴⁰ Cass., 27 gennaio 1967, n. 236, *Foro it.*, Rep. 1967, *Successioni*, n. 95; 11 febbraio 1998, n. 1395, in *Giur. it.*, 1999, 638; 19 dicembre 2013, n. 28456, in *Vita not.*, 2014, 270; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 241.



Da questa analisi si evince che la rilevanza del contratto preliminare emerge in sede ermeneutica, in quanto è utile a chiarire l'effettiva volontà delle parti.

In ordine alla natura del definitivo, in generale, si ritiene che abbia doppia natura.

Secondo tale impostazione il definitivo è caratterizzato dalla doppiezza della causa: *causa solvendi* e causa propria; *causa solvendi*, perché le parti lo concludono per adempiere all'obbligo assunto col preliminare; causa propria perché le parti lo concludono per scambiarsi bene contro prezzo. Se si dà prevalenza al primo elemento, si valorizza il preliminare, in quanto si considera l'appartenenza del definitivo alla sequenza preliminare-definitivo e quindi la sua dipendenza dal preliminare; diversamente se si punta sul secondo elemento, si valorizza l'autonomia del definitivo.

Dal punto di vista della causa il contratto preliminare ha una causa diversa da quella di qualsiasi contratto definitivo, in quanto la stessa è variabile a seconda della sua funzione economico – sociale⁴¹, mentre la causa del contratto preliminare è unica, la stessa non può essere illecita perché la finalità di contrarre “in futuro” non può essere illecita⁴².

L'opinione dominante, infine, nel ritenere che il definitivo di vendita abbia una doppia causa (solutoria ed interna), giunge alla conclusione che sussisterebbero due autonomi e distinti contratti che si susseguono con identico contenuto. Infatti, il contratto definitivo, dopo aver esaurito la funzione solutoria, realizza una nuova e diversa funzione, tipicamente negoziale⁴³, con una rinnovazione del giudizio di convenienza: il promittente acquirente con la dichiarazione di volontà, liberatasi dell'involucro dell'atto dovuto, esercita il controllo sugli eventuali vizi originari o sulle sopravvenienze, con possibilità di rifiutare la stipula del definitivo, qualora il controllo dia esito negativo⁴⁴.

6. – In ragione della particolare natura del preliminare, il Codice Civile prevede un'azione tipica⁴⁵ in caso di inadempimento: l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo ex art. 2932 cod. civ.⁴⁶.

La scelta di attribuire una tutela specifica al preliminare si evince chiaramente già dalla Relazione al Codice Civile⁴⁷, dove il contratto preliminare era associato al suo rimedio tipico (esecuzione specifica

⁴¹ W. D'AVANZO, *Alcune considerazioni sul c.d. contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1949, 403; M. FRAGALI, *Dei contratti in generale*, cit., 408; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali*, cit., 221.

⁴² P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 687.

⁴³ R. NICOLÒ, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, 557.

⁴⁴ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 159 ss.

⁴⁵ G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11: il rimedio ex art. 2932 cod. civ. “si aggiunge a quelli tradizionali, gli unici esperibili sotto l'imperio del Codice Civile del 1865”. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 667, nel considerare l'inadempimento del contratto preliminare valuta le forme di inadempimento che non attengono essenzialmente alla violazione dell'obbligo di “concludere il definitivo”, ma anche delle “prestazioni dedotte nel definitivo”; in questa ultima ipotesi si applicheranno le regole generali fissate dal Codice Civile per l'inadempimento, come l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., diversamente per la prima ipotesi il rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo. V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 298, evidenzia che il rimedio della risoluzione per inadempimento è applicabile, secondo la giurisprudenza, anche al contratto preliminare in ragione della autonomia di entrambi i contratti (preliminare e definitivo).

⁴⁶ G6-. ALPA, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, 107; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 185; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, 2005, XX, 373; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato con la dottrina e la Giurisprudenza*, sub. art. 2932 c.c., Napoli, 2010, 911; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1589.

⁴⁷ La Relazione al Codice Civile (in *G.U.*, 4 aprile 1942, n. 79-bis, ora riprodotta anastaticamente a cura del Consiglio Nazionale Forense, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2010) al n. 1187, stabilisce che “il caso dell'art. 2932 avrebbe potuto più propria-



dell'obbligo di concludere il contratto), costituendo un binomio inscindibile. Entrambi rappresentavano una novità rispetto al Codice Civile del 1865, nel quale la figura del contratto preliminare non era espressamente contemplata, sebbene venisse riconosciuta la prestazione del consenso come un *facere* infungibile⁴⁸. Men che mai poteva essere contemplata una "esecuzione specifica" dell'obbligo di concludere il contratto, in quanto una sentenza che andasse a sostituire coattivamente un contratto non concluso, ledeva i principi dell'autonomia privata e della libertà del consenso. Gli unici rimedi concessi⁴⁹ per la violazione dell'obbligo di un *facere* infungibile erano la condanna all'adempimento e la risoluzione del contratto per inadempimento con la richiesta del risarcimento del danno⁵⁰. Tuttavia, questi due rimedi presentavano dei limiti: da una parte la condanna all'adempimento mediante una sentenza che riproduceva l'obbligo di concludere un contratto era "meramente ripetitiva", dall'altra parte la risoluzione del contratto per inadempimento con l'equivalente monetario non sempre risultava "soddisfare appieno il debitore"⁵¹.

Diversamente, con la creazione, nel Codice del 1942, del binomio contratto preliminare-esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto⁵² mediante la previsione, all'art. 1351 cod. civ., dell'obbligo di forma del preliminare a quella che deve avere il definitivo, e nell'art. 2932 cod. civ. dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il definitivo, si è rafforzata la tutela del promissario acquirente. Tale impostazione era stata ampiamente sostenuta già in epoca antecedente al Codice del '42 da autorevole dottrina⁵³, la quale giustificava il rimedio dell'esecuzione specifica sul fondamento della fungibilità della prestazione, che consentiva di procedere ad un'azione coercitiva⁵⁴, come l'esecuzione specifica, la quale, in ragione del presupposto dell'inadempimento, ha natura esecutiva⁵⁵ e costitutiva⁵⁶ ex art. 2908 cod. civ.⁵⁷.

In ordine al rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo, la giurisprudenza, inizialmente si è uniformata al principio della "necessaria identità tra preliminare e definitivo"⁵⁸, successivamente ha superato questo rigore adottando il principio "dell'adattamento dell'esecuzione alla situazione effettiva ai fini dell'applicabilità del rimedio ex art. 2932 cod. civ."⁵⁹.

mente ricondursi alla categoria dell'art. 2908 (sentenze costitutive), ma è parso più opportuno inserirlo nel quadro dell'esecuzione in vista della sua finalità".

⁴⁸ MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 15, in particolare nota n. 22.

⁴⁹ G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11.

⁵⁰ F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 188.

⁵¹ G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11, i quali ritengono che la "la decisione di introdurre l'esecuzione specifica sia stata coraggiosa, felice e necessaria: coraggiosa perché contrastata, a quel tempo, dall'orientamento dominante; felice perché di larghissima applicazione; necessaria perché la sua mancanza altererebbe la funzione del preliminare, riducendone la rilevanza".

⁵² S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 315.

⁵³ G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente da contratto preliminare*, in *Nuovi saggi di diritto processuale*, Napoli, 1912, 19, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 374.

⁵⁴ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 315.

⁵⁵ P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, cit. 219, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 374.

⁵⁶ G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente*, cit., 99, il quale riteneva che il giudice avesse il potere di "costituire un diritto", che potesse creare "quell'effetto giuridico a cui era diretto il contratto preliminare", come richiamato da S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 374. Un'ampia analisi delle posizioni di Coviello e Chiovenda è svolta da L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 13 ss.

⁵⁷ L. BIGLIAZZI GERI, P.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 2003, 298.

⁵⁸ Cass., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, 1002.

⁵⁹ Cass., 22 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 177 e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 914. Il principio è tutt'ora seguito dalla giurisprudenza: Cass., 11 aprile 2017, n. 9314, in *Vita not.*, 2017, 824, infatti, la modifica della destinazione urbanistica (da agricola ad edificatoria) di un terreno, oggetto del preliminare, non impedisce l'esperimento dell'azione ex art. 2932 c.c.



La predetta azione consente alla parte adempiente di rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto non concluso⁶⁰. Tale sentenza ha natura costitutiva⁶¹, è personale⁶² e non integrativa del preliminare, poiché è inibito al giudice⁶³ di determinare l'oggetto rimasto indeterminato nel preliminare⁶⁴. Infatti, lo stesso deve già contenere tutti gli elementi essenziali del definitivo⁶⁵; tuttavia, in caso di non perfetta corrispondenza tra l'oggetto del contratto obbligatorio e la pronuncia del giudice, questo ultimo può emettere il provvedimento costitutivo, purché l'immobile possa essere individuato anche con elementi esterni e non ci siano rilevanti variazioni del bene⁶⁶. L'intangibilità del preliminare è stata superata⁶⁷ dalla concezione dottrinale che non vede più il preliminare come semplice *pactum de contrahendo*, ma

⁶⁰ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 334 e ss.; L. MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo*, cit., 239 e ss.; R. RASCIO, *Pronuncia costitutiva e poteri del giudice*, in *dir. giur.*, 1988, 778.

⁶¹ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 174; G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, sub. art. 2932, 7119; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 381, il quale nel richiamare l'orientamento dominante circa la natura costitutiva della sentenza ex art. 2932 c.c., evidenzia altresì l'esclusività del rimedio codicistico, in ragione del connubio contratto preliminare-esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo; peraltro tale binomio è stato oggetto di analisi da parte della dottrina, in via esemplificativa L. MONTESANO, *Obbligazione e azione*, cit., 1173 e 1174, il quale affronta il problema della autonomia privata "giuridicizzata" dall'ordinamento. In giurisprudenza: Cass., 6 settembre 2019 n. 22343, in *Foro It.*, Rep., 2019, voce *cit.*, n. 315.

⁶² G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 169; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3797.

⁶³ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 194; Cass., 21 marzo 2014, n. 6786, *id.*, Rep. 2015, voce *cit.*, n. 398, in *Rass. forense*, 2014, 833, con nota di M. D'AURIA, *Sulla interpretazione di una clausola risolutiva espressa prevista all'interno di un contratto preliminare di vendita di immobili da costruire*, la quale evidenzia che in caso di azione ex art. 2932 c.c., l'ammontare del prezzo pattuito dalle parti non potrà essere rivalutato dal giudice in sede giudiziale, salvo che le parti non abbiano previsto la rivalutazione in caso di ritardo già nel contratto preliminare, pertanto l'autonomia privata resta relegata solo al contratto preliminare.

⁶⁴ In una recente sentenza della Suprema Corte (Cass., 28 agosto 2020, n. 18043, in *Foro It.*, Rep. 2020, voce *cit.*, n. 382), il potere di intervento del giudice, investito della domanda ex art. 2932 c.c., nel caso di contratto preliminare avente ad oggetto la divisione di edifici e terreni, resta limitato ad un dato oggettivo, vale a dire alla carenza della dichiarazione degli estremi della concessione edilizia relativa agli edifici e del certificato di destinazione urbanistica relativo ai terreni. Se mancano questi elementi non può procedere allo scioglimento della comunione, poiché trattasi di condizioni dell'azione, la cui mancanza è rilevabile d'ufficio. In giurisprudenza: Cass., 5 gennaio 2022, n. 254, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *cit.*, dove si evidenzia che, con riguardo ad ipotesi di preliminare di compravendita, qualora più soggetti si siano obbligati, con un'unica promessa, ad acquistare *pro indiviso* un immobile, l'adesione di uno dei promittenti compratori all'unilaterale recesso del promittente venditore non impedisce agli altri di chiedere l'emissione della sentenza costitutiva che tiene luogo del contratto non concluso ex art. 2932 c.c., rendendosi acquirenti dell'intero"; secondo il consolidato principio per cui "[l]a promessa di vendita di un bene in comunione è, di norma, considerata dalle parti attinente al bene medesimo come un unicum inscindibile e non come somma delle singole quote", Cass., sez. un., 8 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 3266 (m), con nota di E. SCODITTI, «Quid iuris» nell'ipotesi di promessa di vendita priva del consenso di tutti i comproprietari?; *ibid.*, 2456, con nota di G. LA ROCCA, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*; in *Corriere giur.* 1993, 1320, con nota di V. CARBONE, *Preliminare di bene indiviso sottoscritto da alcuni comproprietari: incompletezza del contratto o efficacia limitata alle quote?*; in *Giust. civ.*, 1993, I, 2037; in *Arch. civ.*, 1993, 1152. Sulla più ampia casistica dei beni indivisi si veda G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7127 e ss. Sul rapporto tra bene indiviso e pluralità di parti si veda A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 478; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato*, cit., 922.

⁶⁵ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 463; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 286 e ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo*, Milano, 1962, 34.

