



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato 2

**IL CONTRATTO PRELIMINARE AD  
EFFETTI ANTICIPATI CON  
PARTICOLARE RIGUARDO AL  
MERCATO IMMOBILIARE.**

Chiar.mo Prof. Attilio Zimatore

---

RELATORE

Chiar.mo Prof. Silvio Martuccelli

---

CORRELATORE

Angelo Gianfelice  
Matr. 160403

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2023/2024



## INDICE

Premesse.....	3
---------------	---

### CAPITOLO PRIMO

#### LA FIGURA DEL CONTRATTO PRELIMINARE E LE SUE MOLTEPLICI APPLICAZIONI.

1. La disciplina del contratto preliminare nel Codice civile.....	6
2. La particolare fattispecie del preliminare di preliminare.....	21
2.1 <i>Segue</i> : Il problema della validità del preliminare di preliminare.....	30
2.2 <i>Segue</i> : Orientamenti dottrinali relativi alla figura del preliminare di preliminare.....	37
2.3 <i>Segue</i> : La natura del preliminare di preliminare alla luce delle pronunce giurisprudenziali.....	45
2.4 <i>Segue</i> : L'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza del 6 marzo 2015, n.4628.....	52
3. Il contratto preliminare ad effetti anticipati: caratteristiche, peculiarità e tentativo definitivo.....	62

### CAPITOLO SECONDO

#### LA FATTISPECIE DEL CONTRATTO PRELIMINARE C.D. "AD EFFETTI ANTICIPATI" NELLA CONTRATTAZIONE IMMOBILIARE.

1. Premessa.....	66
2. Esperienza nel diritto romano: l' <i>emptio venditio</i> , contratto consensuale con effetti esclusivamente obbligatori.....	67
2.1 <i>Segue</i> : L'evoluzione nel diritto francese e tedesco.....	69
3. La previsione del contratto preliminare nell'ordinamento italiano, il dibattito precedente al Codice civile del 1942.....	71

3.1 <i>Segue</i> : Ragioni storiche dietro l'esigenza di prevedere l'anticipazione degli effetti del contratto definitivo nel mercato immobiliare.....	73
--	----

## CAPITOLO TERZO

### NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO PRLIMINARE C.D. "AD EFFETTI ANTICIPATI": CONTRATTO MISTO OVVERO CONTRATTO COLLEGATO?

1. Premessa.....	77
2. Giurisprudenza minoritaria.....	78
3. Orientamenti dottrinali.....	83
4. L'intervento delle Sezioni Unite (7930/2008): collegamento negoziale tra preliminare di vendita, comodato e mutuo gratuito.....	93
4.1 <i>Segue</i> : Criticità della ricostruzione operata dalle Sezioni Unite.....	99

## CAPITOLO QUARTO

### QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA SITUAZIONE DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE IN CASO DI CONSEGNA ANTICIPATA DELLA RES.

1. Premessa.....	106
2. Ricostruzione giurisprudenziale del fenomeno.....	107
2.1 <i>Segue</i> : Posizioni della dottrina.....	111
2.2 <i>Segue</i> : La ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite (7930/2008).....	116
3. Possesso e detenzione.....	120
3.1 <i>Segue</i> : Interversione del possesso.....	123
4. La vendita del possesso.....	125

## CAPITOLO QUINTO

### LA TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE.

1. Premessa.....	142
2. La tutela del promissario acquirente: l'evoluzione giurisprudenziale.....	144

3. L'applicabilità dell'art.1495 c.c. al contratto preliminare.....	159
4. Interventi legislativi.....	162
5. Il contratto preliminare di immobili da costruire: una disciplina a tutela del promissario acquirente.....	173
Conclusioni.....	182
Bibliografia.....	185





## **Premesse.**

La contrattazione preliminare costituisce un importante e diffuso strumento a cui le parti ricorrono sempre più frequentemente al fine di realizzare l'assetto di interessi programmato mediante il susseguirsi di diverse fasi. Un siffatto schema negoziale, dunque, costituisce una valida alternativa ai procedimenti di formazione del contratto che addiventano alla sua immediata conclusione.

Il contratto preliminare, emerso nella prassi per far fronte alle esigenze concretamente avvertite dai contraenti, è stato recepito e disciplinato solo con la codificazione del 1942, la quale, tuttavia, si è limitata a fornire una scarsa regolamentazione dell'istituto, assolutamente non proporzionata all'importanza pratica che lo stesso ha assunto nell'attuale realtà giuridica.

A riprova di quanto appena affermato, è significativa l'assenza di disciplina in merito al contratto preliminare c.d. "ad effetti anticipati", il quale costituisce una variante dello schema tipico finalizzata ad evitare l'operatività del principio del consenso traslativo, già ampiamente diffusa quando lo schema tradizionale del preliminare fece ingresso nell'ordinamento nazionale.

La caratteristica principale del contratto preliminare ad effetti anticipati, come già traspare dalla sua denominazione, si rinviene nella facoltà delle parti di prevedere l'esecuzione anticipata delle prestazioni prima del perfezionamento del contratto definitivo, senza che si produca immediatamente l'effetto traslativo, che invece resta subordinato alla stipula di quest'ultimo.

L'assenza di una specifica disciplina legislativa dedicata al fenomeno dell'anticipazione degli effetti a seguito della conclusione del contratto preliminare, nonché la notevole diffusione di un siffatto schema negoziale, hanno costituito dei fattori determinanti per l'emersione di molteplici questioni interpretative e applicative inerenti allo stesso che tutt'ora costituiscono oggetto di un ampio e acceso dibattito che vede coinvolte dottrina e giurisprudenza.

Sulla base delle osservazioni appena svolte e del ruolo centrale della contrattazione preliminare ad effetti anticipati nell'attuale panorama giuridico, in particolare nel settore immobiliare, il presente lavoro tratta le questioni problematiche, esamina le diverse soluzioni prospettate sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, tenta di fornire un



completo inquadramento giuridico dell'istituto e individua la disciplina ad esso applicabile.

In particolare, la presente tesi prende le mosse dall'analisi del contratto preliminare nella sua forma "ordinaria", esaminando compiutamente la disciplina codicistica ad esso dedicata.

Successivamente il lavoro si focalizza sulla non meno complessa fattispecie del preliminare di preliminare, illustrando le peculiarità di tale schema negoziale, le problematiche inerenti alla sua ammissibilità e le diverse soluzioni prospettate tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

La trattazione prosegue con l'esame della fattispecie del contratto preliminare ad effetti anticipati, mettendo in luce le sue caratteristiche nonché tentando di fornirne una definizione, stante l'inerzia legislativa nell'introdurre una nozione che consenta di porne in evidenza le peculiarità.

Il secondo capitolo della presente tesi è dedicato all'esame delle origini storiche del contratto preliminare, ripercorrendo l'evoluzione storica dell'istituto a partire dalla sua configurazione nel diritto romano. Successivamente si analizzano le diverse ricostruzioni dello stesso adottate tanto nell'ordinamento francese quanto in quello tedesco, si riporta il dibattito che ha animato la dottrina all'epoca dell'introduzione della contrattazione preliminare nell'ordinamento nazionale, e, infine, si dà conto delle ragioni pratiche che hanno determinato la diffusione del fenomeno dell'anticipazione degli effetti del contratto definitivo al momento della stipula del contratto preliminare.

La parte centrale del presente lavoro, invece, è integralmente dedicata alla contrattazione preliminare ad effetti anticipati.

Infatti, nel capitolo terzo è affrontata la questione della natura giuridica dell'istituto alla luce dei diversi orientamenti emersi in giurisprudenza e in dottrina.

In un siffatto panorama, le ricostruzioni prospettate dai giudici sono state molteplici e variegate, tanto da rendere necessario l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha provveduto a fornire una peculiare ricostruzione alla natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati, dirimendo il contrasto emerso nelle precedenti decisioni giurisprudenziali. Il lavoro prosegue poi con un'analisi critica della ricostruzione elaborata dalle Sezioni Unite.

L'ultima parte della tesi si incentra sull'analisi della posizione giuridica del promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene.

In particolare, vengono analizzate le diverse teorie relative alla relazione giuridica intercorrente fra il promissario acquirente ed il bene anticipatamente consegnatogli, qualificabile in termini di possesso ovvero di detenzione.

L'ultimo capitolo della presente tesi, invece, è dedicato all'esame dei rimedi esperibili dal promissario acquirente nell'eventualità che il contratto preliminare resti inadempito. In tale capitolo, dunque, si analizza compiutamente la disciplina rimediale contenuta nel Codice civile nonché la dibattuta possibilità di estendere l'applicabilità dell'art.1495 c.c. al contratto preliminare.

Infine, sono dedicati brevi cenni alla complessa disciplina introdotta dal legislatore per regolamentare l'acquisto di beni immobili da costruire e la relativa tutela predisposta in favore del promissario acquirente.

## **Capitolo primo: la figura del contratto preliminare e le sue molteplici applicazioni.**

### **1.La disciplina del contratto preliminare nel Codice civile.**

Il contratto, definito quale l'accordo di due o più parti per costituire, regolare od estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale<sup>1</sup>, può esser stipulato attraverso differenti modalità facendo riferimento al processo formativo del consenso delle parti, consenso che, ai sensi dell'articolo 1325 del Codice civile, costituisce requisito necessario del contratto la cui mancanza ne determina la nullità ai sensi dell'articolo 1418 secondo comma c.c.

L'articolo 1326 del Codice civile fa riferimento alla classica modalità di conclusione del contratto fra parti distanti, espressione del c.d. principio consensualistico, consistente nello scambio di proposta ed accettazione. In particolare, l'effettivo perfezionamento del contratto si avrà nel momento in cui giunga a conoscenza del proponente l'avvenuta accettazione della proposta della controparte contrattuale. Affinchè possa effettivamente ravvisarsi la presenza di una accettazione è necessario che la stessa sia identicamente sovrapponibile alla proposta (c.d. *mirror image rule*), dal momento in cui il legislatore, al quinto comma dell'articolo 1326 c.c., esplicita come un'accettazione non conforme alla proposta valga quale nuova proposta.

L'interesse concreto delle parti, talvolta, viene ad esser soddisfatto mediante il ricorso ad una peculiare scansione del processo di formazione del contratto affidandosi ad una sequenza che vede la presenza del binomio contratto preliminare – contratto definitivo. La finalità di tale peculiare percorso nella formazione dell'accordo deriva dall'esigenza delle parti di voler differire la nascita del vincolo contrattuale ma, al contempo, assicurarsi che ciascuna delle stesse assuma un impegno giuridicamente vincolante in merito alla conclusione del contratto definitivo, i cui elementi essenziali già vengono definitivamente fissati e concordati dalle parti alla conclusione del contratto preliminare.

Il contratto preliminare ha assunto ruolo determinante all'interno della prassi negoziale, specialmente nell'ambito della contrattazione immobiliare. La rilevanza pratica di tale istituto, tuttavia, non sembra riflettersi nell'attenzione ad esso dedicata da parte del

---

<sup>1</sup> Ex art.1321 c.c.

legislatore, dal momento in cui scarse ed insufficienti sono le disposizioni codicistiche ad esso dedicate.

In primo luogo, è rilevante evidenziare la carenza di una definizione positivizzata, carenza alla quale ha tentato di sopperire la dottrina definendo il contratto preliminare quale “l'accordo con cui le parti si obbligano alla conclusione di un successivo contratto, detto definitivo”, sicché, con la conclusione di questo, il preliminare esaurisce la propria funzione.

Gli unici aspetti disciplinati dal legislatore, in merito al contratto preliminare, sono relativi alla forma (art.1351 c.c.), all'esecuzione in forma specifica (art.2932 c.c.) e, per effetto della novella apportata con il Decreto-legge 31 dicembre 1996, n.669, convertito nella legge 28 febbraio 1997, n. 30, alla trascrivibilità del preliminare (art.2645-bis c.c.). L'articolo 1351 del Codice civile sancisce la nullità del contratto preliminare qualora non sia redatto nella stessa forma prescritta dalla legge per il contratto definitivo. Il legislatore, dunque, si è limitato a prevedere il requisito della forma *per relationem* rispetto al contratto definitivo.

La forma del contratto rientra tra gli elementi essenziali dello stesso solo nei casi in cui sia prescritta dalla legge sotto pena di nullità, come stabilito dall'articolo 1325 numero 4 c.c.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, dal combinato disposto dell'articolo 1325 numero 4 e dell'articolo 1350 numero 13 c.c., hanno desunto l'esistenza del principio di libertà delle forme, ravvisando come, di regola, la pattuizione contrattuale non esiga una forma specifica e, consequenzialmente, assumano carattere di norme speciali quelle che impongano, ai fini della validità del contratto, una specifica forma. Dal carattere speciale delle norme prescrittive di requisiti di forma sotto pena di nullità discende, quale conseguenza del disposto dell'articolo 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, il divieto di applicazione analogica.