⁶⁶ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477 e ivi note di richiami, in particolare 170 e 171; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 289, riporta dei casi giurisprudenziali in cui il giudice ha il potere di integrare, nella sentenza, gli elementi non indicati nel preliminare, quali l'indicazione dei dati catastali (purché risultanti dagli atti di causa), ovvero in caso di richiesta di riduzione del prezzo. In ordine ai dati catastali è stato ritenuto dalla Suprema Corte che, nel caso in cui non fosse "determinato, né altrimenti determinabile, il bene promesso in vendita, giacché identificato dalle parti mediante il rinvio, contenuto nel preliminare, ad una planimetria allegata al contratto, non prodotta", Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *cit.*, n. 375; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1626, *ibid.*, n. 50; in *Contratti* 2020, 417, con nota di D. BALBINO, *I limiti della determinazione dell'oggetto di un contratto preliminare di compravendita tramite il ricorso a elementi esterni*; in *Vita not.*, 2020, 785.

⁶⁷ F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva*, cit., 1687, il quale, nel richiamare Cass., 28 novembre 1976, n. 4478



come negozio attraverso il quale le parti si impegnano a prestare il consenso necessario per la produzione degli effetti del definitivo. Pertanto, ai fini della sentenza sono valutabili anche i comportamenti inadempienti delle parti, successivi alla proposizione della domanda⁶⁸, sebbene l'organo giudicante debba comunque rispettare la volontà delle parti⁶⁹ e questo costituisce un limite invalicabile⁷⁰. Tuttavia, il giudice può concedere contestualmente alla pronuncia della sentenza *ex art.* 2932 cod. civ. la riduzione del prezzo per vizi e difformità del bene⁷¹.

La pronuncia costitutiva *ex art.* 2932 cod. civ., diversamente da quanto fissato dalla regola generale, secondo la quale tutte le pronunce giudiziali retroagiscono al momento della domanda, dispiega i suoi effetti solo *ex nunc*, vale a dire dal momento del loro passaggio in giudicato⁷².

L'azione non può essere esperita, se preventivamente non è stata presentata l'offerta di concludere il definitivo, nella forma della lettera di sollecito, predisposta dalla parte adempiente, a presentarsi dinanzi ad un notaio per la conclusione del definitivo⁷³, senza che sia richiesta una preventiva messa in mora⁷⁴.

Secondo la dottrina l'eseguibilità in forma specifica non può essere applicata ad alcuni contratti preliminari, rimessi alla libera volontà delle parti, in ragione di quanto disposto dall'*art.* 2932 cod. civ., al comma 1 "qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo". In questa ipotesi l'unico rimedio concesso alla parte adempiente, in caso di inadempimento dell'altra parte, è il risarcimento del danno⁷⁵.

(in *Foro it.*, 1977, I, 669, con nota di A. LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*), che "costituisce il precedente, l'archetipo, ...cui la giurisprudenza successiva si è sempre rifatta", ritiene che con la sentenza delle Sezioni Unite n. 1720/1985 (sopra richiamata, con la quale è stata riconosciuta al promittente acquirente di immobile da costruire ad opera del venditore la possibilità di domandare, contestualmente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità della cosa) vi sia stato attribuito carattere "in certo senso dinamico" alla "sequenza preliminare definitivo o, se si preferisce, alla fattispecie preliminare – sentenza costitutiva" e sia stata superata "la barriera dell'intangibilità del regolamento di interessi".

⁶⁸ G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 178.

⁶⁹ G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3793.

⁷⁰ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 179.

⁷¹ G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125. La difformità del bene può essere sollevata dopo la sentenza, anche se la parte è stata anticipatamente immessa nel possesso del bene: Cass., 27 maggio 2020, n. 9953, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *cit.*, n. 386; in *Giur. it.*, 2020, 2119, con nota di R. CALVO, *Preliminare e decorrenza dei termini capestro*.

⁷² G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Torino, 2015, sub. art. 2932 cod. civ., 2; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 172; G. GABRIELLI – V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 12; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di Diritto civile*, vol. II, Padova 2009, 286. In giurisprudenza: Cass., 12 giugno 2015, n. 12236, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *cit.*, n. 394; Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, *id.*, Rep. 2010, n. 451; Trib. Bologna, 19 novembre 2008, in *Foro it.*, Rep. 2010, *Procedimento civile*, n. 318; in *Arch. loc. cond. e imm.*, 2009, 577, dove, peraltro si precisa che sino al passaggio in giudicato della sentenza è possibile esperire altre azioni, come ad esempio il rilascio dell'immobile in esecuzione del giudicato già formatosi sulla risoluzione del contratto di locazione.

⁷³ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.*, cit., 287, e specialmente nota n. 97; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 246.

⁷⁴ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 194; G. BONILINI, M. CONFORTINI, G. MARICONDA (a cura di), *Codice delle successioni*, cit., 7122; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 422.

⁷⁵ Secondo la giurisprudenza di legittimità il risarcimento del danno dovuto al promissario acquirente, in caso di inadempimento del promittente venditore, consiste nella differenza tra il valore commerciale del bene ed il prezzo pattuito: Cass., 30 giugno 2021, n. 18498, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *cit.*, n. 376; Cass., 28 novembre 2017, n. 28375, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *cit.*, n. 350; secondo Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, in *Contratti*, 2011, 136, con nota di M. MASTRANDREA, *Esecuzione in forma specifica ed offerta di adempimento della contro-prestazione*, ai fini del risarcimento del danno bisognerà calcolare oltre alla suddetta differenza anche quella relativa alla svalutazione monetaria intervenuta nelle more del giudizio.



Il binomio contratto preliminare (obbligo della forma al definitivo per il contratto preliminare – art. 1351 cod. civ.) ed esecuzione specifica dell’obbligo di concludere il contratto definitivo (*ex art. 2932 cod. civ.*)⁷⁶, come detto, cristallizza la ricostruzione avanzata da autorevole dottrina⁷⁷, anteriore al codice del ’42, la quale giustificava l’azione esecutiva in ragione dalla fungibilità della prestazione⁷⁸. L’inadempimento, presupposto della predetta azione (*ex art. 2932 cod. civ.*), conferisce alla stessa natura esecutiva⁷⁹ e natura costitutiva⁸⁰ (*ex art. 2908 cod. civ.*)⁸¹.

In ordine alla natura esecutiva parte della dottrina⁸² ritiene che la collocazione sistematica della tutela rappresenti un errore, in quanto l’esecuzione avviene non mediante un’attività materiale, ma mediante un provvedimento di cognizione, che produce gli effetti senza procedere all’esecuzione specifica in senso stretto⁸³; l’inadeguatezza della nomenclature legislativa “esecuzione forzata”⁸⁴, è rappresentata dalla circostanza che la tutela *ex art. 2932 cod. civ.* non va a modificare “in maniera coattiva lo stato di fatto”⁸⁵, bensì produce gli effetti del contratto non concluso⁸⁶.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la tutela *ex art. 2932 cod. civ.* abbia una funzione esecutiva, “assimilabile a quelle contenuta negli artt. 2930 e 2933 cod. civ.”, in quanto lo scopo di tale azione è “quello di permettere all’avente diritto di conseguire quel risultato che costituisce il contenuto di un obbligo”⁸⁷.

Per requisito della possibilità deve intendersi una “pratica attuabilità del comando giudiziale”; in assenza di questa condizione, vale a dire quando “la particolare situazione di fatto o di diritto impedisce che la sentenza possa realizzare il risultato del contratto definitivo”⁸⁸, non potrà essere esperita l’azione *ex art. 2932 cod. civ.*, come nel caso in cui, *medio tempore*, il promittente venditore alieni il bene oggetto di preliminare⁸⁹ ovvero sia privato della proprietà del bene a seguito di espropriazione per pubblica utilità⁹⁰; in questa

⁷⁶ S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione specifica*, cit., 375, evidenzia la complessità della norma in ragione della “struttura oltremodo composita”, che “è la spia di un travaglio dogmatico ancora incompiuto”.

⁷⁷ G. CHIOVENDA, *Dell’azione nascente da contratto preliminare*, in *Nuovi saggi di diritto processuale*, Napoli, 1912, 19, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 374, nota 1.

⁷⁸ G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7119; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.*, cit., 286, che richiama la dottrina durante la vigenza del codice del 1865, la quale negavano l’applicabilità del rimedio dell’esecuzione forzata al contratto preliminare in ragione della “infungibilità ed incoercibilità della prestazione di facere assunta mediante il contratto preliminare”; L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 15, il quale richiama la ricostruzione di G. CHIOVENDA, *Dell’azione nascente*, cit., 96 e ss.

⁷⁹ P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1930, 219, il quale riconosceva al giudice anche poteri di integrazione, come richiamato da S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione specifica*, cit., 374.

⁸⁰ G. CHIOVENDA, *Dell’azione nascente*, cit., 99; S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione specifica*, cit., 374; L. MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 13 e ss.

⁸¹ La sentenza va a costituire il contratto definitivo non concluso: L. BIGLIAZZI GERI, P. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 298.

⁸² G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7119; S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione specifica*, cit. 374; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato*, cit., 911.

⁸³ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 196.

⁸⁴ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 374.

⁸⁵ G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice Civile annotato*, cit., 911.

⁸⁶ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 373.

⁸⁷ L. BIGLIAZZI GERI, P. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 298.

⁸⁸ App. Palermo, 23 gennaio 1991, in *Temi siciliana*, 1991, 10. Un caso particolare costituisce la mancata dichiarazione, ai fini iva (d.P.R. n. 633 del 1972, tabella A, parte II, n. 21), della dichiarazione non di lusso del bene oggetto del preliminare; tale carenza non inficia il contratto preliminare in quanto può essere resa anche in sede di definitivo e “le fatture già emesse per eventuali acconti possono essere rettificare per consentire l’applicazione dell’aliquota ridotta sull’intero corrispettivo”, Cass., 8 marzo 2017, n. 5943, in *Foro it., Rep.*, 2017, voce *Valore aggiunto (imposta sul) (I.v.a)*, n. 241.

⁸⁹ Cass., 6 aprile 1995, n. 4013, in *Foro it., Rep.* 1985, voce *Cassazione civile*, n. 221.



ipotesi il promissario acquirente non potrà agire *ex art. 2932 cod. civ.* e chiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto (salvi gli effetti della trascrizione del preliminare di vendita di beni immobili). Altra ipotesi attiene alla vendita di beni immobili privi di concessione edilizia⁹¹, per i quali il promissario acquirente non potrà esperire l'azione *ex art. 2932 cod. civ.*, in quanto la vendita è priva di un requisito essenziale⁹² del contratto definitivo, e non può essere emessa una sentenza costitutiva su un bene, di cui manchi un elemento essenziale ai fini del trasferimento. Tuttavia, se tale documentazione è prodotta in sede giudiziale si può procedere alla pronuncia giudiziale⁹³.

Nel caso in cui il bene oggetto del preliminare sia di proprietà di terzi, è possibile ottenere l'emissione della sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*, purché il promittente venditore ne sia divenuto proprietario prima dell'emissione della sentenza medesima⁹⁴. Si tratterebbe di un contratto preliminare condizionato sospensivamente all'acquisto della proprietà in favore del promittente venditore. L'accertamento circa l'avveramento della condizione ai fini dell'emissione della sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*, è effettuata dal giudice⁹⁵.

Se una delle parti dovesse decidere di modificare il contratto definitivo con clausole non condivise dall'altra parte, che rifiuta di accettarle e di concludere il contratto definitivo, è possibile esperire l'azione *ex art. 2932 cod. civ.*, ma la sentenza che sostituirà il contratto definitivo non potrà contenere le clausole unilateralmente predisposte⁹⁶.

È possibile paralizzare l'esecuzione specifica *ex art. 2932 cod. civ.*, anche se esperita, mediante un'azione, in riconvenzionale, di risoluzione del preliminare per inadempimento⁹⁷.

Altra condizione prevista dall'*art. 2932 cod. civ.* per l'esperimento dell'esecuzione in forma specifica è che la stessa non sia esclusa dal titolo, infatti, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, mediante una "univoca manifestazione di volontà delle parti"⁹⁸, possono escludere nel contratto preliminare che si possa ricorrere al giudice per ottenere una sentenza che sostituisca il contratto non concluso.

L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo differisce dalla domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà, in quanto sono diverse sia il *petitum*, sia la *causa petendi*: la prima tende ad ottenere una pronuncia costitutiva, che nasce da un contratto obbligatorio; la seconda, invece, è volta ad una sentenza dichiarativa, che nasce da un negozio con efficacia reale⁹⁹.

⁹⁰ Cass., 10 marzo 2006, n. 5162, *id.*, Rep. 2006, voce *cit.*, n. 539.

⁹¹ L. 28 febbraio 1985, n. 47.

⁹² Previsto a pena di nullità *ex art. 17* della medesima legge, così come sostituito dall'*art. 46*, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

⁹³ Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, *cit.*; Cass., 20 novembre 2007, n. 24150, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Cassazione civile*, n. 302.

⁹⁴ Cass., 19 ottobre 2021, n. 28856; in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *cit.*, n. 375; Cass., sez. un., 18 maggio 2006 n. 11624, in *Foro it.* 2006, I, 2009; in *Corriere giur.* 2006, 1394, con nota di E. BOLONDI, *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*; in *Vita not.* 2006, 802; in *Contratti* 2006, 975, con nota di E. CALICE, *Contratto preliminare di vendita di cosa altrui*; Cass., 22 giugno 2004, n. 11572, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *cit.*, n. 511.

⁹⁵ Cass., 6 settembre 2019 n. 22343, *id.*, Rep. 2019, voce *cit.*, n. 315; Cass., 17 gennaio 2003, n. 628, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1178; Cass., 20 giugno 2000, n. 8388, in *Urbanistica e appalti* 2000, 1194.

⁹⁶ Cass., 16 marzo 1984, n. 1818, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *cit.*, n. 194.

⁹⁷ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 230. L'azione per inadempimento non derivante necessariamente dal rifiuto della stipulazione del definitivo, può essere esperita nel caso in cui il bene risulti difforme rispetto al dovuto, sul punto C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 199. Per la casistica G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3795.

⁹⁸ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; IDEM, *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.*, cit., 286; G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 11.

⁹⁹ Cass., 8 febbraio 2010, n. 2723, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Procedimento civile*, n. 266, Cass., 12 settembre 2003, n. 13420, in *id.*, Rep. 2003, voce *cit.*, n. 144; la questione relativa all'ammissibilità, in quanto *emendatio* e non *mutatio libelli*, del passaggio dalla domanda di pronuncia costitutiva *ex art. 2932 cod. civ.* alla domanda di pronuncia dichiarativa dell'effetto reale, è stata oggetto di



Il diritto alla stipula del definitivo è soggetto all'ordinario termine di prescrizione¹⁰⁰.

L'azione ex art. 2932 cod. civ., secondo la dottrina maggioritaria, non solo è esperibile nel caso in cui vi sia un inadempimento del preliminare (che costituisce la fattispecie principale), ma anche in presenza di obblighi derivanti da testamento¹⁰¹, da offerta al pubblico¹⁰² o dalla legge¹⁰³, mentre è precluso quando "la situazione di fatto o di diritto impedisce che gli effetti realizzino il risultato del contratto definitivo"¹⁰⁴.

La sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. "opera quale sanzione, o meglio una delle sanzioni dell'inadempimento della «obbligazione di concludere il contratto»"¹⁰⁵.

Altra questione esaminata dalla dottrina attiene al rapporto costituito con la sentenza che sostituisce il contratto definitivo non concluso. Secondo parte della dottrina la stessa avrebbe natura contrattuale¹⁰⁶ in quanto "gli effetti che la sentenza produce sono quelli previsti dal contratto"¹⁰⁷, sebbene non possa essere assoggettabile alla disciplina del contratto in quanto atto giudiziale¹⁰⁸ e come tale suscettibile di impugnazione nei modi fissati dall'ordinamento per le decisioni giudiziali¹⁰⁹. In particolare, per il caso in cui il preliminare sia affetto da vizi gli stessi debbono essere eccepiti nel giudizio di esecuzione specifica, in quanto non inficiano la sentenza, la quale resta valida secondo il principio del giudicato (salvo i casi di revocazione)¹¹⁰. In caso di accoglimento della domanda giudiziale non è più ammissibile l'annullamento del preliminare¹¹¹.

querelles in giurisprudenza: Cass., 30 gennaio 2014, n. 2096, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 507, con nota di R. MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della cassazione in tema di mutatio libelli*; Cass., sez. un., 15 giugno 2015 n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, 3174, con nota di A. MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; in *Corriere giur.*, 2015, 961, con nota di C. CONSOLO, *Le s.u. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Giur. it.*, 2015, 2101, con nota di G. PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*. Le Sezioni Unite stabiliscono "l'ammissibilità della modifica, nella memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo". Sul punto in dottrina: G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3794.

¹⁰⁰ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 147; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3796; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 241. In giurisprudenza: Cass., 22 marzo 2018, n. 7180, in *Foro it.*, voce cit., n. 296; Cass., 27 gennaio 2011, n. 1904, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 455; Cass., 10 dicembre 2001, n. 15587, in *Contratti*, 2002, 653, con nota di V. DI BONA, *La prescrizione nel preliminare e il termine per la stipula del definitivo*; in *Corriere giur.*, 2002, 1029, con nota di A. FORCHINO, *Preliminare di compravendita privo di termine per la stipula del contratto definitivo e prescrizione del diritto*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1918, secondo quest'ultima sentenza il giudice può, ai sensi dell'art. 1183 c.c., fissare il termine per la conclusione del definitivo, qualora la parte, cui era stata rimessa la facoltà di fissare un termine per la stipula del definitivo, temporeggi senza motivo.

¹⁰¹ Obbligo di vendita in capo all'erede o legatario; sul punto si veda: F.D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ.*, sub artt. 2930-2933, Torino, 1964, 376; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 222; IDEM, *Il legato di contratto*, nota a Cass. 5 luglio 1994, n. 6333, in *Contratti*, 1994, I, 628 ss.

¹⁰² G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3793.

¹⁰³ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 203; L. BIGLIAZZI GERI, P. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 301; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1; G. GIONFRIDA, *Divagazioni su vecchi e nuovi casi giurisprudenziali (In tema di obbligo di concludere un contratto, di sentenza costitutiva e di contratto a favore di terzo)*, in *Foro it.*, 1970, V, 229.

¹⁰⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 193 e 194.

¹⁰⁵ L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 509.

¹⁰⁶ G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7125; A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; IDEM, voce *Contratto preliminare*, in *Digesto Disc. Priv.*, cit., 286; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., 3793; G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 12; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 383 e 384 esamina approfonditamente la questione relativa alla natura negoziale degli effetti, soprattutto dall'emanazione della sentenza sino al suo passaggio in giudicato; MONTESANO, *Contratto preliminare*, cit., 133.

¹⁰⁷ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 197; L. MONTESANO, *Obbligazione e azione*, cit., 1204.

¹⁰⁸ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 671.

¹⁰⁹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 197; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477.

¹¹⁰ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 177; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 671. Secondo il principio fissato da Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, cit., le pronunce costitutive ex art. 2932 c.c. sono fonte autonoma di rapporti giuridici e spiegano i loro effetti solo dal momento del loro passaggio in giudicato; pertanto, *medio tempore*, il promissario acquirente potrà rimuovere gli eventuali ostacoli



La sentenza, dunque, ha “natura di adempimento specificativo propria del definitivo”¹¹², accerta la “definitività” del preliminare e determina “l’inizio dell’effetto negoziale”, in quanto gli effetti della stessa realizzano “gli stessi scopi e soddisfano gli stessi interessi cui era coordinato il doveroso, e non compiuto, ‘definitivo’” e “ricevono in tutto e per tutto disciplina negoziale”¹¹³.

La sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* ha, dunque, “doppia natura” di “atto giurisdizionale” (in quanto sentenza) e “fonte di un rapporto contrattuale” (in quanto costituisce gli effetti del contratto definitivo)¹¹⁴.

La domanda *ex art. 2932 cod. civ.*, che abbia per oggetto il trasferimento della proprietà su beni immobili o mobili registrati, è soggetta a trascrizione ai sensi dell’art. 2652, 2° comma, cod. civ. e tale trascrizione ha effetto prenotativo, in quanto “la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda”, pertanto è necessario che avvenga la trascrizione della sentenza per risolvere il conflitto di interessi con altri acquirenti¹¹⁵. Tuttavia, se non viene trascritta la sentenza conclusiva della procedura, essendo la stessa definita con verbale di conciliazione, l’effetto retroattivo non potrà operare¹¹⁶.

7. – Il contratto preliminare, quale contratto obbligatorio, non produce gli effetti reali propri del definitivo, come il trasferimento; tuttavia, nella prassi si è assistito e si assiste sempre più di frequente, e soprattutto nelle vendite immobiliari, in particolare per gli immobili da costruire o in corso di costruzione¹¹⁷, alla stipula

li di natura formale (nella specie, approvazione del frazionamento) prima della sentenza costitutiva di trasferimento, posto che il giudice prenderà in considerazione non la situazione esistente al momento della domanda, bensì quella esistente al momento della pronuncia. Su questo ultimo aspetto si veda altresì G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 175 e F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 289.

¹¹¹ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 176, l’azione di rescissione può essere esperita o con autonomo giudizio o in via riconvenzionale nell’esperimento dell’azione *ex art. 2932 c.c.*; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 183.

¹¹² L. MONTESANO, *Obbligazione e azione*, cit., 1204.

¹¹³ IDEM, *ibid.*, anche 1205, dove si evidenzia, inoltre, sia la natura costitutiva delle sentenze in generale sia quella esecutiva, specificando che il termine “esecuzione” non attribuisce un “autonomo diritto potestativo che prescinde in tutto dallo svolgimento e dall’attuazione di quel contratto”, ma attiene all’aspetto negoziale, nel senso che il bene non è ottenuto, come nell’esecuzione forzata, “per sola forza di processo”, ma per “effetto di negozio”. S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione specifica*, cit., 380, nel riportare la dottrina contraria alla collocazione sistematica dell’art. 2932 c.c., richiama l’eccezione posta dalla stessa in ordine alla esecuzione specifica alla quale non potrebbe essere aggiunto l’aggettivo “forzata”, in ragione dell’assenza del titolo esecutivo, che rappresenta il fondamento del processo esecutivo. Sul punto si veda anche G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 170 e ss.

¹¹⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 671. G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 175, nel precisare il “triplice positivo accertamento dell’esistenza di un contratto preliminare, dell’adempimento o dell’offerta di adempimento e l’inadempimento del convenuto” mediante l’emanazione della sentenza *ex art. 2932 c.c.*, distingue gli effetti della stessa distinguendoli in quelli giudiziali e quelli negoziali.

¹¹⁵ G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, cit., 7126 evidenzia la differenza tra l’effetto *ex nunc* del passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 2032 cod. civ.* e l’effetto retroattivo della trascrizione della medesima sentenza e, dunque, della opponibilità ai terzi, che opera solo se viene trascritta la sentenza di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere il contratto; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 477; G. GABRIELLI – V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, cit., 12; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, cit., 510, esamina in particolare il rapporto tra le due trascrizioni: quella della domanda di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere il contratto (art. 2952, n. 2) e quella diretta ad ottenere l’accertamento giudiziale della sottoscrizione del contratto definitivo art. 2952, n. 3), evidenziando le difficoltà per il promissario di poter ottenere una sentenza *ex art. 2932 c.c.*; in particolare in caso di fallimento (nota n. 8); V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 306.

¹¹⁶ Cass., 29 settembre 2020, n. 20533, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Trascrizione e conservatorie dei registri immobiliari*, n. 12.

¹¹⁷ Secondo un orientamento recente al contratto preliminare di compravendita di bene immobile con un’impresa operante nel settore della costruzione e vendita degli alloggi si applica la disciplina delle clausole vessatorie: Cass., 14 gennaio 2021, n. 497, in *Foro it.*, 2021, I, 2501; in *Riv. dir. risparmio*, 2021, fasc. 1, 388.



del preliminare con “effetti anticipati”, vale a dire ad un contratto obbligatorio, il quale prevede che, *medio tempore*, alcuni effetti tipici del definitivo siano anticipati al preliminare, come il pagamento, totale o parziale, del prezzo e l'immissione nel possesso¹¹⁸, una c.d. “sfasatura degli effetti contrattuali”¹¹⁹, in quanto non si riproduce lo schema tipico degli effetti obbligatori (del preliminare) prima e poi degli effetti (eventualmente reali del definitivo).

L'espressione “preliminare ad effetti anticipati”¹²⁰ risente della distinzione tra contratto obbligatorio e contratto di trasferimento. La predetta dicitura nasce essenzialmente dall'introduzione, nel diritto italiano, del preliminare. Come detto questo ultimo è stato mutuato dalla pandettistica, quindi dal sistema tedesco ove, a differenza di quello francese (che si fonda sul principio consensualistico, sposato dal nostro Codice Civile), sono previsti due negozi, l'uno obbligatorio, *titulus adquirendi*, e l'altro traslativo, quale *modus adquirendi*, dei beni immobili di natura astratta (*Auflassung*). La dottrina è stata a lungo “prigioniera di questa dicotomia”¹²¹. In giurisprudenza la questione è stata risolta mediante il ricorso alla disciplina applicabile alla vendita obbligatoria¹²². La consegna del bene anticipata rende il promissario un detentore, che diventerà possessore con il definitivo¹²³.