L'articolo 1351 c.c. non genera particolari problemi nel momento in cui sia da verificare la forma del contratto preliminare, essendo a tal proposito sufficiente accertare se il contratto definitivo sia sussumibile nel novero della categoria dei contratti solenni e, in caso affermativo, adottare per la redazione del preliminare la medesima forma prescritta per il contratto definitivo.

Complessa e tormentata, invece, è stata la questione inerente alla forma del contratto con cui le parti intendano risolvere il contratto preliminare di compravendita immobiliare. Quest'ultimo, in virtù dell'articolo 1351 cc, richiede, sotto pena di nullità, la forma scritta per atto pubblico o scrittura privata dal momento in cui il contratto definitivo, alla cui conclusione le parti si sono vincolate con la stipula del preliminare, è ricompreso dall'articolo 1350 c.c. nel novero dei contratti per i quali è previsto il requisito formale della forma scritta<sup>2</sup>.

Emerge, tuttavia, una lacuna legislativa in merito alla forma del contratto con cui le parti risolvono il contratto preliminare di compravendita immobiliare, dato che l'articolo 1351 c.c. si limita a prevedere la forma richiesta per il solo preliminare, e non anche per il contratto con cui quest'ultimo venga risolto.

Diversi orientamenti sono emersi, sia in dottrina che in giurisprudenza, in merito alla possibile applicazione dell'articolo 1351 c.c. al contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare.

Secondo un primo orientamento<sup>3</sup>, diffuso in giurisprudenza e supportato dalla dottrina, il contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare non sarebbe soggetto al requisito di forma *ad substantiam*. Le motivazioni addotte a sostegno di tale orientamento sono plurime. Innanzitutto, è stato sottolineato come gli accordi estintivi costituiscano un'autonoma categoria contrattuale, da tale osservazione deriva la conseguenza per cui, stante il principio di libertà delle forme – il quale prevede che la forma sia requisito essenziale del contratto nei soli in casi in cui sia espressamente previsto dalla legge – e la carenza di una norma che specificamente ed espressamente preveda per il contratto solutorio del preliminare la stessa forma prescritta per quest'ultimo, il contratto solutorio di un contratto preliminare sia esente da requisiti di forma. Conclusione, quest'ultima, supportata dall'assunto per il quale l'articolo 1351 c.c., essendo norma speciale in quanto fa eccezione alla regola generale della libertà delle forme<sup>4</sup>, non sarebbe suscettibile di applicazione analogica in virtù di quanto disposto dall'articolo 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

---

<sup>2</sup> Ex art.1350, n. 1), c.c.

<sup>3</sup> Cass. Civ., 28 maggio 1983, n.3692, in *Mass. Giur. It.*, 1983; Cass. Civ., Sez.II, 16 dicembre 1986, n.7551, in *Mass. Giur. It.*, 1986

<sup>4</sup> Principio di libertà delle forme desunto dagli articoli 1325 numero 4 e 1350 numero 13 del Codice civile.

Di contro, l'applicazione analogica dell'art.1351 c.c. si renderebbe necessaria qualora volesse ritenersi che il contratto solutorio del contratto preliminare di compravendita immobiliare soggiaccia ai requisiti di forma prescritti sotto pena di nullità, dal momento in cui il legislatore ha esclusivamente previsto il requisito della forma *per relationem* del solo contratto preliminare e non anche del contratto solutorio dello stesso.

In giurisprudenza, dunque, si è concordi nell'escludere che il contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare soggiaccia ai requisiti di forma previsti per il contratto definitivo data la differente incidenza che, da un lato, il contratto preliminare e, dall'altro, il contratto solutorio dello stesso, abbiano ed esplicino sui diritti reali immobiliari.

In particolare, il contratto preliminare di compravendita immobiliare – stante la possibilità di agire ex art. 2932 c.c. e, dunque, di ottenere una sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto definitivo non concluso – sarebbe in grado di influire in via mediata sui diritti reali immobiliari, inducendo, così, il legislatore ad introdurre la previsione del requisito di forma *per relationem* data l'esigenza di evitare che possa esser eluso l'obbligo della forma scritta richiesta per il contratto definitivo, che verrebbe ad esser sostituito dalla sentenza costitutiva resa all'esito del giudizio introdotto mediante l'esperimento dell'azione ex art. 2932 c.c.

Diversamente, invece, nel caso di contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare non ricorrerebbe la medesima necessità avendo, tale contratto, natura meramente obbligatoria e inidonea ad incidere – anche in via mediata – sui diritti reali immobiliari.

Secondo un diverso orientamento, sostenuto e suffragato dalle Sezioni unite<sup>5</sup>, il contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare deve soggiacere all'art. 1351 c.c. e, dunque, affinché possa esser ritenuto valido, dovrà esser stipulato per iscritto. I sostenitori di tale orientamento ritengono come la carenza di una specifica norma che preveda espressamente per il contratto solutorio del preliminare la medesima forma prevista per quest'ultimo negozio non svolga un ruolo determinante; ravvisando, al contrario, la presenza di un principio, immanente al sistema codicistico, in forza del quale tutte le contrattazioni inerenti a diritti immobiliari debbano esser stipulate per iscritto.

---

<sup>5</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 28 agosto 1990, n.8878, in *Riv. Notar.*, 1991.

Ritenendo come sia la natura immobiliare dell'effetto proprio del preliminare di compravendita a far sì che venga richiesta dal legislatore la forma scritta per la sua stipula, allora, anche con riferimento al contratto solutorio, si dovrebbe ravvisare la medesima esigenza data l'equivalenza tra i negozi quanto all'effetto.

Le Sezioni Unite sottolineano come, accanto al principio di libertà delle forme, emerga dal sistema un ulteriore criterio in forza del quale, per i contratti "più importanti", sia sempre richiesta la forma solenne per perseguire una duplice finalità: da un lato, indurre le parti ad una più consapevole stesura delle clausole contrattuali e, dall'altro, preconstituire mezzi di prova affidabili qualora sorgano contrasti nell'esecuzione del negozio.

Nel caso di contratti immobiliari la *ratio* che anima la loro disciplina è coerente con quanto sopra affermato e ciò ha indotto le Sezioni Unite a ritenere come tale *ratio* debba valere anche nel caso in cui si discorra di contratto risolutivo del preliminare di compravendita immobiliare e, consequenzialmente, sia opportuno affermare come anch'esso soggiaccia ai particolari requisiti di forma richiesti dall'articolo 1350 n. 1) c.c., estesi al contratto preliminare in virtù dell'articolo 1351 c.c.

Gli Ermellini, replicando a coloro i quali hanno sostenuto come l'obbligo di forma scritta del preliminare di compravendita immobiliare fosse dovuto alla possibilità di attuare per via giudiziaria gli impegni assunti avvalendosi della particolare azione prevista dall'art. 2932 c.c. e che tale esigenza non fosse venuta ad emersione nel caso di contratto solutorio data la sua natura meramente obbligatoria, hanno provveduto a ribadire come, entrambi i contratti – sia il preliminare di compravendita immobiliare che il contratto solutorio dello stesso – abbiano natura meramente obbligatoria.

La natura obbligatoria del contratto preliminare di compravendita immobiliare viene desunta dal fatto che esso non sia idoneo ad incidere immediatamente sui diritti reali immobiliari, ma, piuttosto, la sua incidenza sia solo di natura mediata e consequenziale alla conclusione del contratto definitivo ovvero all'emanazione della sentenza costitutiva ex art.2932 c.c.

Con riferimento al contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare, invece, si è evidenziato come l'effetto che si produca sia quello sciogliere le parti dagli obblighi assunti, impedendo così la produzione di effetti volti ad incidere sui diritti reali immobiliari.

Le Sezioni Unite fanno leva anche su un ragionamento logico, provvedendo a sottolineare la particolare irragionevolezza che discenderebbe dall'accoglimento del primo orientamento, dato che da esso conseguirebbe l'invalidità del contratto solutorio orale di un contratto definitivo formale a fronte, invece, della validità del contratto solutorio orale di un preliminare di compravendita immobiliare.

Peculiare e meritevole di attenzione è la ricostruzione prospettata da parte della dottrina<sup>6</sup>, la quale ha avuto modo di osservare come nell'ordinamento giuridico difetti la presenza di una norma generale che sancisca positivamente il c.d. "principio di libertà delle forme" e, consequenzialmente, non potrebbero esser qualificate quali eccezionali quelle norme che stabiliscano specifici requisiti di forma per determinati negozi giuridici.

L'articolo 1325 c.c., secondo tale ricostruzione, esprimerebbe due norme: l'una relativa ad una fattispecie debole prescrivendo quali elementi essenziali del contratto esclusivamente l'accordo, la causa e l'oggetto; l'altra relativa ad una fattispecie forte prevedendo quale elemento essenziale del contratto, oltre all'accordo, la causa e l'oggetto, anche la forma.

Si è osservato come il legislatore, nel descrivere la struttura della fattispecie debole, non abbia previsto una norma sulla libertà di forma, di talché l'articolo 1325, n.4 c.c. non si qualificherebbe quale norma eccezionale dal momento in cui difetti una norma generale che sancisca positivamente il principio di libertà delle forme e, di conseguenza, sarebbe suscettibile di applicazione analogica.

La teoria degli "*idola libertatis*", se applicata alla questione controversa cui si discorre, condurrebbe a ritenere come anche il contratto solutorio del preliminare di compravendita immobiliare debba rispettare i requisiti di forma imposti dall'art.1350 c.c. e richiamati dall'art. 1351 c.c. con riferimento al contratto preliminare.

Tale conclusione deriva dall'aver escluso il carattere eccezionale delle norme prescrittive di requisiti di forma sotto pena di nullità in quanto non sarebbe ravvisabile la presenza di una norma generale, cui l'art. 1350 c.c. faccia eccezione, che introduca esplicitamente il principio di libertà delle forme all'interno della disciplina codicistica in materia contrattuale e, di conseguenza, non si potrebbe invocare il disposto dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

---

<sup>6</sup> IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.



L'articolo 2645-bis c.c.<sup>7</sup> disciplina la trascrivibilità del contratto preliminare. Tale norma sancisce la trascrivibilità del contratto preliminare – purché abbia la forma dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata, anche se sottoposto a condizione o relativo a edifici da costruire ovvero in corso di costruzione – qualora abbia ad oggetto la conclusione di un contratto definitivo con cui: si trasferisca la proprietà di beni immobili; si costituisca, trasferisca o modifichi il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta; si costituisca la comunione dei diritti menzionati ai numeri 1), 2) e 2-bis) dell'art. 2643 c.c.; si costituiscano o modifichino servitù prediali, il diritto d'uso su beni immobili o il diritto di abitazione.

Il legislatore, con l'introduzione di tale disposizione, ha inteso tutelare la posizione del promissario acquirente, il quale, una volta trascritto il contratto definitivo ovvero la sentenza costitutiva resa all'esito del giudizio introdotto esperendo l'azione prevista dall'art. 2932 c.c., vedrà la propria posizione prevalere su quella di coloro i quali abbiano effettuato iscrizioni o trascrizioni contro il promittente alienante sul bene oggetto dell'accordo preliminare trascritto dopo la data in cui è stato trascritto il preliminare ovvero la sentenza costitutiva ex art.2932 c.c. Tuttavia, affinché tale "effetto prenotativo" conseguente alla trascrizione del preliminare possa validamente aver luogo, sarà necessario che la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza ex art.2932 c.c. avvenga entro il termine di un anno dalla data convenuta dalle parti per la conclusione del definitivo ovvero, in ogni caso, entro i tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare. Il mancato rispetto dei termini previsti al terzo comma dell'articolo 2654-bis determinerà la cessazione degli effetti della trascrizione del preliminare, i quali, dunque, si considereranno come mai prodotti.

In dottrina è stata sottolineata la particolarità dell'art. 2645-bis c.c. consistente nell'aver previsto come possa esser trascritto un contratto che produca solo effetti obbligatori, contrariamente alla regola generale per cui la trascrizione sia relativa ad atti che comportino il trasferimento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di diritti reali. Di regola, infatti, i contratti produttivi di soli effetti obbligatori non possono costituire

---

<sup>7</sup> Articolo inserito dall'art.3 d.l. 31 dicembre 1996, n.669, convertito in legge 28 febbraio 1997, n.30

oggetto di trascrizione e, anche qualora tale trascrizione fosse effettuata, essa non consentirebbe di rendere opponibile *erga omnes* il relativo diritto<sup>8</sup>.