Il contratto preliminare ad effetti anticipati è definito come “preliminare complesso”¹²⁴ per distinguerlo dal “preliminare puro”¹²⁵, nel quale non vi possono essere anticipazioni delle pattuizioni del definitivo. Tale precisazione è doverosa, in quanto consente di evitare che l'anticipazione degli effetti possa creare confusione con gli effetti tipici del definitivo, il quale, non essendo ancora venuto ad esistenza, non può anticipare alcun effetto¹²⁶. Con la definizione di contratto preliminare ad “esecuzione anticipata”¹²⁷, si valorizza la causa

¹¹⁸ R. ALESSI, *Il cosiddetto preliminare di vendita ed effetti anticipati*, cit., 438 ss.; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 131; D. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, 1108; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 284; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit.; IDEM, *Il contratto preliminare e l'esecuzione anticipata del definitivo*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, 1991, III, 317 ss.; IDEM, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata del definitivo nelle più recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, 17; F. MACARIO, *Trasferimento del diritto e rimedi contrattuali nell'esecuzione coattiva del preliminare di vendita con consegna anticipata*, nota a Cass., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3270, il quale sottolinea che l'espressione “contratto preliminare ad effetti anticipati”, “con qualche variante terminologica, descrive un particolare modo d'essere della vendita immobiliare in cui al rinvio dell'effetto traslativo (inscindibilmente collegato alla conclusione del contratto definitivo ovvero al passaggio in giudicato della sentenza che accoglie la domanda ex art. 2932 c.c.) fa riscontro l'esecuzione sostanziale della vendita, almeno per quel che concerne la consegna della cosa ed il pagamento del prezzo”.

¹¹⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 651. In giurisprudenza: Cass., 9 giugno 2011, n. 12634, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 437.

¹²⁰ F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 284.

¹²¹ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 469, in particolare nota n. 80, per la dottrina maggioritaria in favore della scissione dei due contratti; 470, nota n. 81 per la dottrina che sottolineava “l'importanza dell'obbligazione di dare e la presenza nell'ordinamento delle prestazioni traslative con causa esterna”. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 652.

¹²² A. CHIANALE, *ibid.*, ed ivi note di richiamo. F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 284, nota 11.

¹²³ F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 285, nota 12; S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, cit., 284. Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.; Cass., 22 giugno 2005, n. 13368, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Possesso e azioni possessorie*, n. 21; in *Riv. giur. edilizia* 2005, I, 1815, con nota di M. DE TILLA, *Anticipata consegna del bene al promissario acquirente*.

¹²⁴ S. UGOLINI, *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contratto e impr.*, 2002, 91.

¹²⁵ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 131. La giurisprudenza rifiuta questa distinzione: Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 2229, con nota di T.A. AULETTA, *Godimento di bene fruttifero ed interessi ex art. 1499 codice civile*; Cass., sez. un., 27 maggio 1985, n. 1720, cit. La distinzione tra preliminare puro e complesso si coglie nel fatto che nel primo l'esecuzione delle prestazioni è subordinata alla conclusione del contratto definitivo, mentre nel secondo avviene prima che quest'ultimo si concluda: Cass., 30 maggio 2000, n. 7142, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Usucapione*, n. 8; Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, *ivi*, 1996, voce *cit.*, n. 10.

¹²⁶ G.B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. società*, 1970, 941, ritiene che



concreta¹²⁸ e non si altera lo schema causale astratto dell'obbligo a contrarre: nel preliminare si fissa il programma negoziale, nel definitivo si dà attuazione al predetto programma con un atto esecutivo di natura contrattuale; pertanto, l'obbligo a contrarre si arricchisce di ulteriore obbligo, vale a dire quello a trasferire¹²⁹. L'anticipato godimento del bene da parte del promissario acquirente consente di realizzare al meglio le contrapposte esigenze delle parti: in primo luogo, tale anticipazione consente al promissario acquirente di controllare l'effettiva conformità del bene al programma contrattuale definito con il preliminare ed, in secondo luogo, consente al promittente venditore "l'incameramento (parziale o rateale) del prezzo pattuito"¹³⁰.

l'espressione "contratto preliminare ad effetti anticipati", non sia esatta, in quanto tale anticipazione darebbe al negozio una connotazione in chiave di definitività. In via generale in dottrina, sulla contrattazione preliminare con effetti anticipati, si vedano: R. ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, cit., 438; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 87; E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, cit., 313; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, cit., 438; A. LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, cit., 669.

¹²⁷ Nella vasta gamma di fattispecie contrattuali riconducibili alla contrattazione preliminare c.d. ad effetti anticipati vengono assunte come paradigmatiche, ma non esaustive dell'intera casistica, le seguenti: il preliminare di vendita con consegna anticipata del bene e pagamento rateale del prezzo; il preliminare di vendita con pagamento (integrale) anticipato del prezzo pattuito; il preliminare di vendita (di cosa futura) con pagamento del prezzo anticipato ed eventuale consegna anticipata del bene; il preliminare di permuta di area edificabile con appartamento da costruirsi sulla stessa area e consegna anticipata del bene esistente; il preliminare di vendita con clausola per sé o per persona da nominare e pagamento integrale del prezzo. L'elencazione, non esaustiva, dimostra la flessibilità di cui parlavano in premessa. L. BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 224, evidenzia come una tale varietà tipologica renda difficile l'unificazione delle ipotesi diverse di preliminare ad esecuzione anticipata.

¹²⁸ L'accertamento della causa in concreto del preliminare mediante l'interpretazione del contratto tiene conto anche della comune intenzione delle parti desumibile dal comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla conclusione del contratto, ex art. 1362, comma 2, cod. civ. Tale ricostruzione è stata adoperata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, nel 2015 (Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.) a proposito del preliminare di preliminare, quando ritenevano produttivo di effetti l'accordo con il quale le parti si obbligavano alla successiva stipula di un contratto preliminare "formale". Solo nel caso in cui emergeva la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto (basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali) ed era identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare, sussisteva il vincolo. L'indagine volta a considerare se ci si trovi dinanzi a semplici pattuizioni, ovvero ad accordi procedurali di altro genere, doveva essere svolta caso per caso. La causa in concreto, dunque, costituisce il filtro degli interessi delle parti e parametro di riferimento della volontà delle parti, che consente di riconoscere, ad esempio, la pluralità dei contratti preliminari (V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, nota a Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Corr. Giur.*, 2015, 614 s., ma soprattutto C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 421, secondo il quale "la causa assume ancora il ruolo di criterio di qualificazione del contratto. È infatti in base all'interesse concretamente perseguito dalle parti che è possibile inquadrare il contratto nell'ambito degli schemi qualificatori"). La causa del contratto preliminare "è caratteristica, nel senso che essa consiste nella finalità di assicurare, ad una delle parti, o ad entrambe, il mezzo per ottenere la stipulazione di un altro contratto" (C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1561, il quale riporta il pensiero adesivo di L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, s.d., 278, e quello contrario di Romano, secondo il quale "la causa è elemento proprio del contratto definitivo" – S. ROMANO, *Vendita, Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1960, 169, nota 152, p. 47 s.). Infatti, secondo la definizione bettiana, la causa è la funzione economico-sociale del contratto ed è un criterio di controllo dell'autonomia privata dove non rientrano i motivi individuali. La medesima funzione economico-sociale varia a seconda del tipo, ad esempio di credito, di scambio; si tratta dei tipi ammessi dalla coscienza sociale, tipi, quindi, non solo legislativi, ma anche liberi (c.d. tipi sociali). Pertanto, la teoria funzionale della causa, che tiene conto dell'intento pratico delle parti, dell'utilità sociale del contratto la rende applicabile anche alle esigenze moderne. Sulla causa in generale, nella sterminata bibliografia in via esemplificativa si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 171; sulla concezione di Betti: N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; G.B. FERRI, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, Introduzione alla ristampa dell'opera di Betti, Napoli, 1994; IDEM, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1968, 84 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La causa del contratto di società*, in *Dir. fall.*, 1959, I, 13 (il quale ravvisa nella definizione bettiana una conquista della socialità). In particolare, per la causa del contratto preliminare: G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. Treccani*, Torino, 1988, I; C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1560 e 1961.

¹²⁹ Si fa riferimento ai negozi traslativi con causa esterna al contratto definitivo o alle cc.dd. prestazioni traslative isolate.

¹³⁰ G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., 131; M. FARINA, *Contrattazione preliminare*, cit., 146 e 147.



In dottrina e giurisprudenza si discuteva della natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati: si considerava inizialmente come una esecuzione anticipata del definitivo; successivamente come un'obbligazione aggiuntiva che ha un suo titolo diverso da quello della vendita ¹³¹.

In linea di principio la distinzione tra consenso preliminare e consenso definitivo consente di controllare l'operazione economica programmata nel preliminare, mediante la riserva di un margine di libertà che è definito in maniera variegata in ragione della sostanza su cui verte il controllo da svolgersi in sede di stipulazione definitiva, vale a dire se il preliminare non sia eseguibile in forma specifica, se l'operazione sia economicamente conveniente o se le sopravvenienze siano giuridicamente rilevanti (queste ultime al fine di un controllo della esattezza e conformità al pattuito delle prestazioni nel frattempo eseguite) ¹³².

Le sopravvenienze non devono essere tali da impedire che “gli effetti della sentenza realizzino il risultato del contratto definitivo” ¹³³, diversamente se le sopravvenienze o le inesattezze nelle esecuzioni dovessero incidere sulla possibilità dell'esperimento dell'azione *ex art.* 2932 cod. civ., la stessa è accordata ¹³⁴, salvo che le parti, nella loro autonomia contrattuale, non abbiano escluso tale possibilità nel preliminare ¹³⁵.

L'anticipazione degli effetti del definitivo solleva due questioni: la prima, sulla natura obbligatoria del preliminare; la seconda, sulla natura del definitivo ed il suo profilo causale, in quanto il pagamento del prezzo è già avvenuto in sede di conclusione del preliminare.

In ordine alla prima questione, la dottrina ritiene che il preliminare non possa anticipare il trasferimento della proprietà, perché “in tal caso la sequenza preliminare-definitivo, che è l'essenza della figura, perderebbe ogni senso” ¹³⁶, mentre è sempre possibile anticipare la consegna della cosa e pagare l'intero prezzo. In giurisprudenza, invece, è rilevante ai fini della distinzione tra preliminare e definitivo il criterio traslativo: se si è immediatamente verificato si parlerà di definitivo, sebbene le parti concludano un successivo contratto (con valore di semplice riproduzione o ripetizione del primo).

Le Sezioni Unite della Cassazione ¹³⁷, nel decidere (ai fini degli effetti del possesso *ad usucapionem*, in capo al promittente acquirente che abbia conseguito anticipatamente la disponibilità materiale del bene) sull'ammissibilità della tutela in chiave possessoria, hanno stabilito che non determina l'anticipazione degli effetti traslativi la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo e il parziale pagamento del prezzo. Il conseguimento della disponibilità del bene da parte del promissario acquirente rappresenta l'effetto di un contratto di comodato funzionalmente collegato al preliminare di vendita. Il contrasto degli orientamenti precedenti, sempre discordanti ¹³⁸, è stato superato dalla sentenza delle Sezioni Unite mediante il seguente principio: la natura del possesso anticipato, è più una situazione assimilabile alla detenzione, in quanto l'elemento psicologico caratterizzante è individuato nell'*animus rem sibi habendi*, non ad una situazione

¹³¹ Cass., 28 novembre 1976, n. 4478; in *Foro it.*, 1972, I, 669, con nota di A. LENER: la sentenza evidenzia il “trasferimento del godimento” anticipato rispetto al trasferimento della proprietà.

¹³² Cass., 23 novembre 2011, n. 24739, cit.; Cass., 28 luglio 2010, n. 17688, cit.; Cass., sez. un., 1 ottobre 2009, n. 21045, cit., nella quale è specificato che il contratto preliminare trova per lo più giustificazione “nell'esigenza delle parti di consacrare provvisoriamente l'accordo raggiunto, al fine di consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento”.

¹³³ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 193.

¹³⁴ Cass., 11 aprile 2017, n. 9314, cit.

¹³⁵ G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 11; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 194.

¹³⁶ Così V. ROPPO, *Il contratto preliminare*, cit., 659.