La previsione della trascrivibilità del preliminare è stata disciplinata dal legislatore in modo tale da non snaturare né il preliminare – il quale continua a produrre esclusivamente effetti obbligatori – né il sistema delle trascrizioni. Tale risultato è stato perseguito e raggiunto prevedendo uno stretto collegamento fra la trascrizione del contratto preliminare e quella del contratto definitivo – fonte degli effetti reali – introducendo il c.d. effetto prenotativo derivante dalla trascrizione del contratto preliminare, in precedenza illustrato, il quale viene temporalmente limitato, essendo, infatti, produttivo di effetti per un termine massimo di tre anni decorrenti dalla data in cui sia stato trascritto il contratto preliminare.

Fra le disposizioni codicistiche dedicate all'istituto del contratto preliminare particolare rilievo assume l'articolo 2755-bis c.c.<sup>9</sup>. L'articolo in questione è stato introdotto al fine di offrire una maggior tutela in favore del promissario acquirente, quest'ultimo, infatti, nell'eventualità che il contratto preliminare fosse rimasto inadempito e, dunque, non si fosse addivenuti alla stipula del definitivo, si sarebbe trovato in una posizione di debolezza quanto ai rimedi esperibili. Egli, più specificamente, qualora non avesse potuto agire ex art.2932 c.c. per ottenere una sentenza costitutiva che producesse i medesimi effetti del contratto non concluso, avrebbe potuto unicamente agire giudizialmente per veder ristorato il pregiudizio derivante dall'inadempimento del promittente venditore nonché ottenere la restituzione delle somme eventualmente già versate.

Il legislatore, conscio di una siffatta situazione ed intenzionato ad ampliare i mezzi di tutela esperibili da parte del promissario acquirente, ha introdotto l'art.2755-bis c.c., mediante il quale è stato riconosciuto un privilegio speciale sul bene immobile oggetto dell'accordo preliminare per i crediti vantati dal promissario acquirente e aventi la loro fonte nel contratto preliminare, trascritto ai sensi dell'art.2645-bis c.c. e rimasto inadempito.

Il riconoscimento di una siffatta causa legittima di prelazione in favore dei crediti vantati dal promissario acquirente, tuttavia, è stato subordinato alla regolare trascrizione del

---

<sup>8</sup> Eccezione alla regola generale è rappresentata, oltre che dalla trascrizione del preliminare, dalla trascrizione dei contratti di locazione ultranovennale, essendo atti produttivi di soli effetti obbligatori.

<sup>9</sup> Norma introdotta con il D.L. 31 dicembre 1996, n.669, successivamente convertito nella L. 28 febbraio 1997, n.30.

preliminare, richiedendo, altresì, come gli effetti della pubblicità ex art.2645-bis c.c. non siano venuti meno al momento della risoluzione del contratto.

Il legislatore, volendo evitare un uso distorto della garanzia apprestata in favore del promissario acquirente, ha prescritto come il contratto preliminare debba esser stato validamente trascritto e che gli effetti di una siffatta trascrizione non siano venuti meno al momento della risoluzione, dovendo ciò risultare da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento o, in alternativa, al momento della trascrizione del pignoramento ovvero al momento dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Il secondo comma dell'art.2755-bis c.c. prescrive come il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente non sia opponibile nei confronti dei creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui che siano stati erogati in favore del promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile, nonché l'inopponibilità di un siffatto privilegio speciale è stata prevista anche nei confronti dei creditori garantiti da ipoteca ex art.2825-bis c.c.<sup>10</sup>.

Continuando con l'esame delle norme codicistiche dedicate all'istituto del contratto preliminare, è necessario illustrare la disposizione contenuta nell'articolo 2932 c.c., la quale costituisce un *unicum* all'interno del panorama dell'esperienza giuridica nazionale in quanto prevede la possibilità di agire giudizialmente al fine di ottenere una pronuncia costitutiva che produca i medesimi effetti del contratto definitivo non concluso e che le parti si erano obbligate a porre in essere con la stipula del contratto preliminare.

Una prima criticità dell'articolo 2932 c.c. deriva dalla rubrica dello stesso, la quale fa riferimento al termine "esecuzione", locuzione che rimanda al processo esecutivo e che, *prima facie*, porterebbe a qualificare tale azione come una particolare ipotesi di esecuzione in forma specifica. Tuttavia, ad una più attenta lettura dell'articolo 2932 c.c., emergono notevoli profili di divergenza rispetto al processo di esecuzione.

In primo luogo, l'azione ex art. 2932 c.c. dà vita ad un processo che si svolge secondo le regole proprie del processo di cognizione e non anche secondo quelle specificamente dettate per il processo di esecuzione.

In secondo luogo, il procedimento incardinato innanzi il giudice ordinario esiterà in una sentenza costitutiva che, in quanto tale, determinerà una modifica della realtà giudica;

---

<sup>10</sup> Per una più analitica analisi della disciplina in questione v. Capitolo Quinto, Par. 4.

mentre, invece, le sentenze dichiarative rese dal giudice esecutivo si limitano a produrre mutamenti della realtà materiale.

Inoltre, nel momento in cui viene esperita l'azione prevista dall'art. 2932 c.c. il diritto di chi procede non è consacrato all'interno di un titolo esecutivo ma, piuttosto, viene affermato dall'attore e da questi dovrà essere provato.

Tralasciando questioni di natura puramente processuale<sup>11</sup>, è necessario interrogarsi sulla *ratio* dell'art. 2932 c.c. nonché sulle ulteriori e diverse modalità di tutela cui il contraente non inadempiente possa eventualmente far ricorso. Sotto quest'ultimo aspetto va rilevato come l'inadempimento del contratto preliminare – dunque, la mancata stipula del definitivo nel termine previsto dalle parti – dia diritto al contraente non inadempiente al risarcimento del danno subito. Risarcimento che è frutto di responsabilità contrattuale, non anche di responsabilità precontrattuale, dal momento in cui consegue all'inadempimento di un obbligazione – quella di concludere il contratto definitivo – contenuta all'interno di un contratto vincolante ancorché qualificato quale contratto preliminare.

Il diritto ad una pretesa risarcitoria sarebbe stata l'unica forma di tutela esperibile nel caso di inadempimento del contratto preliminare qualora non fosse stato previsto l'art. 2932 c.c., sicché una “tutela in forma specifica” non sarebbe stata altrimenti azionabile.

La *ratio* dietro la previsione contenuta nell'art. 2932 c.c. è volta a rendere coercibile in forma specifica l'obbligo di concludere il contratto definitivo, un siffatto risultato è ottenuto mediante una modifica della realtà giuridica attuata tramite la pronuncia di una sentenza costitutiva che tenga il luogo del contratto definitivo non concluso e del consenso non prestato.

L'ambito operativo dell'art.2932 c.c. non è illimitato, ma, per espressa previsione legislativa, esso non troverà applicazione qualora il ricorso a tale forma di tutela sia impossibile<sup>12</sup> ovvero sia escluso dal titolo.

La previsione contenuta nell'art. 2932 c.c. condurrà all'emanazione, da parte del giudice ordinario, di una sentenza costitutiva che produca fra le parti gli effetti che avrebbe dovuto produrre il contratto definitivo che l'altra parte non ha voluto concludere, giungendosi,

---

<sup>11</sup> Per le quali v. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2019.

<sup>12</sup> Ipotesi in cui è impossibile ricorrere alla tutela prevista dall'articolo 2932 c.c. si ha nel caso di contratto preliminare volto alla conclusione di un contratto reale, dato che in questo caso il giudice non potrà “sostituirsi” alla parte inadempiente.

così, al medesimo risultato che si sarebbe prodotto qualora non si fosse verificato tale inadempimento. Affinchè gli effetti del contratto definitivo non concluso si possano produrre per il tramite della sentenza costitutiva resa ai sensi dell'art. 2932 c.c., dunque, non sarà necessaria la manifestazione di volontà del contraente non inadempiente ma, ad essa, si sostituirà la sentenza del giudice. Tutto ciò, in tanto è possibile, in quanto il contratto preliminare contenga tutti gli elementi essenziali per la conclusione del contratto definitivo e, dunque, il contenuto dell'obbligo sia integralmente predeterminato all'interno del preliminare.

Il rapporto intercorrente fra il contratto preliminare ed il contratto definitivo costituisce una questione notevolmente dibattuta e controversa in merito alla cui risoluzione si sono prospettate diverse ricostruzioni, le quali hanno talvolta valorizzato il ruolo del contratto preliminare rispetto al contratto definitivo, talaltra hanno dato prevalenza a quest'ultimo rispetto al primo.

Parte della dottrina nonché la giurisprudenza minoritaria<sup>13</sup> ritengono che il contratto preliminare di vendita debba esser qualificato quale contratto ad efficacia reale differita dal momento in cui, attraverso il suo perfezionamento, le parti si vincolano al pagamento del prezzo ed al trasferimento della proprietà. Il contratto definitivo, secondo tale ricostruzione, avrebbe quale unica conseguenza quella di differire la produzione dell'effetto traslativo al momento del suo perfezionamento.

Il risultato cui approdano i fautori di tale teoria è quello di negare la natura negoziale del definitivo affermando come esso, piuttosto, costituisca un atto dovuto in adempimento degli obblighi scaturenti dal contratto preliminare. Conseguenzialmente, il contratto definitivo risulterebbe privo di causa intrinseca, essendo piuttosto caratterizzato da una causa esterna, identificabile nel contratto preliminare, con la conseguente implicazione che l'eventuale vizio che affligga quest'ultimo si rifletta sul contratto definitivo, determinandone la nullità.

A sostegno di tale tesi può esser invocato il disposto dell'art. 2932 c.c., il quale fa emergere come la conclusione del contratto definitivo non sia un momento negoziale, in quanto le parti si sono già obbligate alla conclusione di tale contratto, i cui elementi essenziali sono stati determinati nel preliminare, dato che viene riconosciuta la possibilità,

---

<sup>13</sup> Cass. civ., Sez. II, 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuova Giur. Civ.*, 1988, I.

in favore del contraente non inadempiente, di ottenere una sentenza costitutiva che produca fra le parti gli effetti del contratto non concluso.

Secondo tale ipotesi ricostruttiva, l'unica fonte volta a regolare diritti ed obblighi fra le parti sarebbe il contratto preliminare, pur potendo le stesse, in ossequio al principio di autonomia negoziale, modificare gli accordi stabiliti con quest'ultimo.

Dall'accoglimento della tesi appena riportata discendono rilevanti conseguenze in merito alle azioni contrattuali esperibili dato che, essendo il definitivo privo di contenuto negoziale, esse saranno esperibili nei soli confronti del contratto preliminare.

In particolare, le azioni contrattuali di rescissione, risoluzione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta, nonché l'azione revocatoria ordinaria, le azioni di nullità per illiceità dell'oggetto o della causa saranno proponibili esclusivamente nei confronti del contratto preliminare e non saranno esperibili avverso il contratto definitivo, nei confronti del quale potrà essere intentata esclusivamente l'azione di nullità per difetto di forma essenziale. In aggiunta, le azioni di annullamento per vizi del consenso o per incapacità saranno proponibili esclusivamente al fine di contestare la validità del contratto preliminare, giacché la natura non negoziale del contratto definitivo, richiede che per la sua validità sia sufficiente la mera capacità naturale e non necessariamente la capacità giuridica d'agire.

L'orientamento tradizionale<sup>14</sup>, invece, ravvisa nel contratto preliminare un negozio meramente preparatorio, la cui funzione esclusiva è quella di consentire alle parti di prestare il consenso in ordine alla stipula del definitivo. In conformità a tale funzione, il contratto preliminare non conterrebbe il programma relativo alle prestazioni di dare o di fare, le quali, invece, verrebbero ad essere previste esclusivamente all'interno del contratto definitivo. Secondo tale ricostruzione, dunque, solo il contratto definitivo avrebbe la funzione di realizzare l'assetto di interessi delineato dalle parti.

La giurisprudenza di legittimità, in talune pronunce, ha accolto tale tesi in merito al rapporto fra contratto preliminare e contratto definitivo, affermando come «*nel caso in cui le parti, stipulato un contratto preliminare, siano poi addivenute alla stipulazione del contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto*»<sup>15</sup>. Sicché, in conformità con tale orientamento, la

---

<sup>14</sup> Cass. Civ., Sez. II, 5 giugno 2012, n. 9063, in *Corr. Giur.*, 2013.

<sup>15</sup> Cass. Civ., Sez. III, 29 novembre 1994, n. 10210, in *Mass. Giur. It.*, 1994.

stipula del contratto definitivo determinerebbe l'estinzione per novazione<sup>16</sup> del contratto preliminare e, consequenzialmente, si produrrebbe l'effetto demolitorio di tutte le pattuizioni contenute nel contratto preliminare e non ricomprese nel contratto definitivo. In virtù dell'approccio delineato, si può dedurre come contro il contratto preliminare potranno essere esperite esclusivamente le azioni suscettibili di influire sulla validità della prestazione del consenso, quali, ad esempio, le azioni di nullità per difetto di forma essenziale, di annullamento a causa di incapacità o vizi del consenso, nonché di risoluzione per sopravvenuta impossibilità, che può configurarsi solamente in presenza di morte o incapacità sopravvenuta. Al contrario, non saranno proponibili contro il contratto preliminare azioni come, ad esempio, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o la rescissione, che sono relative al contenuto finale delle prestazioni e che, pertanto, dovranno esser esperite avverso il contratto definitivo.

Un ulteriore orientamento, inaugurato dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 27 febbraio 1985, n. 1720<sup>17</sup>, afferma come il contratto preliminare debba esser qualificato quale "doppio contratto". La ricostruzione cui approdano i fautori di tale tesi è volta a riconoscere una doppia "natura" al contratto preliminare, il quale, dunque, conterrebbe sia una promessa di consensi, che una promessa di prestazioni (c.d. *pactum de dando*). Così facendo il contratto preliminare amplierebbe il proprio contenuto imponendo alle parti, oltre alla stipula del definitivo, di porre in essere tutti i comportamenti necessari ed accessori al fine di realizzare, in modo compiuto, il programma finale.

La teoria del "doppio contratto" ha avuto il merito di ampliare la tutela del promissario acquirente, legittimandolo ad esperire, già avverso il preliminare, tutte le azioni inerenti il programma finale, quali, ad esempio, l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta o per impossibilità delle prestazioni finali, l'azione di rescissione ovvero l'azione di nullità per illiceità dell'oggetto o della causa.

Il ruolo del contratto definitivo viene, altresì, ad esser modificato rispetto a quanto prospettato nelle due precedenti teorie. Tale contratto, infatti, assolverebbe la funzione di strumento di controllo in relazione a tutte le sopravvenienze verificatesi successivamente alla stipula del contratto preliminare, cosicché potrà ritenersi integrata una condotta

---

<sup>16</sup> Modalità estintiva dell'obbligazione, diversa dall'adempimento, che ricorre ogniqualvolta le parti sostituiscano all'obbligazione originaria una nuova obbligazione che abbia oggetto o titolo diverso dalla precedente (ex art.1230 c.c.).

<sup>17</sup> V. anche Cass. Civ., Sez. Un., 18 maggio 2006, n.11624, in *Foro It.*, 2006.

inadempiente rispetto al contratto preliminare ogniqualvolta non siano state poste in essere tutte le attività necessarie per consentire il raggiungimento del programma finale, e non solo qualora vi sia stato il rifiuto alla conclusione del contratto definitivo.

La presenza di eventuali difformità fra il contenuto del contratto preliminare e del contratto definitivo non viene risolta in modo univoco dai sostenitori della tesi del “doppio contratto”, ma emergono due diverse impostazioni per la soluzione di tale problema.

Coloro i quali privilegiano la causa solutoria del contratto definitivo, ritengono necessario condurre un accertamento casistico al fine di verificare quale sia stata l’effettiva volontà delle parti al momento della stipula del definitivo. Ritengono, dunque, precluso un atteggiamento che risolva la questione in via generale propendendo, alternativamente, per qualificare quale inadempimento la difformità fra il preliminare ed il definitivo, ovvero ritenere prevalente quanto statuito all’interno del definitivo.

Diversamente, coloro i quali pongono l’accento sulla natura negoziale del definitivo, risolvono il problema del contrasto fra quest’ultimo ed il preliminare a favore del primo, ritenendo come esso sia pur sempre una nuova manifestazione di volontà delle parti.

La giurisprudenza<sup>18</sup>, accogliendo la tesi del “doppio contratto”, nell’affrontare la questione attinente alle conseguenze delle difformità fra il contratto preliminare ed il contratto definitivo, ha ritenuto come il contenuto del contratto definitivo debba esser presuntivamente ritenuto conforme all’effettiva volontà delle parti, facendo salva, ovviamente, la possibilità di provare come la difformità costituisca un inadempimento dell’accordo con cui si era convenuto di riportare all’interno del contratto definitivo le clausole contenute nel preliminare.

Stante la difficoltà nell’individuare una soluzione univoca in merito alla controversa questione attinente al rapporto fra il contratto preliminare ed il definitivo, sarà necessario procedere all’identificazione della “comune intenzione delle parti”, come richiesto dall’art. 1362 c.c.

In questo contesto, non ci sarebbero ostacoli ad interpretare il contenuto del contratto preliminare in modo tale da escludere la sua estinzione per novazione qualora emergesse chiaramente come fosse nell’intento delle parti attribuire priorità a tale contratto

---

<sup>18</sup> Cass. Civ., Sez.II, 28 maggio 2003, n.8515, in *Contratti*, 2004; Cass. Civ., Sez. II, 10 gennaio 2007, n.233, in *Foro It.*, 2007.



preliminare, riducendo il contratto definitivo ad una mera ripetizione del vincolo preesistente.

## **2.La particolare fattispecie del preliminare di preliminare.**

L'istituto del contratto preliminare si connota per la pluralità di varianti che si sono diffuse nella prassi al fine di rispondere ad esigenze concretamente avvertite dai contraenti. Una delle più complesse declinazioni di tale istituto si ravvisa nel c.d. contratto preliminare di preliminare, locuzione con cui si fa riferimento al particolare istituto, notevolmente diffuso nella prassi, mediante il quale le parti fanno precedere al perfezionamento del contratto preliminare un ulteriore accordo con cui esse si obbligano alla successiva conclusione del primo.

Il “preliminare di preliminare”, dunque, rappresenta una fattispecie contrattuale che non vincola le parti alla successiva conclusione del definitivo, quanto, piuttosto, vincola i contraenti al perfezionamento di un secondo contratto preliminare – produttivo di effetti meramente obbligatori – il quale costituirà la fonte dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, al cui successivo perfezionamento sarà subordinata la produzione dell'effetto traslativo.

I recenti interventi giurisprudenziali<sup>19</sup> hanno riportato l'attenzione sulla questione inerente alla validità e all'efficacia del contratto con cui le parti si obbligano a stipulare in un secondo momento un nuovo e differente contratto preliminare. La questione, esaminandola sotto un più ampio spettro di indagine, tende a prendere in considerazione tutte le intese contrattuali che precedono il perfezionamento del contratto definitivo, mediante le quali i contraenti “procedimentalizzano” in diverse fasi l'*iter* destinato ad esitare nella conclusione del contratto finale<sup>20</sup>. Un siffatto modello di scansione dell'attività di contrattazione ha portato a coniare l'espressione “formazione progressiva” del contratto al fine di evocare efficacemente le peculiarità di tale fenomeno<sup>21</sup>.

La possibilità per le parti di scandire e segmentare in diverse fasi il procedimento di formazione del contratto costituisce un atto di esercizio dell'autonomia privata<sup>22</sup>. Quest'ultima, infatti, non si limita ad attribuire ai contraenti la scelta circa l'opportunità o meno di contrattare, né, altresì, circoscrive il proprio ambito applicativo alla determinazione del contenuto dell'accordo, ma, piuttosto, ricomprende anche la

---

<sup>19</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 6 marzo 2015, n.4628, in *Corr. Giur.*, 2015.

<sup>20</sup> STEFINI, *Il “preliminare di preliminare” e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 1230.

<sup>21</sup> RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino 1999.

<sup>22</sup> Ex art.1322 c.c.

possibilità di disciplinare e scandire il procedimento che esiterà nel perfezionamento del contratto nonché di articolare in modo variegato la struttura del negozio.

La contrattazione immobiliare ha rappresentato il settore in cui si è maggiormente diffusa la prassi mediante la quale il mediatore presenta e fa sottoscrivere alla parte interessata all'acquisto dell'immobile una proposta irrevocabile di compromesso, nella quale vengono già stabiliti gli elementi essenziali del contratto che sarà successivamente concluso. Con il perfezionamento di un siffatto accordo, che si avrà nel momento in cui vi sia l'accettazione del venditore, le parti saranno obbligate alla successiva conclusione di un contratto preliminare vero e proprio.

Il procedimento negoziale finalizzato al perfezionamento della fattispecie traslativa del bene immobile, dunque, è caratterizzato per essere articolato in una triplice fase.

In primo luogo, le parti provvederanno alla conclusione del c.d. preliminare di preliminare<sup>23</sup>, il quale, di regola, fa menzione esclusivamente degli elementi essenziali del successivo contratto definitivo e nel quale la somma versata al fine di “bloccare” l'affare assume la qualifica di caparra penitenziale per il recesso<sup>24</sup> e, inoltre, viene esclusa la possibilità di esecuzione in forma specifica ex art.2932 c.c.

La seconda fase di tale *iter* negoziale consiste nella conclusione del contratto preliminare vero e proprio<sup>25</sup> con cui viene determinata anche la disciplina di dettaglio del contratto definitivo. Il preliminare “formale” può, inoltre, esser redatto in una forma idonea alla trascrizione ex art.2645-bis c.c. e sarà suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art.2932 c.c.

L'ultima fase, invece, è rappresentata dalla conclusione del contratto definitivo, ed è solo in questo momento che si produrrà l'effetto traslativo del diritto in favore dell'acquirente, dato che i precedenti atti negoziali saranno produttivi esclusivamente di effetti meramente obbligatori.

La particolare configurazione dello schema negoziale esaminato genera la problematica questione inerente alla corretta qualificazione del primo accordo e, inoltre, qualora esso

---

<sup>23</sup> Definito anche come “preliminare aperto”.

<sup>24</sup> L'istituto della caparra penitenziale, previsto all'art.1386 c.c., prevede come il “prezzo” per il recesso sia anticipatamente versato all'atto della stipula del contratto. Se a recedere è colui il quale ha ottenuto tale caparra, allora egli dovrà restituire il doppio della somma ricevuta in favore della controparte. Qualora, invece, il recesso venga esercitato da colui il quale ha versato la caparra, allora la parte che la ha ricevuta provvederà a trattenere tale somma.

<sup>25</sup> Definito anche come “preliminare chiuso” o “formale”.

venisse ritenuto qualificabile quale vero e proprio contratto preliminare, si porrebbe, altresì, l'esigenza di indagare la sua validità ed efficacia.

La questione assume un'importanza centrale dal momento che dalla diversa ricostruzione del fenomeno deriveranno effetti notevolmente variegati. Qualora il primo accordo, infatti, non venisse ritenuto tale da configurare un valido contratto preliminare<sup>26</sup> ma, piuttosto, integrasse una mera puntuazione, allora le parti non sarebbero giuridicamente vincolate alla conclusione del preliminare vero e proprio e, di conseguenza, la somma precedentemente versata non potrebbe configurare una caparra ma, al più, integrerebbe un deposito fiduciario che, nell'eventualità in cui non venisse concluso il definitivo, dovrà esser restituito.

Una ulteriore conseguenza che deriverebbe dall'impossibilità di configurare il primo accordo quale contratto preliminare riguarderebbe il diritto alla provvigione per il mediatore, egli, infatti, in siffatta ipotesi, non diverrebbe titolare del diritto a percepire la provvigione in seguito alla conclusione della prima intesa – in quanto essa non è un'intesa contrattuale – tale diritto, piuttosto, verrebbe ad emersione solo nel momento in cui vi sia la conclusione del preliminare vero e proprio.

Il preliminare di preliminare è uno strumento negoziale cui si è fatto ampio ricorso nella contrattazione immobiliare, specialmente qualora vi sia l'assistenza di un mediatore. L'incontro fra le parti, secondo la prassi in questione, viene, infatti, subordinato alla preventiva sottoscrizione di un accordo scritto contenente l'individuazione degli elementi essenziali dell'operazione negoziale.

L'esecuzione di un tale schema procedimentale, volto all'attuazione della concreta operazione negoziale, è caratterizzato dal ruolo centrale assunto dalla figura del c.d. mediatore. Quest'ultimo, infatti, provvederà alla predisposizione di una “proposta irrevocabile di acquisto”, la quale sarà sottoposta al potenziale acquirente affinché venga da esso accettata e sottoscritta, per poi esser trasmessa alla parte venditrice, quest'ultima, mediante la sottoscrizione per accettazione, determinerà il perfezionamento dell'accordo. L'atto scritto, redatto e predisposto dal mediatore, denominato “proposta irrevocabile di acquisto”, può assumere, nella pratica, un contenuto notevolmente variegato ed

---

<sup>26</sup> Conclusione sostenuta da coloro i quali ritengono come non si possa ammettere la presenza di un contratto preliminare di contratto ad effetti obbligatori, ravvisando come, infatti, l'art.2932 c.c. limiti la contrattazione preliminare ai soli contratti ad effetti reali e, di conseguenza, viene ritenuta carente la presenza di un interesse meritevole di tutela consistente nel “obbligarsi ad obbligarsi”.

eterogeneo. L'ipotesi maggiormente diffusa, tuttavia, si connota per prevedere la successiva conclusione di un ulteriore contratto preliminare, al cui perfezionamento è subordinata l'emersione dell'obbligo per le parti di addivenire alla conclusione del contratto definitivo.