¹³⁷ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

¹³⁸ A favore della tutela possessoria: Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 522; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, *Foro it.*, Rep.1994, voce *Usucapione*, n. 4. In senso contrario: Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, *ivi*, 2001, voce *Vendita*, n. 37; Cass., 30 maggio 2000, n. 7142, cit.; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1533, *ivi*, 1996, voce *Possesso*, n. 29; Cass., 14 giugno 1996, n. 5500, cit.



di fatto rilevabile ai fini dell'usucapione. Tale ricostruzione fa riferimento (per distinguere se il godimento di un bene, ricevuto a seguito di una convenzione, sia annoverabile tra il possesso *ad usucapionem* ovvero alla mera detenzione)¹³⁹ al c.d. elemento psicologico della fattispecie possessoria generale: se il contratto realizza effetti reali, il contratto è idoneo a determinare, nel soggetto investito del relativo diritto, *l'animus possidendi*; diversamente se realizza soltanto effetti obbligatori, il contratto è idoneo a determinare, nel soggetto investito del relativo diritto, *l'animus detinendi*. Il presupposto dell'individuazione del tipo di contratto preliminare che le parti hanno inteso porre in essere, dunque, è risolto in termini di *quaestio voluntatis*, con l'esame caso per caso. L'unico limite a questo principio, secondo parte della giurisprudenza, è rappresentato dai contratti che non trasferiscono il godimento del bene, ma la proprietà, in quanto, in tale circostanza, il contratto è concluso in funzione del trasferimento del diritto, con il passaggio immediato del possesso in capo all'acquirente¹⁴⁰.

La dottrina ha variamente definito il preliminare ad effetti anticipati, come vendita già definitiva condizionata o ad efficacia parzialmente differita¹⁴¹.

Nella ricostruzione la Suprema Corte rintraccia, nel collegamento negoziale tra il godimento del bene (contratto di comodato) ed il versamento del prezzo (mutuo gratuito), il meccanismo che consente di descrivere esattamente la fattispecie nelle sue plurime argomentazioni¹⁴², ma esclude la configurabilità di un contratto atipico.

¹³⁹ L'acquirente è qualificato come detentore, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori, pertanto si nega in giurisprudenza il prodursi a suo favore degli effetti acquisitivi del possesso *ad usucapionem*, principio espresso già in Cass., 14 novembre 2006, n. 24290, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *cit.*, n. 13; Cass., 28 giugno 2000, n. 8796, *cit.*; cristallizzato in Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, *cit.*; in senso conforme: Cass., 25 gennaio 2010, n. 1296, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *cit.*, n. 447, in *Nuova giur. civ.* 2010, I, 712, con nota di I. L. NOCERA, *cit.*; Cass., 16 marzo 2016, n. 5211, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Possesso e azioni possessorie*, n. 14; Cass., 22 ottobre 2021, n. 29594, *ivi*, Rep. 2021, voce *cit.*, n. 7; Cass., 20 gennaio 2022, 4936, in <https://www.foroplus.it>. La detenzione del promissario, talvolta, è affermata anche in controversie extrapossessorie: Cass., 11 novembre 1992, n. 12133, in *Foro it.*, 1994, I, 205, con nota di G. LENER, *Immissioni 'intollerabili' e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'actio negatoria*. La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati". Tuttavia, vi sono decisioni a favore del possesso: Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, *ivi*, 2005, voce *Possesso*, n. 15; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, *cit.*; sull'intrasferibilità del possesso disgiunto dal diritto di cui esso costituisca l'esercizio, Cass., 22 aprile 2005, n. 8502, *ibid.*, n. 22; Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, *id.*, 1997, I, 2604; Cass., 8 agosto 1996, n. 7283, *ivi*, 1996, voce *cit.*, n. 27. La prevalente dottrina riconosce in capo al promissario acquirente che sia stato immesso nel godimento anticipato del bene un diritto personale e non reale: A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, *cit.*, 283; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, *cit.*, 170; A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, 49 ss.; R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato Cicerone-Messineo*, Milano, 1988, XXX, 97 ss.

¹⁴⁰ Sul punto si veda M. FARINA, *Contrattazione preliminare*, *cit.*, 164 e ss.

¹⁴¹ G. LENER, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, *cit.*, 669; G.B. PORTALE, *Principio consensualistico*, *cit.*, 938; V. ROPPO, *Il contratto*, *cit.*, 658; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, II, 56. In particolare, F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, XIII, 13, dichiara che "la conclusione del definitivo è un atto dovuto non meno del pagamento, l'unica differenza è che in veste di debitore si presentano entrambi i contraenti", precisa come sia preferibile "subordinare l'efficacia del negozio già perfetto (il preliminare) al compimento dell'atto dovuto".

¹⁴² F. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. not.*, 2001, 723 ss. Sulla categoria del collegamento negoziale, in generale: C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, II, 233; e G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 375 ss. In giurisprudenza sul collegamento negoziale: Cass., 16 giugno 2006, n. 13969, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Vendita*, n. 108; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, *ivi*, 2004, voce *cit.*, n. 309; Cass., 13 giugno 1997, n. 5349, *ivi*, 1997, voce *cit.*, n. 491; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*; 23 marzo 1992, n. 3587, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Locazione*, n. 102.



In ordine al secondo problema, vale a dire la natura del definitivo ed il suo profilo causale (tenuto conto che il pagamento del prezzo è già avvenuto in sede di conclusione del preliminare) sussisterebbe una ragione giustificativa del trasferimento nella *causa paeterita*, rinvenibile nello scambio del prezzo già pagato o una *causa solvendi*, rinvenibile nell'adempimento dell'obbligazione di trasferire, creata dal preliminare¹⁴³.

Entrambe le parti traggono dei vantaggi dall'esecuzione anticipata delle prestazioni: il promittente venditore realizza il corrispettivo pattuito, contestualmente conserva la proprietà del bene ed, infine, è tutelato dall'inadempimento dell'altra parte; il promissario acquirente, in considerazione della anticipata disponibilità del bene, ha la possibilità di poter accertare la conformità alla promessa prima del trasferimento, ed in presenza di difformità può rifiutare di stipulare il contratto finale o di ricorrere *ex art. 2932 cod. civ.*, con contestuale pretesa all'eliminazione dei vizi o alla riduzione del prezzo¹⁴⁴.

Le argomentazioni che precedono consolidano il convincimento che il contratto preliminare sia configurabile quale vero e proprio contratto, che mantiene la propria autonomia funzionale e strutturale¹⁴⁵, all'interno dell'operazione economica che si chiude con il definitivo al quale il preliminare obbliga. All'interno di questo schema negoziale complesso il promissario acquirente è in una posizione temporanea, non equivalente a quella dell'acquirente, ma assimilabile alla stessa, e, secondo la giurisprudenza, tale posizione consente di poter attribuire allo stesso una tutela simile a quella dell'acquirente, ammettendo per lo stesso l'impugnabilità immediata del regolamento di interessi.

Altra questione dibattuta in ordine al preliminare di vendita ad effetti anticipati ai fini della tutela effettiva del promissario acquirente è quella relativa alla carenza di concessione edilizia prevista dalla l. 47/85, per la quale, come già accennato nel paragrafo precedente, non potrà essere pronunciata una sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*, in ragione della carenza di un requisito essenziale, che la legge prescrive per la validità del definitivo (*ex art. 17 della medesima legge*, così come sostituito dall'art. 46, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) ai fini del trasferimento del bene; infatti, in caso di assenza assoluta di concessione edilizia, il contratto preliminare sarà nullo per carenza di un elemento essenziale del contratto¹⁴⁶, salva la possibilità in sede giudiziaria di produrre tale documentazione. Nel caso di concessione edilizia rinvenibile da altra documentazione sussistono due ipotesi a seconda che la stessa sia stata richiamata nel preliminare e prodotta o meno in giudizio: nel primo caso il contratto sarà valido, in quanto l'elemento essenziale è rinvenibile *per relationem*, diversamente, in caso di rinvio a documentazione non prodotta in giudizio, il contratto sarà nullo¹⁴⁷.

Nel caso di concessione in sanatoria occorrerà, ai fini della validità del preliminare, allegare la relativa domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione, così come prescritto dalla legge; diversamente il giudice non potrà "pronunciare la sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 cod. civ., perché l'art. 40, comma

¹⁴³ V. ROPPO, *Il contratto preliminare*, cit., 659.

¹⁴⁴ Sul punto si è già parlato al paragrafo precedente.

¹⁴⁵ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 469.

¹⁴⁶ Cass., 28 agosto 2020, n. 18043, cit.; Cass., 22 maggio 2008, n. 13225, in *Foro it.*, Rep., 2017, voce *Vendita*, n. 83; in *Immobili & dir.*, 2009, fasc. 4, 63, con nota di M. DE TILLA, *Contratto traslativo nullo in assenza di concessione edilizia* e in *Giust. civ.*, 2009, I, 180; in *Riv. not.*, 2008, 1422.

¹⁴⁷ Cass., 19 novembre 2020, n. 26351, cit.; Cass., 20 novembre 2007, n. 24150, in *Foro it.*, Rep. 2007, cit. In dottrina, sul punto, si rinvia alle riflessioni di S. MONTICELLI, *Sulla natura "equivoca" della nullità degli atti traslativi di immobili abusivi*, in *Jus civile*, 2019, 35, specialmente nota 11.



2, l. n. 47 del 1985, richiede che le predette dichiarazioni o allegazioni siano presenti, a pena di nullità, per la stipulazione degli atti tra vivi, aventi per oggetto diritti reali (che non siano di servitù o di garanzia) relativi ad edifici o loro parti”¹⁴⁸.

La questione si inserisce nel più ampio dibattito in ordine alla natura della nullità dei contratti di compravendita di beni immobili in violazione delle norme in materia di urbanistica ed edilizia (art. 46, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e artt. 17, e 40, comma 2, della l. 28 febbraio 1985, n. 47) per la quale si sono espresse le Sezioni Unite con sentenza del 22 marzo 2019, n. 8230¹⁴⁹. Le stesse sono state chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale tra la natura “sostanziale” e quella “formale”¹⁵⁰ della nullità, desumibile dalle predette norme e a definire “il perimetro di irregolarità urbanistica rilevante ai fini della declaratoria della nullità suddetta”¹⁵¹ ed hanno stabilito il principio per cui la nullità comminata dall’art. 46 d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 l. n. 47 del 1985 colpisce gli atti tra vivi a effetti reali nei soli casi in cui negli stessi non siano menzionati gli estremi del titolo abilitativo dell’immobile ovvero se la menzione è falsa, perché riferita a un titolo che non esiste realmente o non riguarda quell’immobile. Inoltre, affermano le Sezioni Unite, la predetta nullità va ricondotta nell’ambito del comma 3 dell’art. 1418 cod. civ. e va a qualificarsi come nullità “testuale”, nel senso che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono e va a sanzionare l’assenza, in detti atti, degli estremi della concessione edilizia. Tale titolo deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio a quell’immobile, sebbene non sia rilevante ai fini dell’invalidità del contratto, la difformità tra il titolo e la costruzione realizzata in base a detto titolo¹⁵².

Questa soluzione, tuttavia, sembra non tutelare appieno il promissario acquirente, il quale potrebbe venire a conoscenza dell’abuso edilizio solo in sede di contratto definitivo, in quanto la norma prevede tale adem-

¹⁴⁸ Cass., 22 gennaio 2018, n. 1505, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *cit.*, n. 318; Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Foro it.*, 1997, I, 745; in *Vita not.*, 1997, 257; in *Giust. civ.*, 1997, I, 1550 e in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, 680; Cass., 3 aprile 1987, n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, 1226. A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 478.

¹⁴⁹ Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, con nota di C. NATOLI, *La natura «testuale» della nullità urbanistica*; in *Foro it.*, 2019, I, c. 2791 ss., con nota di C. DE LORENZO, *Le c.d. «nullità edilizie» e le sezioni unite: cosa resterà di quegli anni 80?*; ivi, c. 2795 ss., con nota di M. SINISCALCHI, *Né formale né sostanziale ma testuale. Che cosa cambia per la nullità «urbanistica» dopo le sezioni unite 22 marzo 2019, n. 8230?*; in *Contratti*, 2019, 534 ss., con nota di G. ORLANDO, *Le SS.UU. sulla circolazione degli edifici abusivi. Note minime sulle nullità documentali “non formali”*; in *Notariato*, 2019, 267 ss., con nota di F. MAGLIULO, *Le menzioni urbanistiche negli atti traslativi: quale nullità?*; in *Corr. giur.*, 2019, 862 ss., con nota di V. CARBONE, *Nullità del contratto*; in *Riv. not.*, 2019, 341 ss., con nota di C. CICERO e A. LEUZZI, *Le nullità delle menzioni urbanistiche negli atti traslativi*; in *Riv. giur. edil.*, 2019, I, 629 ss., con nota di F. BOCCHINI, *Alienazione di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*; in *Urb. app.*, 2019, 496 ss., con nota di E. AMANTE, *Le Sezioni Unite compongono il contrasto sulla nullità formale o sostanziale dell’art. 46, d.P.R., n. 380 del 2001*.

¹⁵⁰ Sulla natura “sostanziale” o “formale” della nullità degli atti aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili qualora gli stessi siano carenti dei requisiti richiesti dalle leggi urbanistiche, si rinvia alle argomentazioni critiche di S. MONTICELLI, *Sulla natura “equivoca”*, cit., 27; ID., *Vizi del titolo edilizio e incidenza sull’attività notarile*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 2, 602, soprattutto nota n. 3. Sul dibattito nullità “formale” o “sostanziale” in argomento in via esemplificativa: G. ALPA, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge di condono edilizio*, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, II, 92; A. CATAUDELLA, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1991; C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986; G. SANTARCANGELO, *Condono edilizio. Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Giuffrè, 1991, 131 ss.; P. ZANELLI, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1236 ss., ID., *Commento all’art. 40 della legge n. 47/1985*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, 1238.

¹⁵¹ S. MONTICELLI, *Vizi del titolo edilizio*, cit., 602.

¹⁵² Il principio enunciato dalle Sezioni Unite non convince pienamente S. MONTICELLI, *Vizi del titolo edilizio*, cit., *passim*, il quale critica soprattutto la mancata delineazione di quel “perimetro di irregolarità urbanistica rilevante ai fini della declaratoria della nullità” e che la soluzione prospettata dalle stesse non chiarisca il “quadro equivoco” e non tuteli pienamente l’acquirente in buona fede.



pimento solo per gli atti traslativi, non anche per quelli obbligatori, come il contratto preliminare¹⁵³. La questione si complica maggiormente se vi è un'anticipazione degli effetti del contratto definitivo ed il promissario acquirente viene immesso nel possesso del bene costruito senza la concessione edilizia ovvero in maniera difforme alla stessa, il quale non potrà esercitare neppure il rimedio risarcitorio¹⁵⁴.

Questione analoga, si ravvisa anche nei preliminari in cui manchi l'indicazione della certificazione di agibilità dell'immobile oggetto del contratto¹⁵⁵. Secondo la recente giurisprudenza, la mancata consegna o il mancato rilascio del certificato di abitabilità (o agibilità) ovvero l'insussistenza delle condizioni perché tale certificato venga rilasciato, non generano nullità del contratto, ma integrano un inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio*, "adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, salvo che quest'ultimo non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza"¹⁵⁶. Inoltre, la mancata consegna del certificato di abitabilità non determina automaticamente la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del venditore, in quanto sarà necessario accertare la gravità di tale omissione in relazione al godimento e alla commerciabilità del bene. Infatti, se, la mancanza dovesse essere grave e dipendere dall'assenza di concessione edilizia, ovvero da difformità edilizie rispetto al progetto originario non sanate, si potrà richiedere la risoluzione giudiziale; diversamente se, in sede giudiziale, si accertati che le mancanze siano sanate (a seguito della presentazione della domanda di concessione in sanatoria, del pagamento di quanto dovuto e del formarsi del silenzio-assenso sulla relativa domanda), tale da non compromettere il godimento dell'immobile promesso in vendita, la risoluzione non potrà essere pronunciata¹⁵⁷. Inoltre, l'eccezione di inadempimento determinata dalla mancanza non grave del certificato di abitabilità non può essere proposta qualora risulti che il promissario acquirente era a conoscenza di tale situazione¹⁵⁸. Tale conoscenza, tuttavia, non costituisce espressa rinuncia da parte del promissario acquirente ad ottenere tale certificazione in sede di contratto definitivo¹⁵⁹.

¹⁵³ Sul punto si veda S. MONTICELLI, *Vizi del titolo edilizio*, cit., 614, il quale sostiene che "non può escludersi che, in pratica, la parte acquirente acquisisca contezza del titolo edilizio indicato nell'atto solo al momento del rogito e non prima. Di qui l'obiettivo difficoltà per l'acquirente di fare le verifiche del caso in ordine all'inerenza del titolo al cespite acquistato".

¹⁵⁴ S. MONTICELLI, *Sulla natura "equivoca"*, cit., 27, il quale evidenzia che il quadro normativo sia "equivoco", in quanto, sebbene predisposto dal legislatore per arginare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, rendendo, con la nullità, incommerciabili gli immobili privi di concessione edilizia, in realtà porterebbe all'aberrante risultato di non tutelare l'acquirente in buona fede, che si vedrebbe privato persino della possibilità di ricorrere al rimedio risarcitorio (in particolare 43-45), se venisse accolta la tesi "sostanzialista", introdotta con le sentenze gemelle della Cassazione nel 2013 (Cass., 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 181 ss., con nota di M. NICOLINI, *Irregolarità urbanistiche e invalidità del contratto*, e Cass., 17 ottobre 2013, n. 28194, in *Urb. app.*, 2014, 645 ss., con nota di D. LAVERMICCOCA, *La nullità del preliminare di vendita per irregolarità urbanistica dell'immobile*).

¹⁵⁵ S. MONTICELLI, *Agibilità dell'immobile e tutela delle parti*, in *Jus civile*, 2022, 6, 1387.

¹⁵⁶ Cass., 5 giugno 2020, n. 10665, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce cit., n. 385; Trib. Gela, 6 febbraio 2018, *id.*, Rep. 2018, voce cit., n. 355; in *www.lanuovaproceduracivile.com* 2018, il quale afferma che la mancata consegna dei certificati di abitabilità o agibilità e conformità alla concessione edilizia "giustifica la risoluzione del contratto preliminare di compravendita per inadempimento di non scarsa importanza imputabile al promittente venditore, avendo l'acquirente interesse ad ottenere la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico sociale e a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto, e cioè la fruibilità e la commerciabilità del bene, per cui i predetti certificati devono ritenersi essenziali". Ai fini dell'agevolazione sulla prima casa, la mancata stipula entro l'anno del contratto definitivo a causa del ritardo nel rilascio della certificazione di abitabilità, non potrà costituire causa di forma maggiore, in quanto "un contratto preliminare di vendita...non ha efficacia reale, ma meramente obbligatoria" e, ai fini della predetta agevolazione fiscale, è rilevante il solo contratto di trasferimento dei beni, vale a dire il definitivo (Comm. Trib. Lombardia, 20 marzo 2014, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, 877).

¹⁵⁷ Cass., 5 dicembre 2017, n. 29090, *id.*, Rep. 2017, voce cit., n. 400, in *Vita not.* 2018, 299; in *Nuova giur. civ.*, 2018, 833, con nota di M. CAPECCHI, *Compravendita di immobile privo di agibilità: quali rimedi?*

¹⁵⁸ Cass., 12 novembre 2013, n. 25427, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 422, la quale stabilisce che "il presupposto dell'obbligo che



Il preliminare, dunque, rappresenta la causa giustificatrice dell'operazione economica¹⁶⁰, pertanto, nel caso di mancato perfezionamento della vendita, il promittente può esercitare, nei limiti di cui alle ultime riflessioni, l'azione restitutoria con eventuale richiesta di risarcimento del danno, non venendo meno il titolo in forza del quale si detiene la cosa. Se, diversamente, il definitivo viene concluso e si perfeziona il trasferimento del bene l'ex promittente venditore non potrà pretendere il corrispettivo o l'indennizzo per l'occupazione *medio tempore*, da lui consentita, in quanto la detenzione non è autonoma, ma è stata concordata tra le parti quale accessorio nell'ambito del rapporto contrattuale¹⁶¹.

8. – L'azione ex art. 2932 cod. civ. e la trascrizione della relativa domanda (limitatamente ai preliminari aventi ad oggetto beni immobili e mobili registrati) si sono mostrate, nel tempo, insufficienti a tutelare le parti, tanto da richiedere l'intervento legislativo a più riprese mediante una serie di novelle, a partire dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modifiche dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30. Questa ultima ha introdotto, tra gli altri, l'art. 2645-bis cod. civ. (il quale prevede, limitatamente ad alcuni tipi di contratti, la trascrizione del preliminare, con effetto prenotativo su eventuali alienazioni future del medesimo bene da parte del promittente alienante), l'art. 2775-bis (privilegio del promissario acquirente), art. 2825-bis cod. civ. (ipoteca relativa al credito connesso al contratto preliminare) ed un ulteriore comma all'art. 72 l.f. (“[q]ualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ. e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775-bis cod. civ. a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento»); sia mediante la normativa di settore con il d.lgs., 20 giugno 2005, n. 122 (*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210*), il d.lgs., 9 gennaio 2006, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*), il d.lgs., 12 settembre 2007, n. 169 (*Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai*

l'art. 1477, ultimo comma, c.c., pone a carico del venditore (e non del promittente venditore) di consegnare i documenti relativi all'uso della cosa venduta, è che tali documenti siano necessari all'uso della medesima e si trovino in possesso del venditore, il quale, in caso negativo, dovrà curarne la formazione al momento della conclusione del contratto, sicché, in caso di preventiva conclusione del contratto preliminare, è necessario che tali documenti siano acquisiti e consegnati al promissario acquirente all'atto della stipula del contratto definitivo di vendita”.

¹⁵⁹ S. MONTICELLI, *Agibilità dell'immobile e tutela delle parti*, cit., 1390, il quale nel richiamare il principio espresso dalla Cassazione (Cass., 20 maggio 2020, n. 9226, in Guida al diritto, 2020, 27, 85), per cui “un contratto preliminare, dell'assenza del certificato di abitabilità/agibilità, non potesse intendersi quale espressa rinuncia da parte del promissario acquirente ad ottenere detta certificazione alla stipula dell'atto di vendita”, sostiene che non si possa parlare di rinuncia tacita da parte del promissario acquirente, il quale fosse a conoscenza dell'assenza della certificazione di abitabilità, “poiché l'effetto traslativo consegue al contratto definitivo ed in tale momento sorge il diritto dell'acquirente ad ottenere la certificazione in questione... Ciò rende fortemente consigliabile alla parte promittente venditrice, che abbia consapevolezza che la certificazione in oggetto non potrà essere rilasciata nelle more della stipula del contratto definitivo, né successivamente, di esplicitare alla promittente acquirente tale carenza ed a impegnarsi nella futura vendita solo se nel contratto preliminare stesso o in un patto aggiunto coevo vi sia l'espressa rinuncia del promittente acquirente al diritto in questione anche con riferimento al momento perfezionativo del definitivo”.

¹⁶⁰ A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 936.

¹⁶¹ C. SASSO, *Il contratto preliminare*, cit., 1549, che riporta Cass., 7 luglio 1967, n. 1689, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1606.



sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80), che ha novellato l'art. 67 e nuovamente l'art. 72 l.f.

L'intervento legislativo, tuttavia, non è riuscito a risolvere del tutto le questioni nuove, sorte nella prassi, ed ha impegnato gli studiosi in una ricostruzione della figura in generale ed in una rimodulazione del tipo contrattuale, soprattutto in relazione all'esecuzione specifica, di cui ci siamo occupati nel dettaglio nel paragrafo precedente.

Da ultimo con il d.lgs., 12 gennaio 2019, n. 14, convertito in l. 19 ottobre 2017, n. 155, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che è entrato in vigore, per alcuni aspetti, il 15 agosto 2020, e per altri aspetti al 15 luglio 2022 il legislatore ha cercato di uniformare la disciplina dei rapporti scaturenti dai preliminari conclusi prima della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, concentrando prevalentemente la disciplina all'art. 173 c.c.i.i.

Ma, tornando alla trascrizione del preliminare di vendita di beni immobili, si esaminerà brevemente l'aspetto relativo alla tutela accordata al promissario acquirente di beni immobili o mobili registrati.

La trascrizione del preliminare,¹⁶² con la previsione nell'art. 2645-bis cod. civ.¹⁶³, fa sorgere il privilegio speciale *ex art. 2775-bis* ed ha, al pari della trascrizione della domanda giudiziale dell'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, un effetto prenotativo¹⁶⁴, in quanto “per effetto della trascrizione del preliminare, la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che accoglie la domanda giudiziale ‘prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare’”¹⁶⁵, quindi, gli effetti della trascrizione del definitivo (o sentenza costitutiva) retroagiscono fino alla data dell'atto iniziale, sostanzialmente la trascrizione anticipa (prenota) gli effetti del definitivo¹⁶⁶, rendendolo opponibile ai terzi, che *medio tempore* abbiano trascritto¹⁶⁷.

L'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare perde valore¹⁶⁸ “se entro tre anni non è trascritto o il contratto definitivo o un altro atto che costituisca adempimento del contratto preliminare” (art. 2645-bis, comma 3, cod. civ.) ed è questo il tratto distintivo della “prenotazione” derivante dalla trascrizione del preliminare, rispetto alla trascrizione delle domande giudiziarie, la quale rappresentava una tutela “assai debole soprattutto nel caso di preliminari conclusi direttamente con imprese di costruzioni” in ragione di un eventuale fallimento dell'impresa medesima¹⁶⁹. La *ratio* della norma risiederebbe “sull'esigenza di non sottrarre

¹⁶² Negata in precedenza dalla dottrina: L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1966, sub art. 2643, 63, 64, il quale, nel riportare il pensiero di Pugliatti (nota 2), evidenzia l'impossibilità di poter trascrivere un contratto privo di efficacia reale, anzi, qualora fosse trascritto, non conferirebbe “alcuna maggiore efficacia all'impegno che le parti hanno assunto”, in quanto il promittente venditore “conserva il pieno potere di disposizione sulla cosa”; MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 178; L. MONTESANO, *Obbligazione e azione*, cit., 1194; IDEM, *Obbligo a contrarre*, cit., 509; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 34, ritiene che la trascrizione del preliminare, se effettuata “è nulla”; in senso contrario solamente F. ROMANO, *Diritto ed obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 124.