Un'attenta analisi della prassi invalsa nel settore delle contrattazioni immobiliari ha portato ad emersione le diverse fasi in cui si articola il procedimento negoziale e che determinano la scissione dell'*iter* di formazione dell'accordo in tutti quei casi in cui vi sia la presenza di un mediatore immobiliare, appositamente incaricato della realizzazione dell'affare. In particolare, è stato evidenziato come, di regola, si possano individuare cinque diverse fasi che compongono il procedimento di contrattazione immobiliare<sup>27</sup>.

Preliminare a qualsiasi attività che verrà successivamente svolta dal mediatore è il conferimento dell'incarico di vendita dall'aspirante venditore all'agente immobiliare. Il mediatore, dunque, provvederà a sottoporre al promittente acquirente il modulo contenente la proposta d'acquisto affinché quest'ultimo possa procedere a sottoscriverlo e, una volta fatto ciò, corrispondere una somma di denaro in favore del mediatore. La proposta di acquisto sarà poi trasmessa all'aspirante venditore affinché egli provveda ad approvarla per iscritto e, in tal modo, si perfezionerà l'accordo qualificato "preliminare aperto"<sup>28</sup>. La vicenda negoziale prosegue con la stipulazione del contratto preliminare vero e proprio, cui segue la dazione di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria. L'ultima fase del complesso procedimento contrattuale consiste nel perfezionamento del contratto definitivo di compravendita con cui si produrrà l'effetto traslativo della proprietà immobiliare.

Una siffatta "procedimentalizzazione" dell'*iter* negoziale, volto ad evitare nella conclusione dell'accordo produttivo dell'effetto traslativo della proprietà immobiliare, è frutto dell'esigenza avvertita dal mediatore di ottenere più facilmente la sottoscrizione del primo accordo, presentandolo alle parti quale atto meno vincolante rispetto al preliminare vero e proprio, così facendo, dunque, il mediatore otterrà diversi vantaggi.

In primo luogo, infatti, la rilevanza giuridica del accordo sottoscritto dalle parti verrà notevolmente sminuita e, di conseguenza, risulterà meno complesso far sì che esse siano

---

<sup>27</sup> DE CASAMASSIMI, *Contrattazione immobiliare e "preliminare di preliminare"*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 20248.

<sup>28</sup> Si parla di "preliminare aperto" al fine di evidenziare la possibilità di recedere riconosciuta in favore del promittente acquirente, il quale, così facendo, perderebbe, tuttavia, la somma di denaro precedentemente versata.

predisposte alla conclusione di tale negozio. Il mediatore, inoltre, mediante il perfezionamento del c.d. preliminare di preliminare si costituirà il presupposto cui è subordinato il diritto alla provvigione, rappresentato dall'avvenuta conclusione dell'affare<sup>29</sup> per effetto del suo intervento<sup>30</sup>.

La circostanza rappresentata dal fatto che, successivamente al perfezionamento del c.d. preliminare di preliminare, le parti debbano addivenire alla conclusione del preliminare vero e proprio, inoltre, farà sì che il mediatore non sia onerato né sia responsabile della predisposizione secondo la diligenza professionale del successivo preliminare, gravando, dunque, di tale compito il notaio chiamato alla stipula del contratto definitivo.

L'ulteriore vantaggio che trarrà il mediatore dal ricorso ad un siffatto schema negoziale è diretta conseguenza del fatto che sarà egli a predisporre il contenuto del preliminare di preliminare nonché a dirigere le trattative e, dunque, a consentire il contatto fra le parti contraenti. In questo modo, infatti, il mediatore potrà agevolmente inserire, all'interno del preliminare di preliminare, tutte quelle clausole che reputi funzionali al soddisfacimento del proprio interesse alla percezione della provvigione. Il *modus operandi* appena riportato consentirà al mediatore di munirsi di un titolo scritto con cui gli venga riconosciuto il diritto alla provvigione vantato nei confronti di entrambe le parti e, inoltre, verrà superata la difficoltà di provare come l'affare si sia concluso per effetto del suo intervento. Il mediatore, inoltre, facendo ricorso a tale schema negoziale provvederebbe a tutelarsi dall'eventuale prosecuzione delle trattative fra le parti, le quali, estromettendo il mediatore, potrebbero eludere l'obbligo di corresponsione della provvigione. Il mediatore, infatti, facendo ricorso al c.d. preliminare di preliminare si garantirebbe il pagamento della provvigione prima che vi possa essere alcun contatto diretto fra le parti coinvolte nell'esecuzione di tale schema negoziale.

Il ricorso allo schema che vede il perfezionamento del contratto definitivo scisso in tre fasi e caratterizzato per la presenza del c.d. preliminare di preliminare, ha trovato il suo principale ambito di applicazione nella contrattazione immobiliare condotta alla presenza del mediatore. Il ricorso ad un tale schema negoziale, tuttavia, non è esclusivamente circoscritto all'ipotesi sopra riportata, potendosi verificare delle situazioni nelle quali siano le parti ad avvertire l'esigenza di una formazione progressiva dell'accordo e,

---

<sup>29</sup> Il termine "affare" viene identificato in ogni operazione economica patrimoniale derivante dall'accordo delle parti e che determina il sorgere di obbligazioni in capo alle stesse.

<sup>30</sup> Art.1755, primo comma, c.c.

dunque, provvedano a predisporre una fase intermedia rispetto alla puntuazione ed al preliminare vero e proprio.

L'elemento che ha animato accesi dibattiti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è costituito dalla qualificazione giuridica del c.d. "preliminare di preliminare". L'esame delle diverse ricostruzioni fornite nel tentativo di ricomporre adeguatamente la natura giuridica di un simile accordo, possono essere sintetizzate nell'alternativa qualificazione del negozio quale vero e proprio contratto, ovvero ritenere come esso sia un atto intercorso in una fase avanzata delle trattative e, dunque, venga qualificato quale minuta ovvero puntuazione. In concreto, stabilire se l'accordo intercorso fra le parti costituisca un vero e proprio preliminare ovvero integri una mera puntuazione rappresenta una questione prettamente ermeneutica<sup>31</sup>.

È opportuno, preliminarmente, distinguere le due fattispecie della puntuazione di clausole e della puntuazione completa di clausole.

La puntuazione di clausole ricorre in tutti quei casi in cui vi è la presenza di documenti contenenti intese parziali relative al futuro regolamento di interessi fra le parti. La puntuazione completa di clausole, invece, si avrà qualora vi siano dei documenti che predispongano con completezza l'accordo negoziale e che, altresì, assumano una funzione preparatoria rispetto a quest'ultimo.

Le differenze fra le due fattispecie assumono particolare rilievo relativamente al differente regime probatorio. La puntuazione di clausole, infatti, genera una presunzione relativa circa il mancato accordo. La puntuazione completa di clausole, invece, integra una presunzione semplice circa l'avvenuto perfezionamento del contratto<sup>32</sup>. In tale ultima ipotesi, dunque, le parti, qualora volessero dimostrare che non vi sia un contratto concluso, dovranno superare la presunzione semplice provando come, in concreto, non fosse sussistente l'attuale volontà di dar vita ad un accordo negoziale.

---

<sup>31</sup> TOSCHI VESPASIANI, *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata"*, in *I contratti*, 2009, p. 986.

<sup>32</sup> Si è parlato a tal proposito di una vera e propria "presunzione di contrattualità" dell'accordo qualora esso contenga tutti gli elementi costitutivi essenziali del contratto. La presunzione di contrattualità, tuttavia, non potrà dirsi integrata in tutti quei casi in cui le parti abbiano inteso quali essenziali anche altri elementi del contratto e, dunque, in tale circostanza, sarà necessario l'accordo anche su tali elementi affinché il contratto possa dirsi perfezionato. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 574 ss.

La qualificazione giuridica di un determinato documento in termini di minuta di puntuazione<sup>33</sup> ovvero ritenendo integrato un vero e proprio contratto, produce rilevanti effetti giuridici. In particolare, a fronte dell'ingiustificato recesso di una delle parti diverse saranno le conseguenze a seconda che si ritenga sussistente una minuta di puntuazione ovvero un contratto<sup>34</sup>.

Nel primo caso, infatti, colui che abbia ingiustificatamente abbandonato la fase delle trattative, contravvenendo all'obbligo di comportarsi secondo buona fede, risponderà a titolo di responsabilità precontrattuale ex art.1337 c.c. e, dunque, sarà chiamata a risarcire i danni nel limite dell'interesse negativo. Come precisato dalla giurisprudenza<sup>35</sup>, la responsabilità precontrattuale sarà sussistente solo qualora le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali dell'accordo che si accingono a concludere, in quanto solo in tale ipotesi sarà sussistente l'affidamento che esse ripongono nella successiva conclusione del negozio.

Qualora, invece, si ritenga che il documento sottoscritto dalle parti integri un vero e proprio contratto, allora, a fronte dell'ingiustificato recesso di una delle parti, il rimedio previsto consisterà nell'esperimento dell'azione di esecuzione specifica ex art.2932 c.c. Avuta contezza delle rilevanti conseguenze scaturenti dalla differente qualificazione giuridica, in termini di minuta di puntuazione ovvero di contratto, di un determinato documento, è opportuno stabilire se e quando tali intese possano obbligare le parti, rilevando come, a tal proposito, non vi sia uniformità di vedute.

In particolare, la giurisprudenza, specialmente in passato, ha sostenuto come sia configurabile un contratto preliminare qualora le parti abbiano consacrato in una dichiarazione scritta l'accordo contenente la compiuta determinazione dell'oggetto nonché la quantificazione del prezzo, escludendo, dunque, come in tali circostanze ricorra una mera puntuazione e, altresì, ritenendo irrilevante il rinvio ad un momento successivo per la determinazione degli elementi accidentali del contratto<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Nella duplice variante, sopra esaminata, della puntuazione di clausole ovvero della puntuazione completa di clausole.

<sup>34</sup> CONTE, *Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e "preliminare di preliminare"*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1067.

<sup>35</sup> Cass. Civ., Sez.III, 25 febbraio 1992, n.2335, in *Foro It.*, 1992, I.

<sup>36</sup> Cass. Civ., Sez.I, 18 dicembre 1956, n.4452, in *Foro it.*



L'orientamento prevalente<sup>37</sup>, invece, ritiene come l'accordo su taluni degli elementi essenziali del contratto non sia sufficiente a porre fine alla fase delle trattative e, dunque, a ritenere sussistente un vero e proprio contratto, in quanto ritiene a tal fine necessaria l'intesa tra le parti sugli elementi tanto necessari quanto accessori dell'accordo.

Come sostenuto da autorevole dottrina<sup>38</sup>, la distinzione fra elementi essenziali ed accessori del contratto in tanto è possibile in quanto venga effettuata successivamente al perfezionamento dell'accordo stesso. Tale conclusione deriva dalla consapevolezza che l'essentialità di taluni elementi del contratto possa essere individuata dall'interprete solo *ex post*, ossia solo successivamente alla conclusione del contratto stesso. Durante la fase delle trattative, infatti, la distinzione fra elementi essenziali ed accessori del contratto non risulterebbe possibile, in quanto assumerebbe esclusivamente un valore descrittivo e sarebbe puramente astratta.

La qualificazione giuridica della somma di denaro versata dal promittente acquirente in favore del mediatore e che sarà poi consegnata alla parte venditrice nel momento in cui essa accetterà la proposta di acquisto, muta in relazione allo stato di avanzamento dell'*iter* di formazione del consenso. Qualora, infatti, la somma in questione venga versata in una fase in cui non vi sia ancora stata l'accettazione della proposta, allora tale dazione non potrà costituire né un acconto sul prezzo – non essendo dovuto nulla fintantoché la proposta non venga accettata – né, d'altro canto, potrà esser qualificata quale caparra<sup>39</sup> – dovendo essa necessariamente accedere ad un accordo vincolante per entrambe le parti. Il versamento di denaro, avvenuto anticipatamente rispetto all'accettazione della proposta, costituirà un mero “deposito cauzionale”. Il mediatore, dunque, riceverà l'importo in questione, trattenendolo temporaneamente, al sol fine di corrisponderlo in favore dell'accettante ovvero, in caso di mancata accettazione della proposta di acquisto, di restituirlo al proponente. Nell'eventualità in cui l'accordo fra le parti non venga raggiunto e, dunque, non vi sia l'accettazione della proposta di acquisto, il mediatore non

---

<sup>37</sup> Cass. Civ., 15 marzo 1982, n.1691, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, II; Cass. Civ., Sez.III, 24 maggio 1995, n.5691, in *Corr. Giur.*, 1996; Cass. Civ., Sez.II, 7 gennaio 1993, n.77, in *Giur. It.*, 1994, I.