¹⁶³ La trascrizione è prevista per i contratti indicati nell'art. 2643 n. 1, 2, 3, 4 c.c.; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, cit., 480 e 481, dove sono indicate nello specifico i contratti preliminari che rientrerebbero nelle fattispecie trascrivibili.

¹⁶⁴ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 481; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 529; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 305.

¹⁶⁵ A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 38.

¹⁶⁶ F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, cit., 286; L. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, 12; PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1989, 432; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973, 93.

¹⁶⁷ Per una rapida ricostruzione della situazione *ante* riforma: V. ROPPO, *Il contratto preliminare*, cit., 671 e 672.

¹⁶⁸ Si parla di “mera provvisorietà degli effetti derivanti dalla pubblicità dei contratti immobiliari”: R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, cit., 1811.

¹⁶⁹ R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, cit., 1811, il quale, nel concentrare la sua analisi sui preliminari di compravendita immobiliare, specifica che la tutela del promissario acquirente di immobile, che abbia concluso un preliminare di vendita direttamente



troppo a lungo alla libera circolazione e altresì alle legittime aspettative dei creditori del promittente alienante l'immobile promesso in vendita"¹⁷⁰, ovvero di tutelare, in ragione della sua limitata applicabilità a contrattazione immobiliare, "una certa categoria di contraenti, portatori di interessi ritenuti meritevoli di tutela"¹⁷¹. Si ritiene in dottrina che detto termine sia di decadenza, non di prescrizione.

Parte della dottrina critica la novella del '97, vista come un tentativo di "normalizzazione" degli effetti del contratto preliminare¹⁷², un solo capitolo della "storia infinita" del contratto preliminare e delle tensioni in esso sottintese¹⁷³.

Invero, in dottrina è stata esaminata, in alternativa all'azione *ex art.* 2932 cod. civ. ed alla trascrizione del contratto preliminare (per il quale viene "approntata una disciplina che, ben lungi dal consentire al promissario acquirente il conseguimento del bene immobile (-casa), gli garantisce, più limitatamente la possibilità di uscire dalla fase patologica", anche una "tutela preventiva"¹⁷⁴) la tutela inibitoria del diritto al contratto¹⁷⁵. Questa ultima troverebbe il suo fondamento nella natura obbligatoria¹⁷⁶ del contratto preliminare che la renderebbe assimilabile ad altre situazioni obbligatorie per la quali l'ordinamento riconosce una tutela inibitoria¹⁷⁷. Tale applicazione garantirebbe maggiore protezione alla parte adempiente nel rapporto contrattuale, soprattutto in quella fase intermedia che va dalla conclusione del preliminare alla conclusione del definitivo. Solitamente, in questa fase, il promissario acquirente non può impedire, con gli strumenti specifici apprestati dal codice civile, che si verifichi l'inadempimento¹⁷⁸; diversamente, grazie all'estensione della tutela inibitoria in questa fase¹⁷⁹ anche al preliminare, il medesimo promissario acquirente potrebbe evitare di giungere "all'alterazione irreversibile della situazione prevista dal contratto preliminare"¹⁸⁰, senza dover attendere

con imprese di costruzione, è maggiormente tutelato dalla novella in esame, in quanto ai fini della trascrizione è necessario indicare la quota dei millesimi dell'immobile da costruire, che spetterebbe al promissario acquirente.

¹⁷⁰ A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 47 ed in particolare richiami di dottrina in nota n. 96.

¹⁷¹ V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 306.

¹⁷² A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 132.

¹⁷³ A. DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., 131.

¹⁷⁴ L. GATT, *Tutela inibitoria del diritto al contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Massimo Bianca*, vol. 208/3, Milano, 270. Secondo l'A. la tutela inibitoria propria di alcune categorie di carattere generale del "diritto al contratto", nella quale rientrerebbe, tra le figure rilevanti, il contratto preliminare potrà essere applicata anche a questo ultimo. In particolare, il contratto preliminare in ragione della sua natura obbligatoria ("fa sorgere l'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo") può essere definito anche come "il diritto al contratto definitivo".

¹⁷⁵ *Ibid.*, 278.

¹⁷⁶ Nel contratto preliminare sorgerebbe una situazione passiva di obbligo ed una attiva di credito, la cui violazione (non concludere il contratto definitivo) costituisce inadempimento contrattuale e dà luogo alla responsabilità contrattuale, *Ibid.*, 273 e ivi note di richiami, in particolare n. 8.

¹⁷⁷ E tale impostazione, se confrontata ad altre "posizioni di diritto ed obbligo" (quali, ad esempio, le fattispecie di obblighi a contrarre, monopoli legali, trasporti pubblici di linea...) può essere uniformata in via analogica alla tutela preventiva offerta dal nostro ordinamento per la categoria del "diritto al contratto", pertanto, potrà essere ammissibile anche per il contratto preliminare uno strumento di tutela a contenuto inibitorio del diritto al contratto definitivo, *Ibid.*, 278.

¹⁷⁸ L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto è vista come una tutela che "mira a prevenire l'inadempimento cosiddetto definitivo, o irreversibile, salvaguardando l'interesse del creditore a conservare il bene oggetto del contratto nella situazione di fatto e di diritto in cui si trovava", *Ibid.*, 288.

¹⁷⁹ Nella ricostruzione della tutela occorrerà ragionare "sulla possibilità di esperire, già nella fase interinale, i rimedi offerti dall'ordinamento contro l'inadempimento dell'obbligazione principale", dunque, "lo strumento di tutela a carattere preventivo verrebbe ad inserirsi tra i rimedi contro l'inadempimento definitivo dell'obbligazione principale" *Ibid.*, 290.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 284, dove si evidenzia la vulnerabilità del rimedio *ex art.* 2932 cod. civ. in generale determinata dal limite alla possibilità ("qualora sia possibile") ed alla volontà delle parti ("e non sia escluso dal titolo") ed, in particolare, nel caso in cui il preliminare non sia trascritto o non sia trascrivibile.



l'inadempimento¹⁸¹ per poter agire sia per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto *ex art. 2932 cod. civ.* sia per il risarcimento del danno¹⁸². L'azione inibitoria, infine, potrà essere persino applicata anche nel caso in cui la lesione non promani dalla controparte ma da un terzo con dolo¹⁸³. In ordine all'applicazione in concreto della tutela inibitoria “non occorrerà tanto guardare alla natura del diritto ma al tipo e alle modalità della violazione e al concreto pericolo che essa abbia a ripetersi”¹⁸⁴.

Tuttavia, nella prassi, si è reso necessario l'intervento del legislatore, in quanto la trascrivibilità del preliminare, come detto, non ha, nel tempo, attribuito al promissario acquirente una tutela completa ma parziale: non ha liberato questo ultimo dal rischio di inadempimento (soprattutto dalle conseguenze del fallimento) del promittente venditore-costruttore. Infatti, come evidenziato in precedenza, la tutela specifica in caso di inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto definitivo *ex art. 2932 cod. civ.*, che consente alla parte adempiente, in caso di inadempimento della controparte, di adire il giudice per ottenere in proprio favore “una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”, si è rivelata non idonea a tutelare la parte che ha subito il fallimento del venditore-costruttore, in quanto il regime particolare della procedura fallimentare inibisce allo stesso di esperire il rimedio *ex art. 2932 cod. civ.* Secondo un principio pacifico in dottrina¹⁸⁵, che discende da un'interpretazione estensiva dell'art. 72 l. fall. *ante riforma*¹⁸⁶, il curatore ha il potere di decidere sulla conclusione o meno del definitivo. Infatti, secondo tale disposizione il curatore fallimentare aveva il potere di scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto non ancora eseguito, ma concluso prima della dichiarazione di fallimento¹⁸⁷. In caso di scelta, da parte del curatore, di concludere il definitivo (come

¹⁸¹ Ai fini della valutazione dell'inadempimento saranno prese in considerazione le attività preparatorie della prestazione oggetto del definitivo, vale a dire se la parte “abbia compiuto la necessaria attività preparatoria”, che, rientrando nel contenuto del rapporto obbligatorio, deve essere eseguita con diligenza; “eventuali comportamenti omissivi e commissivi dell'obbligato a contrarre, idonei a renderlo incapace di adempiere la prestazione non costituiscono inadempimento di un'obbligazione negativa autonoma ma violazione dell'obbligazione principale”. In tale ottica sarà possibile agire giudizialmente per inibire al debitore di compiere atti idonei “a produrre il ‘rischio specifico’ dell'inadempimento”, *Ibid*, 293 e 295, soprattutto nota 88, dove viene richiamata la legislazione inglese ed americana.

¹⁸² La tutela inibitoria troverebbe il suo fondamento nel pensiero di A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e risarcimento*, in *Foro it.*, 1983, II, V, 129 e 130, il quale evidenzia la necessità di apprestare delle tutele non mediante *actiones*, vale a dire azioni tipiche, ma mediante “azioni atipiche” più improntate al diritto soggettivo, vale a dire a “garantire a tutti coloro che si affermino titolari di un diritto sostanziale, riconosciuto come tale dall'ordinamento la possibilità di ricorrere alla giurisdizione statale indipendentemente da una previsione che attribuisca a quel singolo diritto...il diritto di agire in giudizio a tutela del diritto sostanziale che si assuma violato o minacciato”; in particolare per la tutela *ex art. 2932 cod. civ.* richiama le contrapposte visioni di Chiovenda e Coviello, il primo processualista e, pertanto, favorevole a forme di azioni atipiche, il secondo civilista e più incline alle forme codicistiche di tutela specifica-tutela risarcitoria. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, *id.*, 1989, III, V, 139, nel richiamare Proto Pisani, ritiene che “il piano da cui occorre muovere è invece quello dei bisogni (di tutela), diritti edittalmente previsti, anche se questi bisogni dovranno necessariamente raccordarsi ad interessi, «giustiziabili». L'angolo, dunque, di visuale non è più, per «neutrale» giacché in esso si assume che il bisogno o debba essere giuridicamente riconosciuto e non dire risultare «neutralizzato» o vanificato dentro tecniche di tutela”.

¹⁸³ L. GATT, *Tutela inibitoria*, cit., 307.

¹⁸⁴ A. DI MAJO, *Forme e tecniche*, cit., 141.

¹⁸⁵ F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 187.

¹⁸⁶ A seguito dell'attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155, con l'emanazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in G.U. 14 febbraio 2019, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che è entrata in vigore, salvo pochi articoli, decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione, ovvero il 15 agosto 2020, l'art. 72 l. f. è stato trasfuso con modifiche nell'art. 172 codice della crisi di impresa. In particolare, nel nuovo articolo è stata stralciata la disposizione che estendeva l'applicazione del comma 1 al contratto preliminare (comma 3, art. 72 l. f.) e quella che autorizzava il contraente, in caso di inadempimento, a far valere il suo credito nel passivo (comma 4, art. 72 l. f.).

¹⁸⁷ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 418; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 187; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289.



atto dell'amministrazione fallimentare), la controparte non poteva rifiutare. Se decideva di adempiere alle obbligazioni del fallito, il curatore, poteva, in caso di inadempimento della controparte esperire l'azione *ex art. 2932 cod. civ.*, mentre in caso di inadempimento del curatore, l'altra parte non poteva esperire la predetta azione esecutiva contro il fallimento, in quanto era inibita ogni azione esecutiva individuale (art. 51 l. fall.) ed il "curatore non succede negli obblighi del fallito"¹⁸⁸.

La giurisprudenza seguiva questa impostazione, escludendo l'esperibilità del rimedio *ex art. 2932 cod. civ.*, per le medesime ragioni¹⁸⁹.

L'unico rimedio che poteva relativamente inibire l'azione del curatore di sciogliere il contratto ai sensi dell'art. 72 l. fall. e garantiva in caso di accoglimento, l'opponibilità alla massa dei creditori, era la trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 cod. civ.* prima della dichiarazione di fallimento¹⁹⁰. Tuttavia, il curatore poteva comunque esercitare il potere di scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto *ex art. 72 l. fall.*¹⁹¹.

Tale potere di scioglimento riconosciuto al curatore *ex art. 72 l. fall.* era da intendersi in via di eccezione nella "natura di eccezione in senso proprio nel giudizio di esecuzione in forma specifica del contratto stesso promosso, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., dalla controparte, ed era idonea a sottrarre il rapporto oggetto della controversia al suo schema legale tipico"¹⁹² e poteva essere esercitato dal curatore anche per la prima volta in appello¹⁹³ e sino al passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*¹⁹⁴.

Se falliva il promittente venditore, si applicava l'art. 72, comma 4, l. fall., il quale prevedeva in capo al curatore, nel caso di preliminare perfetto ma non ancora eseguito, il potere di scelta, sopra detto, anche dopo il pagamento del prezzo pattuito per il contratto definitivo non rilevando che "la domanda, inerendo a bene immobile, sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, ovvero che il promissario abbia già pagato od offerto il pagamento del prezzo, posto che la suddetta facoltà di scelta viene meno solo con il passaggio della proprietà della cosa al compratore"¹⁹⁵. In tale circostanza, inoltre, era inibita persino la proposizione dell'azione *ex art. 2932 cod. civ.*¹⁹⁶, sebbene fosse consentita, secondo dottrina e giurisprudenza, la riassunzione del processo contro il curatore, il quale poteva agire in via di eccezione *ex art. 72, comma 4, l. fall.*¹⁹⁷.

Qualora fosse stato proposto un concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168 l. fall.¹⁹⁸ il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali previsto, nel concordato preventivo, dall'art. 168 l. fall., non si applicava all'azione *ex art. 2932 cod. civ.*¹⁹⁹.

¹⁸⁸ F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 187; A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289.

¹⁸⁹ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 418.

¹⁹⁰ Cass., 8 luglio 2010, n. 16160, in *Immobili & dir.*, 2010, fasc. 9, 48, con nota di A. CIRLA, *La validità del preliminare in caso di edilizia residenziale pubblica*.

¹⁹¹ Cass., 11 novembre 1991, n. 12033, in *Fallimento*, 1992, 151; in *Dir. fallim.*, 1992, II, 491; Cass., 16 novembre 1989, n. 4887, in *Fallimento*, 1990, 400; in *Dir. fallim.*, 1990, II, 353.

¹⁹² Tale principio ripreso dalla giurisprudenza Cass., 16 gennaio 2003, n. 582, in *Fallimento*, 2003, 840, era stato già elaborato in sede dottrinale: S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica*, cit., 418, in particolare nota 196, che richiama Andrioli.

¹⁹³ Cass., 18 gennaio 1995, n. 518, in *Fallimento*, 1995, 766; in *Dir. fallim.*, 1995, II, 540; Cass., 2 marzo 1993, n. 2577, *id.*, 1993, II, 830; in *Fallimento*, 1993, 714.

¹⁹⁴ Cass., 16 maggio 1997, n. 4358, in *Dir. fallim.*, 1998, II, 64; in *Fallimento*, 1998, 143; Cass., 15 novembre 1995, n. 11824, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1720.

¹⁹⁵ Cass., 29 marzo 1989, n. 1497, in *Fallimento*, 1989, 891; in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1859; *Dir. fallim.*, 1989, II, 1096.

¹⁹⁶ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, cit., 187.

¹⁹⁷ A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., 289.

¹⁹⁸ Il nuovo Codice della Crisi di Impresa ha rimodulato completamente la materia del concordato preventivo, inserendolo nell'ambito delle "Misure cautelari e protettive" (art. 54 e ss.).



La questione più spinosa atteneva ai preliminari di immobili da costruire²⁰⁰. In ragione della scarsa tutela accordata dalla trascrizione del preliminare in caso di insolvenza del costruttore²⁰¹ è stato emanato d.lgs. 122/05, il quale all'art. 2 prevedeva che il costruttore dovesse prestare, a pena di nullità²⁰² del contratto, una garanzia fideiussoria da consegnare alla controparte non più tardi della stipula di un contratto volto al trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità²⁰³.

Si evidenzia che, secondo la *ratio legis* (vale a dire, garantire la restituzione di quanto versato o di quanto sarà versato) è tutelato il solo interesse negativo dell'acquirente a non perdere quanto pagato al costruttore ma non l'interesse positivo del medesimo alla realizzazione e al trasferimento dell'immobile²⁰⁴, non anche l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale. Infatti, l'importo della fideiussione è corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso e che, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, debba ancora riscuotere prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Ne discende che la fideiussione non deve essere prestata qualora le parti abbiano concordato il pagamento dell'intero solo dopo il trasferimento del bene.

¹⁹⁹ Cass., 1° marzo 2002, n. 3022, in *Foro it.*, 2002, I, 1706, con nota di richiami di M. FABIANI; in *Fallimento*, 2002, 734, con nota di M. FABIANI, *L'esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 942; Cass., 23 gennaio 1998, n. 615, in *Foro it.*, 1999, I, 637.

²⁰⁰ In dottrina in via esemplificativa: S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (tra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 5, I, 613; A. LUMINOSO, *La compravendita. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Torino, 2005; IDEM, *Contrattazione di immobili da costruire e nullità per mancato rilascio della fideiussione prevista dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 122/2005*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, 1, 101; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005; G. RIZZI, *Il d. lgs. n. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, in *CNN, Studi e materiali*, 2005, 2, 1009; IDEM, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 4, 427.

²⁰¹ A. LUMINOSO, *I contratti preliminari*, cit., 1061; F. MACARIO, *Rapporti pendenti. Il contratto preliminare*, in *Fall.*, 2018, 1199, il quale evidenzia che “la mancata realizzazione dell'effetto traslativo, in via definitiva e opponibile, permette al curatore di esercitare la facoltà di scioglimento, senza limiti, vanificando in tal modo l'aspettativa del promissario al completamento della fattispecie acquisitiva”.

²⁰² F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=01/0107&mn=3>.

²⁰³ Già F. MACARIO, *Il contenuto*, cit. evidenziava le criticità connesse alla polizza fideiussoria in esame, ritenendo che “il reticolato legislativo a maglie strette, predisposto certamente con le migliori intenzioni... spingerà inesorabilmente la prassi verso la ricerca delle più fantasiose combinazioni negoziale elusive della normativa”. Tuttavia, in una recente sentenza la Suprema Corte (Cass., 29 agosto 2019, n. 21792, in *Foro it.*, 2019, I, 3519) ha ritenuto che l'escussione della garanzia fideiussoria ex art. 2 d.lgs. 122/2015 presupponga che “il contratto preliminare di compravendita sia ancora in vigore tra le parti”, in quanto, il dettato del comma 7 “non confligge con l'interpretazione che riconosce necessaria la permanenza del contratto preliminare quando viene escussa la garanzia, in quanto, stabilendo che l'efficacia della fideiussione cessa quando dell'immobile viene trasferito il diritto di proprietà (o altro diritto reale di godimento), presuppone l'adempimento del contratto preliminare, e dunque la sua permanenza e la ricostruzione che ne discende si manifesta chiaramente conforme alla *ratio* normativa ...di garantire una più intensa tutela al cliente di impresa edile che anticipa il corrispettivo dell'immobile che entri in sua proprietà per l'ipotesi di una evoluzione negativa dell'attività imprenditoriale su cui oggettivamente anch'egli ha fondato un proprio rischio”. Il promissario acquirente, dunque, potrà escutere la garanzia fideiussoria solo qualora il contratto preliminare sia ancora in essere: Trib. Bologna, 18 marzo 2015, in *Giur. comm.*, II, 364, con nota di F. GALLUZZO, *Tutela dell'acquirente di immobile da costruire: escutibilità della fideiussione bancaria rilasciata in assenza di recesso*.

²⁰⁴ A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Appendice a *La compravendita*, Torino, 2005, 48; A. RE, G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, Torino, 2006, 104. Sulla normativa in generale si veda: F. ADDIS, *Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole*, in *Studi in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, 36; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case di abitazione*, in *Contratto e impresa*, 2012, 469 e ss.; S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano 2011, 772; G. SICCHIERO, *Dal contratto preliminare ai contratti preliminari*, in IDEM (a cura di), *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Padova, 2005, 26 e ss.



La disciplina introdotta nel 2005 prevedeva, inoltre, l'inserimento dell'art. 72-*bis* alla legge fallimentare, che assicurava al promissario acquirente, il quale avesse escusso la fideiussione (nel caso di preliminare di acquisto di immobile da costruire) prima della dichiarazione di fallimento del costruttore e lo avesse comunicato al curatore fallimentare, lo scioglimento del contratto, impedendo che il promissario acquirente potesse essere sottoposto alla scelta di proseguire o sciogliere il contratto, operata dal curatore ai sensi dell'art. 72 l.f.²⁰⁵.

Con il d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, in attuazione della legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"²⁰⁶, è stata modificata, in attuazione ai principi di delega contenuti nell'art. 12 della legge delega (l. 155/2017), la disciplina in materia di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire, (artt. 3, 4, 5 e 6 del d.lgs. 122/2005).

In primo luogo, la nuova normativa, modificando l'art. 6 del d.lgs. 122/05, impone la forma scritta *ad substantiam*, atto pubblico o scrittura privata autenticata, per il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile da costruire. La *ratio legis* risiede nella necessità di garantire un controllo di legalità sull'obbligo di stipulazione della fideiussione ai sensi degli artt. 2, 3 e 4 del medesimo decreto legislativo. Tale controllo è esercitato dal notaio, che dovrà indicare, nel contratto preliminare, gli estremi della fideiussione e l'attestazione di conformità della stessa al modello standard che verrà determinato sulla base di un decreto ministeriale²⁰⁷.

In secondo luogo, il d.lgs. n. 14/2019 va ad incidere sul comma 1 dell'art. 3 d.lgs. 122/2005, che prevedeva che la fideiussione fosse rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107, d.lgs. n. 385/1993. L'art. 385 del Codice della Crisi ha limitato alle sole banche ed imprese assicurative quali soggetti legittimati all'emissione della garanzia fideiussoria, escludendo espressamente gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. La nuova norma elimina il riferimento al Testo Unico ritenendolo superato dai controlli e dalla sorveglianza di Banca d'Italia sugli iscritti nel relativo elenco.

La fideiussione si collega all'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria decennale in favore dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori, a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile e ai terzi, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto traslativo. La fideiussione, dunque, non garantisce più soltanto la restituzione delle somme versate per il caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, ma anche per il caso di mancato rilascio della polizza assicurativa decennale²⁰⁸. L'inadempimento di tale obbligo comporta la nullità del contratto, che può essere fatta valere soltanto dall'acquirente. Questo ul-

²⁰⁵ A. LUMINOSO, *Vendita, preliminare di vendita e contratti traslativi*, in *Trattato di dir. fall.*, F. VASSALLI, F. P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), III, Torino, 2014, 240 e ss.; IDEM, *I contratti preliminari*, cit., 1061 ss.; F. MACARIO, *Rapporti pendenti*, cit., 1193 (e relative note di richiami relative alla normativa *ante* riforma).

²⁰⁶ Il Codice della crisi si compone di 391 articoli suddivisi, in quattro parti: la prima e più sostanziale relativa al codice della crisi e dell'insolvenza (artt. 1-374), la seconda, contenente alcune modifiche al Codice Civile (artt. 375-384); la terza relativa alle garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (da art. 385 ad art. 388) e l'ultima contenente le disposizioni finali e transitorie (da art. 389 a art. 391). Il contenuto dell'art. 72 l.f. è stato trasfuso negli artt. 172 e 172 c.c.i.i.; per un commento dettagliato sul punto si veda A. LUMINOSO, *I contratti preliminari*, cit., 1065 e ss.

²⁰⁷ Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal d. l. 30 aprile 2022, n. 36, ha disposto (con l'art. 389, comma 1) la proroga dell'entrata in vigore della modifica dei commi 1, 3, 7 e 7-*bis* del presente articolo, disposta dall'art. 389, comma 3 del medesimo d.lgs., dal 16 maggio 2022 al 15 luglio 2022.

²⁰⁸ A differenza della fideiussione l'assicurazione sarà necessaria alla conclusione del solo atto definitivo e non anche del contratto preliminare.



JUS CIVILE

timo, pertanto, nel caso di mancata consegna dell'assicurazione, potrà o recedere dal contratto preliminare o escutere la fideiussore²⁰⁹.

La fideiussione ha validità sino alla stipula del contratto definitivo, che deve contenere la menzione degli estremi della polizza decennale e della sua conformità. Sarà onore del notaio menzionare nel contratto di trasferimento gli estremi della polizza decennale e la sua conformità al decreto ministeriale.

Anche la determinazione del contenuto e delle caratteristiche della polizza decennale, nonché del relativo modello standard vengono demandati ad un decreto ministeriale²¹⁰.

Da questa breve analisi emerge una tendenza all'affievolimento dell'autonomia negoziale delle parti, che cede il passo alla “standardizzazione”, quale strumento di tutela del “contraente debole” (il promissario acquirente) e del mercato.

²⁰⁹ Dopo aver ottenuto da parte del notaio l'attestazione di non aver ricevuto la polizza assicurativa per la data dell'atto di trasferimento della proprietà.

²¹⁰ Decreto interministeriale MISE/MEF, 20 luglio 2022, n. 154.