<sup>38</sup> FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale “per relationem”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, p. 192 ss.

<sup>39</sup> Cass. Civ., Sez.III, 1° aprile 1995, n. 3823, in *Mass. Giur. It.*, 1995. In cui si afferma come la caparra confirmatoria possa inserirsi esclusivamente in un contratto a prestazioni corrispettive. Qualora così non fosse, infatti, la caparra confirmatoria andrebbe a perdere la sua peculiare funzione di coazione indiretta all'adempimento tanto nei confronti della parte che ha provveduto al versamento della stessa, quanto nei confronti di chi l'ha ricevuta.

avrà alcun titolo per poter trattenere le somme da esso ottenute, ma, piuttosto, egli sarà qualificato quale depositario fiduciario e, di conseguenza, sarà obbligato alla restituzione delle somme ricevute in caso di mancata accettazione della proposta d'acquisto.

L'accettazione della proposta produrrà, tra gli altri, il rilevante effetto di modifica della qualificazione giuridica della somma precedentemente versata dal proponente nelle mani del mediatore. Con l'accettazione, infatti, la somma versata sarà qualificabile quale vera e propria caparra confirmatoria, la cui funzione principale consiste nell'introduzione di un elemento idoneo a rafforzare e garantire il vincolo obbligatorio. L'interpretazione fornita dalla Cassazione<sup>40</sup> ha ravvisto nella presenza di una caparra confirmatoria un indice presuntivo della presenza di un contratto preliminare, ancorché la sua presenza non sia incompatibile con l'avvenuto perfezionamento di un negozio direttamente produttivo di effetti reali, nel qual caso la funzione della caparra sarebbe quella di garantire le ulteriori prestazioni che dovranno essere eseguite dall'obbligato.

---

<sup>40</sup> Cass. Civ., Sez. II, 15 maggio 1998, n.4902, in *Riv. Notar.*, 1999.

## **2.1 Segue: Il problema della validità del preliminare di preliminare.**

La validità del contratto c.d. preliminare di preliminare costituisce una questione di rilevante importanza pratica specialmente nell'ambito delle contrattazioni immobiliari, essendo quest'ultimo il campo di applicazione elettivo della fattispecie in esame. È frequente, infatti, che le parti, messe in relazione fra di loro grazie all'attività di un mediatore immobiliare, sottoscrivano un primo contratto preliminare<sup>41</sup> con cui assumono l'obbligo di concludere un secondo contratto preliminare il quale, a sua volta, obbligherà i contraenti alla conclusione del contratto definitivo cui seguirà la produzione dell'effetto traslativo del diritto.

La figura del c.d. preliminare di preliminare ha costituito oggetto di un vivace ed esteso dibattito interpretativo, principalmente incentrato su due aspetti: la possibilità di ritenere tale fattispecie idonea a configurare un vero e proprio contratto e, inoltre, la questione inerente alla validità di un tale negozio<sup>42</sup>.

La prima questione che necessita di esser affrontata riguarda la possibilità di attribuire o meno valenza contrattuale al c.d. preliminare di preliminare, dovendo, a tal proposito, accertare se tale accordo integri un vero e proprio contratto ovvero rappresenti un'intesa provvisoria con cui le parti intendano cristallizzare determinati elementi destinati poi a confluire nel futuro contratto definitivo, pur restando prive di alcun vincolo giuridico che imponga loro la necessità di addivenire alla conclusione del definitivo, fatta salva, ovviamente, l'applicazione del principio generale che impone alle parti contraenti di comportarsi, nello svolgimento delle trattative, secondo correttezza e buona fede<sup>43</sup>.

La posizione della dottrina al riguardo si connota per il quasi unanime riconoscimento della natura contrattuale del c.d. preliminare di preliminare<sup>44</sup>. Diversi argomenti vengono dedotti a sostegno di tale tesi "contrattualista". Innanzitutto, si è evidenziato come il c.d. "pre-preliminare" soddisfi tutti i requisiti, sia formali che sostanziali, richiesti dalla legge affinché vi possa essere la valida conclusione di un contratto. L'accordo in questione,

---

<sup>41</sup> Il quale viene redatto sulla base di un modulo fornito dal mediatore e che, di regola, contiene una c.d. proposta irrevocabile, la quale verrà sottoscritta dal promissario acquirente e, successivamente, trasmessa a promittente venditore il quale, sottoscrivendola, accetterà tale proposta perfezionando così il c.d. preliminare di preliminare.

<sup>42</sup> Buset, *Le Sezioni Unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, p. 10601.

<sup>43</sup> Ex art.1337 c.c.

<sup>44</sup> Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata del preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 23.

inoltre, è frutto della manifestazione di volontà di vincolarsi delle parti, come è pacificamente desumibile dalla duplice sottoscrizione della “proposta irrevocabile”. L’obiettivo perseguito dalle parti che intendono valersi di tale schema negoziale è incompatibile con l’eventuale insussistenza di un vincolo attuale, in quanto l’intento primario dei paciscenti consiste nel “bloccare” un determinato affare le cui condizioni essenziali vengono apprezzate dalle parti in termini di convenienza.

La natura contrattuale del c.d. preliminare di preliminare non parrebbe opinabile essendo, altresì, necessario considerare come l’intenzione delle parti di vincolarsi costituisca il criterio principale al fine di poter validamente distinguere accordi contrattuali e puntualizzazioni e che nel caso di specie, tanto il dato letterale quanto una sua interpretazione teleologica, depongono nel senso di ritenere ravvisabile il c.d. *animus contrahendi* al momento della doppia sottoscrizione.

L’unico indice concretamente idoneo a scalfire la validità della c.d. tesi contrattualista è rappresentato dalla possibilità di ravvisare il difetto di completezza – elemento necessario al fine di ritenere integrato il requisito della volontà di obbligarsi – ritenuto un elemento imprescindibile al fine di poter determinare il contenuto minimo del contratto, pur tuttavia ritenendo validamente integrato il requisito dell’intenzione dei contraenti ad obbligarsi. In merito all’osservazione da ultimo riportata, diretta a scalfire la validità della c.d. tesi contrattualista, è necessario avanzare due opposte considerazioni.

Preliminarmente, risulta necessario constatare come la sussistenza del requisito di completezza – ritenuto, insieme alla volontà di obbligarsi, un elemento necessario per poter individuare il contenuto minimo del contratto – deve esser accertata riferendosi agli elementi essenziali del contratto, sui quali si sia concretamente focalizzata l’attenzione delle parti al fine di poter addivenire alla stipulazione del negozio in questione. L’osservazione appena svolta, dunque, conduce a ritenere sussistente il requisito di completezza in tutte le ipotesi nelle quali le parti abbiano discusso e si siano accordate sugli elementi astrattamente necessari ai fini della valida stipulazione dell’accordo e, di conseguenza, deve escludersi la possibilità di fornire una valutazione di parzialità dell’accordo nei casi in cui non vi sia stata la discussione, e consequenzialmente l’approvazione, degli elementi ulteriori rispetto a quelli ritenuti necessari per l’esistenza giuridica del contratto<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 maggio 2001, n. 7094, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

Qualora, dunque, l'accordo non contenga alcun riferimento agli elementi c.d. accessori ma sia completo di tutti gli elementi essenziali, dovrà pur sempre ritenersi sussistente un vero e proprio contratto – purché, ovviamente, entrambe le parti abbiano manifestato il loro consenso – e per i profili non regolati dalle parti si farà ricorso alla c.d. integrazione suppletiva<sup>46</sup>, la quale prevede come le parti non siano vincolate esclusivamente a quanto pattuito all'interno del contratto, ma anche alle conseguenze derivanti dalla legge ovvero, in mancanza, dagli usi e dall'equità.

In secondo luogo, è opportuno evidenziare come, secondo costante giurisprudenza, la presenza di una puntuazione di clausole<sup>47</sup> faccia sorgere una presunzione semplice di mancata conclusione del contratto mentre, invece, qualora vi sia una puntuazione completa di clausole<sup>48</sup> si ritiene integrata una presunzione semplice di avvenuto perfezionamento dell'accordo. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, le presunzioni sono passibili di prova contraria<sup>49</sup>, la quale può esser fornita mediante il ricorso a qualsiasi mezzo di prova finalizzato a portare ad emersione l'intenzione comune delle parti, la quale costituisce il principale criterio di indagine cui il giudice dovrà attenersi, potendo anche procedere all'interpretazione diretta del documento.

La presenza degli istituti della puntuazione di clausole e della puntuazione completa di clausole, sopra esaminati, consente alle parti di poter variamente modulare lo stato di avanzamento delle trattative e, di conseguenza, di influire sulla qualificazione giuridica di tale accordo in virtù dell'operatività delle presunzioni semplici dirette, nel primo caso, ad escludere la sussistenza di un valido contratto e, nella seconda ipotesi, invece, a ritenere presuntivamente perfezionato l'accordo contrattuale.

Risolto in senso positivo l'interrogativo attinente alla natura contrattuale o meno del c.d. preliminare di preliminare, resta da sciogliere la questione inerente alla validità di tale negozio. La tesi maggiormente diffusa in giurisprudenza tende a negare l'ammissibilità del contratto preliminare di preliminare, ritenendo come in esso faccia difetto l'elemento essenziale della causa<sup>50</sup> e, dunque, ricorra un'ipotesi di nullità strutturale del negozio in

---

<sup>46</sup> Ex art.1374 c.c.

<sup>47</sup> La quale ricorre in tutti i casi in cui vi siano dei documenti contenenti intese parziali relative al futuro regolamento di interessi fra le parti.

<sup>48</sup> Ipotesi che è integrata quando le parti abbiano predisposto dei documenti nei quali prevedano con completezza l'accordo negoziale e che assumano una funzione preparatoria rispetto a quest'ultimo.

<sup>49</sup> In quanto ascrivibili all'interno della categoria delle c.d. presunzioni *iuris tantum*.

<sup>50</sup> Ex art.1325, n.2) c.c.

questione<sup>51</sup>. Un siffatto orientamento, cui si è in passato conformata anche la Cassazione<sup>52</sup>, ritiene nullo il pre-preliminare in quanto carente di causa e, inoltre, censura l'utilità pratica di un siffatto schema negoziale ravvisando come non sia meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, quest'ultimo, anzi, è ritenuto produttivo di una "inutile superfetazione".

Le sentenze nelle quali è stata accolta le tesi della nullità del pre-preliminare per difetto di causa si caratterizzano, tuttavia, per evidenziare un notevole punto critico rappresentato dalla circostanza che in tali decisioni è stato, in primo luogo, dichiarato nullo il preliminare di preliminare proprio per difetto di causa e, successivamente, si procede ad affermare come la scrittura in questione integri una mera puntuazione. L'analisi di tali decisioni porta ad emersione l'insostenibilità logica di quanto in esse affermato, in quanto qualora l'accordo in questione integrasse un contratto perfetto ma carente di un elemento essenziale allora si configurerebbe un contratto invalido e, dunque, tale negozio non potrebbe essere al tempo stesso un non-contratto – quale sarebbe, invece, qualora venisse qualificato quale mera puntuazione.

In dottrina, coloro i quali aderiscono alla tesi dell'invalidità del preliminare di preliminare adducono indici variegati al fine di corroborare tale orientamento. Alcuni autori<sup>53</sup> ritengono ammissibile una successione di vincoli preliminari purché connotati da una intensità progressivamente maggiore, mentre ravvisano la carenza di utilità pratica, con la conseguente invalidità, qualora vi sia il susseguirsi di accordi preliminari, i quali non approssimano al contratto definitivo. Altri autori<sup>54</sup>, invece, ravvisano l'assenza di causa del preliminare di preliminare come conseguenza del giudizio di immeritevolezza di tutela in virtù del principio di economicità, in forza del quale sarebbe opportuno evitare di giuridicizzare la volontà delle parti quando ciò non consenta alle stesse di conseguire il soddisfacimento degli interessi concretamente perseguiti. Altra parte della dottrina<sup>55</sup> ritiene come il preliminare di preliminare sia caratterizzato dal difetto di "funzione economica a livello tipologico" e, di conseguenza, ravvisa l'assenza di uno schema riconoscibile al fine di poter comporre il contrasto di interessi economici.

---

<sup>51</sup> Ex art.1418, secondo comma, c.c.

<sup>52</sup> Cass. Civ., Sez.II, 2 aprile 2009, n. 8038, in *Giur. It.*, 2009.

<sup>53</sup> PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.

<sup>54</sup> LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 40.

<sup>55</sup> GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2010, Vol. XIII-Tomo II.

L'orientamento maggioritario in dottrina ammette la validità del preliminare di preliminare ed ha obiettato i rilievi addotti da coloro i quali, invece, tendono a negare l'ammissibilità di un siffatto negozio. In particolare, viene innanzitutto evidenziato come il preliminare di preliminare non si possa ritenere nullo per carenza di un interesse effettivo delle parti, in quanto l'avvenuta conclusione di tale accordo dimostra, *ex se*, come nel caso di specie sia ravvisabile l'intenzione concreta dei paciscenti<sup>56</sup>.

La principale critica mossa ad una siffatta ricostruzione, volta ad individuare l'esistenza di un interesse effettivo delle parti nella sola circostanza che l'accordo sia stato concluso, consiste nell'osservare come l'accoglimento di un tale ragionamento porterebbe a ritenere meritevole di tutela ogni pattuizione contrattuale purché l'accordo venga stipulato e, così facendo, verrebbe alterato il dato codicistico ex artt.1322, secondo comma e 1325, n.2), c.c., i quali richiedono l'esistenza di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico alla cui realizzazione sia diretto il contratto c.d. "atipico", nonché l'effettiva presenza del requisito della causa, pena la nullità dell'accordo ex art.1418, secondo comma, c.c.

Si è altresì osservato come il preliminare di preliminare altro non sarebbe che un preliminare vero e proprio caratterizzato dalla necessità di una successiva negoziazione e, dunque, tale accordo sarebbe la fonte di un mero obbligo a trattare al fine di poter giungere alla conclusione del preliminare "chiuso". L'osservazione appena svolta condurrebbe, dunque, a non ritenere la scissione dell'*iter* negoziale in tre fasi una "inutile superfetazione", in quanto fra il primo ed il secondo preliminare vi sarebbe una differenza contenutistica e funzionale<sup>57</sup>.

La tesi da ultimo riportata, tuttavia, deve esser sottoposta ad un vaglio critico che conduce a ravvisare l'esistenza di almeno tre profili critici della stessa. In primo luogo, ritenere come dal preliminare di preliminare scaturisca il solo obbligo a trattare – finalizzato a far sì che le parti giungano, in un momento successivo, alla conclusione di un vero e proprio contratto preliminare – è criticato nella misura in cui determinerebbe l'emersione di uno *iato* fra la realtà empirica ed il diritto. In secondo luogo, la scissione fra il c.d. pre-preliminare ed il preliminare vero e proprio, giustificata facendo riferimento all'esigenza di uno *iato* temporale al fine di poter procedere al completamento dell'accordo, è ritenuta

---

<sup>56</sup> SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2016

<sup>57</sup> Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in *Dir. e Giur.*, 1995.

contrastante con la caratteristica propria del contratto preliminare, dal quale, infatti, sorge l'obbligo di prestare il consenso al fine del perfezionamento del contratto definitivo, il cui contenuto – almeno essenziale – risulta già determinato e per gli aspetti del contratto definitivo non determinati all'interno della pattuizione preliminare interverrà, se del caso, il meccanismo della c.d. integrazione suppletiva ex art.1374 c.c. In terzo luogo, infine, è stato osservato come l'esecuzione in forma specifica del preliminare<sup>58</sup> non possa esser esclusa in via implicita, dovendo, piuttosto, risultare dal titolo e, tenuto conto del fatto che per i contratti di compravendita immobiliare è prescritta, sotto pena di nullità, la forma scritta, allora l'inoperatività del peculiare meccanismo ex art.2932 c.c. dovrebbe risultare dalla presenza di una specifica clausola contenuta all'interno del preliminare in questione, la quale, tuttavia, è di regola assente in tali schemi negoziali.

Una diversa ricostruzione, invece, qualifica il preliminare di preliminare non come un contratto “aperto” cui farà seguito il perfezionamento del preliminare vero e proprio – il c.d. preliminare “chiuso” – ma, piuttosto, attribuisce al pre-preliminare natura di vero e proprio contratto preliminare di definitivo dal quale deriverebbe l'obbligo a contrarre e che, dunque, risulterebbe suscettibile di esecuzione in forma specifica.

L'adesione all'orientamento da ultimo riportato condurrebbe a ritenere il secondo preliminare privo di una funzione concreta, mentre, invece, il primo accordo rappresenterebbe un vero e proprio contratto preliminare con tutti gli effetti che da esso conseguono<sup>59</sup>. Una siffatta conclusione deriva dalla circostanza in forza della quale nella “proposta di acquisto”, sottoscritta da entrambe le parti, sono presenti tutti gli elementi necessari per far sì che tale atto venga qualificato come preliminare “puro”. Inoltre, è stata posta in evidenza l'identica funzione che intercorre fra tale proposta di acquisto ed il preliminare *tout court*, entrambi, infatti, risultano essere diretti a scindere il consenso necessario per la conclusione del definitivo in due fasi.

L'invalidità del secondo accordo – sostenuta dai fautori della tesi in esame – potrebbe essere esclusa mediante diverse modalità tali da riconoscere la validità di un siffatto negozio. In primo luogo, si potrebbe affermare come le parti, nel riferirsi al secondo accordo denominandolo quale preliminare, abbiano, in realtà, inteso stipulare un negozio meramente ripetitivo del primo preliminare ma, diversamente da quest'ultimo, stipulato

---

<sup>58</sup> Ex art.2932 c.c.

<sup>59</sup> GABRIELLI, *op. cit.*, p. 23.



in forma solenne al fine di poter procedere alla valida trascrizione dello stesso, ex art.2645-bis c.c. In alternativa, la validità del secondo accordo potrebbe esser fatta salva mediante l'applicazione del principio ermeneutico sancito all'art.1367 c.c., in forza del quale, in presenza di un dubbio, dovrà preferirsi l'interpretazione che consenta al contratto di produrre qualche effetto piuttosto che alcuno. Il ricorso a tale criterio interpretativo consentirà di riqualificare il secondo contratto quale definitivo concluso mediante una semplice scrittura privata, dando vita al c.d. "preliminare improprio"<sup>60</sup>.

Un ultimo meccanismo che consentirebbe al secondo preliminare di esser comunque produttivo di effetti giuridici è costituito dal ricorso all'istituto della conversione del contratto nullo<sup>61</sup>. Il secondo preliminare, infatti, ancorché dichiarato nullo per difetto di causa, ben potrebbe convertirsi in un valido contratto definitivo purché contenga i requisiti di forma e di sostanza di quest'ultimo e, inoltre, sia possibile ritenere, avuto riguardo allo scopo perseguito dai contraenti, che le parti, qualora avessero avuto conoscenza della nullità, avrebbero provveduto alla conclusione del contratto che risulterà a seguito della fruttuosa applicazione di tale istituto.

---

<sup>60</sup> Espressione invalsa al fine di descrivere la situazione in cui le parti, avendo raggiunto l'accordo su tutte le clausole contrattuali, si obbligano a formalizzare il consenso, già dalle stesse raggiunto, in una forma diversa, di regola quella dell'atto pubblico, per poter poi procedere alla trascrizione dell'accordo ai sensi dell'art.2645-bis c.c.

<sup>61</sup> Ex art.1424 c.c.

## **2.2 Segue: Orientamenti dottrinali relativi alla figura del preliminare di preliminare.**

La controversa figura del preliminare di preliminare ha costituito oggetto di ampie ed accese discussioni in dottrina, essendo state, infatti, prospettate diverse ipotesi ricostruttive della stessa. Parte della dottrina<sup>62</sup> ha ritenuto privo di giustificazione causale, e quindi nullo, il preliminare di preliminare, ravvisando come quest'ultimo avesse quale unica funzione quella di duplicare il momento obbligatorio senza alcuna differenziazione fra le due fasi anteriori alla conclusione del definitivo. L'ulteriore indice addotto a sostegno della nullità del preliminare di preliminare è stato ravvisato nell'impossibilità di procedere ad eseguire in forma specifica un siffatto negozio, il quale, infatti, farebbe trasparire l'implicita volontà delle parti di escludere l'applicabilità del rimedio ex art.2932 c.c. fin tanto che non sia stato stipulato il c.d. preliminare "chiuso", con cui venga compiutamente definito il contenuto dell'intesa contrattuale. Alcuni autori<sup>63</sup>, diversamente, qualificano il preliminare "aperto" quale un vero e proprio contratto preliminare, mentre il secondo negozio si limiterebbe a riprodurre il consenso, già precedentemente manifestato e perfezionato, in una forma idonea a consentirne la trascrizione ex art.2645-bis c.c.

L'atteggiamento di favore nei confronti del preliminare di preliminare è condiviso da coloro i quali ritengono tale negozio del tutto ammissibile ravvisando la sussistenza dell'effettivo interesse delle parti nel fatto stesso che esse abbiano concluso il contratto, nonché ritenendo come l'interesse sotteso al preliminare di preliminare ben potrebbe coincidere con quello che spinge i contraenti a stipulare un contratto preliminare con cui assumono l'impegno di addivenire alla conclusione di un contratto definitivo ad effetti meramente obbligatori<sup>64</sup>.

Particolare rilievo assumono, inoltre, le forti critiche manifestate nei confronti della soluzione prospettata dalla Cassazione con la sentenza 8038/2009, la quale – come si vedrà – ha ritenuto nullo per difetto di causa il preliminare di preliminare, sancendone l'inutilità pratica e, di conseguenza, qualificando quale mera punteggiatura il documento denominato "proposta di acquisto irrevocabile" sottoscritto dalle parti e predisposto dal

---

<sup>62</sup> RASCIO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1963.

<sup>63</sup> GABRIELLI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>64</sup> TOSCHI VESPASIANI, *op. cit.*, p. 986.

mediatore. In particolare, è stato evidenziato come la Cassazione abbia assunto una posizione del tutto aprioristica, limitandosi a ravvisare il collegamento necessario e strumentale che l'art.2932 c.c. farebbe sorgere fra il contratto preliminare ed il definitivo e dal quale deriverebbe l'impossibilità di ritenere ammissibile il contratto con cui le parti si obbligano ad obbligarsi, ravvisando, piuttosto, in esso una "inconcludente superfetazione" non diretta alla persecuzione di alcun interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Altri autori<sup>65</sup>, invece, si sono dimostrati soddisfatti dalla decisione resa dalla Cassazione con la sentenza 8038/2008, ritenendo del tutto condivisibile l'inutilità del preliminare di preliminare dal momento che esso obbligherebbe le parti alla conclusione del preliminare vero e proprio, il cui oggetto sarebbe di fatto il medesimo del pre-preliminare, ossia l'obbligo di concludere il contratto definitivo. Inoltre, l'esigenza che le parti potrebbero avvertire, consistente nella possibilità di controllare le eventuali sopravvenienze emerse in un momento successivo rispetto alla conclusione del preliminare, potrebbe esser garantita mediante il ricorso agli elementi accidentali della condizione o del termine apposti al preliminare *tout court* e non, invece, incentivando il ricorso allo strumento del preliminare di preliminare<sup>66</sup>.

In conformità con quanto statuito dalla Corte di cassazione, alcuni autori hanno ritenuto corretta la decisione di ridimensionare a mera puntuazione la proposta irrevocabile di acquisto accettata dal destinatario. Una siffatta conclusione è stata ritenuta maggiormente confacente all'effettiva volontà delle parti, le quali non parrebbero intenzionate a dar vita ad un impegno contrattuale obbligatorio, soprattutto considerando la scarsità di informazioni a loro disposizione sul contenuto del contratto che intenderebbero concludere.

La proposta irrevocabile di acquisto e la successiva accettazione, indipendentemente dalla denominazione formale che li caratterizza, dovrebbero, dunque, essere intesi quali atti diretti ad individuare l'inizio formale delle trattative e costituirebbero il momento a partire dal quale troveranno applicazione le disposizioni dedicate alla responsabilità precontrattuale<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> LA PORTA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>66</sup> GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.

<sup>67</sup> Artt.1337 e 1338 c.c.

La ricorrente affermazione in forza della quale non verrebbe ravvisata alcuna giustificazione razionale sul piano pratico-giuridico alla stipula di due contratti preliminari, costituisce il presupposto necessario da cui muovono coloro i quali ritengono il preliminare di preliminare nullo per mancanza di causa. Una siffatta visione, tuttavia, è stata notevolmente criticata da parte della dottrina, la quale ha evidenziato come la scissione dell'*iter* negoziale, facendo ricorso alla conclusione di due contratti preliminari, non possa dirsi, di per sé, irrazionale<sup>68</sup>. Le parti, infatti, con il primo contratto preliminare provvederanno, di regola, a stabilire gli elementi essenziali ed eventualmente prevederanno la dazione di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria. In tale fase, dunque, le informazioni relative alle condizioni delle parti e alla situazione del bene immobile oggetto del contratto sono minime o addirittura del tutto assenti.

Con la conclusione del preliminare c.d. "chiuso", le parti, anche grazie alle informazioni nel frattempo assunte, provvederanno ad inserire all'interno del negozio anche dei patti accessori, andando ad ampliare il contenuto dell'accordo rispetto alle scarse previsioni contenute nel primo contratto preliminare, precedentemente concluso. L'effetto reale – consistente nel trasferimento del diritto di proprietà in favore dell'acquirente – si avrà, invece, solo nel momento in cui verrà concluso il contratto definitivo mediante atto pubblico.

L'esame delle diverse fasi in cui si articola l'*iter* negoziale ha consentito di evidenziare come non vi sia alcun indice di illiceità nelle stesse, sicché è stata contestata la scelta di ritenere nullo il preliminare di preliminare. Tuttavia, dall'attenta analisi delle decisioni giurisprudenziali che hanno ritenuto nullo il preliminare di preliminare, si evince come le stesse facciano ricorso alla categoria dell'inutilità, ritenendo come sia privo di utilità pratica concludere un contratto con cui si assume l'obbligo di concludere un altro contratto, il quale, a sua volta, obbligherà alla successiva conclusione del contratto definitivo, potendo, piuttosto, le parti procedere alla conclusione di un preliminare *tout court* per poi, in esecuzione dello stesso, prestare il consenso nelle forme richieste affinché, con la conclusione del contratto definitivo, possa realizzarsi l'effetto traslativo. L'eventuale sussistenza di particolari esigenze – secondo coloro i quali ritengono inutile il ricorso all'istituto del preliminare di preliminare – ben potrebbe esser soddisfatta mediante l'apposizione di elementi accidentali al contratto preliminare tipico, senza che

---

<sup>68</sup> FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 609.

per tale motivo si renda necessaria la scissione in tre fasi l'*iter* negoziale. L'osservazione critica nei confronti del preliminare di preliminare continua osservando come qualora lo stesso restasse inadempito, le parti non potrebbero valersi del peculiare meccanismo previsto all'art.2932 c.c., il quale sarebbe esperibile nella sola eventualità che restasse inadempito il secondo preliminare, sempre che tale tutela sia possibile e non sia stata esclusa dal titolo.

La principale criticità del ragionamento sopra riportato – il quale sostiene l'inutilità del ricorso alla figura del preliminare di preliminare – consiste nel salto logico che ha portato a ritenere nullo per carenza di causa il preliminare di preliminare di cui, al più, si è contestata l'utilità pratica. Si è evidenziato, infatti, come nell'ordinamento non vengano previste sanzioni qualora l'attività negoziale delle parti si sia rivelata inutile, potendo, piuttosto, limitarsi a considerare un siffatto accordo come irrilevante per il diritto, senza che ciò possa inficiare l'efficacia delle restati pattuizioni. L'ulteriore osservazione addotta da coloro che ritengono erronea la ricostruzione tendente a ravvisare nel preliminare di preliminare un contratto inutile e, di conseguenza, nullo per mancanza di causa, si incentra sull'affermazione volta a riconoscere al preliminare di preliminare, così come diffusosi nella prassi, un'effettiva utilità. L'utilità pratica del pre-preliminare, tuttavia, non viene motivata facendo ricorso alla tautologica affermazione in forza della quale si sostiene che, se le parti abbiano inteso procedere in un determinato modo, allora automaticamente tale modalità sarà, per ciò solo, utile. L'utilità del ricorso allo schema del preliminare di preliminare non è solo un'utilità pratica ma, piuttosto, coinvolgerà anche il piano giuridico, ben potendo accadere che le parti, con il secondo preliminare, provvedano ad arricchire o modificare il precedente accordo e, così facendo, la scissione dell'*iter* negoziale non sarà né illecita né, tanto meno, inutile. Le parti, infatti, dopo aver concluso un primo preliminare, ben potrebbero procedere al perfezionamento di un secondo preliminare con contenuto del tutto analogo al precedente accordo, per poi proseguire, in esecuzione di tale ultimo negozio, con la stipula del contratto definitivo. Qualora una siffatta ipotesi venisse concretamente attuata non si potrebbe comunque concludere per la nullità e, inoltre, potrebbe discutersi circa l'effettiva utilità di un tale schema negoziale. La presenza di un secondo contratto preliminare meramente riproduttivo del primo, infatti, ben potrebbe esser motivata dall'esigenza, per esempio, di sanare, mediante convalida ex art.1444 c.c., eventuali vizi del consenso incorsi nella

conclusione del primo preliminare, ovvero per poter determinare la decorrenza di un nuovo termine di prescrizione, nonché per altre ed ulteriori esigenze concretamente avvertite dalle parti.

In virtù delle osservazioni sopra svolte è ben possibile concludere affermando come, secondo la dottrina sopra citata, la tesi della nullità per inutilità dello schema che prevede la presenza di un doppio preliminare non possa essere accolta. A sostegno di una siffatta conclusione, è stato correttamente osservato come anche nei confronti del preliminare *tout court* potrebbero esser mosse le medesime critiche avanzate nei confronti del preliminare di preliminare, anche il primo, infatti, potrebbe esser ritenuto privo di utilità in quanto la sua funzione sia limitata a far sorgere in capo alle parti l'obbligo di stipulare successivamente un contratto definitivo. Anche il preliminare tipico, dunque, potrebbe esser ritenuto privo di utilità pratica, potendo, anche in questo caso, ritenere sufficiente l'apposizione di elementi accidentali al contratto definitivo per far fronte ad eventuali esigenze avvertite dalle parti.

Il contributo dottrinale nell'analisi e ricostruzione del preliminare di preliminare, ha avuto, altresì, il merito di indagare e rintracciare le ragioni pratiche che hanno determinato il notevole successo di un siffatto schema negoziale. Come desuntosi dall'esame della prassi, infatti, la funzione concreta della conclusione di un primo accordo preliminare cui faccia seguito un successivo preliminare formale è data dalla necessità di consentire alle parti di approfondire le caratteristiche dell'operazione contrattuale, permettendo loro, anche mediate l'ausilio di vari professionisti, di concordare tutti quegli elementi c.d. secondari, non precedentemente presi in considerazione.

In dottrina sono state avanzate differenti ipotesi ricostruttive della fattispecie rappresentata dal preliminare di preliminare nel tentativo di evitare che possa esserne inficiata la validità<sup>69</sup>. Secondo una prima ricostruzione, la scissione dell'*iter* negoziale in tre fasi distinte può esser motivata dall'intervento del mediatore nella contrattazione immobiliare e, in particolare, dall'esigenza di garantire a tale soggetto il diritto alla percezione della provvigione, diritto il quale è subordinato alla conclusione dell'affare per effetto dell'intervento dell'agente immobiliare<sup>70</sup>. Secondo una siffatta ricostruzione, dunque, il preliminare di preliminare avrebbe una propria utilità pratica e, di conseguenza,

---

<sup>69</sup> DE CASAMASSIMI, *op. cit.*, p. 20248.

<sup>70</sup> Ex art.1755 c.c.

un'autonoma funzione concreta, coincidente con la necessità di vincolare immediatamente le parti e, inoltre, di far sì che esse siano obbligate alla successiva conclusione del preliminare vero e proprio<sup>71</sup>. La dottrina in questione, inoltre, ha evidenziato l'utilità pratica del preliminare di preliminare, ravvisandola nella possibilità di consentire alle parti un maggior approfondimento degli elementi afferenti l'operazione contrattuale, nonché nel consentire di addivenire alla conclusione del definitivo nel momento dell'integrale corresponsione del prezzo.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, il preliminare c.d. "aperto" dovrebbe essere qualificato quale un vero e proprio contratto preliminare e, di conseguenza, suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art.2932 c.c. purché l'obbligo di concludere il definitivo resti inadempito a causa del rifiuto di una delle parti e la parte non inadempiente abbia eseguito, ovvero offerto di eseguire, la propria prestazione. Il preliminare c.d. "chiuso", d'altro canto, andrebbe a costituire un contratto definitivo, ancorché redatto per scrittura privata, pur prevedendo l'obbligo in capo alle parti di rinnovare un siffatto accordo innanzi ad un Notaio affinché possa esser dotato della forma pubblica richiesta ai fini della trascrizione. Il principale effetto che deriverebbe dall'accoglimento di una siffatta ricostruzione sarebbe quello di ritenere come già al momento della conclusione del secondo accordo, ancorché redatto per scrittura privata, si producano tutti gli effetti propri del contratto definitivo, fra cui la principale conseguenza rappresentata dall'effetto traslativo, salvo che dall'interpretazione di tale negozio possa emergere una difforme volontà delle parti tale da subordinare la produzione dell'effetto reale alla stipula della vendita per atto pubblico e, dunque, all'avvenuto integrale pagamento del prezzo. La ricostruzione da ultimo riportata verrebbe supportata dell'evidente presenza, testimoniata dalla prassi, nel preliminare c.d. "aperto" di tutti gli elementi necessari per la valida conclusione di un preliminare vero e proprio e, di conseguenza, eseguibile in forma specifica ex art.2932 c.c.

Una differente ricostruzione della natura giuridica del preliminare di preliminare è stata fornita da parte della dottrina<sup>72</sup>, la quale ha ritenuto un siffatto negozio non sussumibile all'interno della categoria dei contratti quanto, piuttosto, ravvisando in tale schema

---

<sup>71</sup> TASSINARI, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 49.

<sup>72</sup> PLAIA, *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. Civ. Cont.*, 2015.

negoziale un “quasi contratto”. La *ratio* alla base della teoria in esame è costituita dall’osservazione che ha condotto a ravvisare nell’art.1337 c.c. – il quale impone alle parti di adottare un comportamento conforme a buona fede nello svolgimento delle trattative – la fonte della violazione dell’obbligo di procedere con le trattative e, dunque, di addivenire alla conclusione del preliminare c.d. “chiuso”, non ritenendo come un siffatto obbligo possa, invece, scaturire dall’avvenuta conclusione del preliminare di preliminare. In virtù di quanto sopra riportato, dunque, è stata esclusa la natura propriamente contrattuale del preliminare di preliminare, il quale, piuttosto, è stato ascritto all’interno della categoria dei c.d. “quasi contratti”.

La teoria da ultimo esaminata, tuttavia, si è prestata alle notevoli obiezioni avanzate da coloro i quali<sup>73</sup>, invece, ritengono come il preliminare di preliminare sia un vero e proprio contratto e, come tale, da esso derivi l’obbligo per le parti di proseguire l’*iter* contrattuale addivenendo alla conclusione del preliminare “chiuso”, con la conseguente emersione di una responsabilità contrattuale in caso di mancato adempimento all’obbligo assunto mediante l’intervenuto perfezionamento del preliminare “aperto”. L’obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative, come previsto dall’art.1337 c.c., continuerà a costituire la fonte di responsabilità fra le parti per qualsiasi comportamento contrastante con tale principio, purché siano violati obblighi non contemplati né direttamente scaturenti dal preliminare di preliminare. In quest’ultimo caso, infatti, ad esser violato sarà l’obbligo assunto dalle parti e contemplato nel preliminare di preliminare, sicché verrà integrata una responsabilità di tipo contrattuale, direttamente derivante dalla violazione dell’impegno assunto con il preliminare di preliminare.

---

<sup>73</sup> BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2017, p. 379.



### **2.3 Segue: La natura del preliminare di preliminare alla luce delle pronunce giurisprudenziali.**

La giurisprudenza si è più volte pronunciata sulla complessa e complicata questione relativa alla validità del c.d. preliminare di preliminare, fornendo ricostruzioni non univoche circa l'ammissibilità di un siffatto negozio all'interno dell'ordinamento giuridico. Il ruolo rivestito dai giudici, in relazione al tema cui qui si discorre, è di rilevanza centrale in quanto, non essendovi stato alcun intervento legislativo diretto a disciplinare il c.d. pre-preliminare, essi saranno chiamati a compiere l'accertamento inerente alla possibilità di ritenere ammissibile tale negozio, dovendo verificare se il contratto in questione possa esser ritenuto diretto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico<sup>74</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale – prevalente fino all'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza del 6 marzo 2015, n.4628 – tendente a negare l'ammissibilità del c.d. preliminare di preliminare, ritenuto nullo in quanto privo dell'elemento causale, è stato accolto in numerose pronunce, specialmente da parte dei giudici di merito e, solo in un secondo momento, recepito anche dalla Corte di cassazione con la sentenza del 2 aprile 2009, n.8038.

Procedendo con l'esame delle diverse decisioni rese in sede di merito è opportuno, innanzitutto, soffermarsi sull'intervento del 9 aprile del 1996 della Pretura di Bologna. La decisione sopra richiamata si caratterizza per la peculiare conclusione cui perviene, essa, infatti, non dichiara la nullità del preliminare di preliminare, quanto, piuttosto, ritiene come tale accordo debba esser qualificato quale preliminare “formale”, non essendo rilevante la pattuizione inerente alla successiva sottoscrizione del c.d. preliminare chiuso, quest'ultimo, per l'appunto, è stato ritenuto un negozio meramente riproduttivo di un accordo già completo. La vicenda concreta che ha portato il Pretore a risolvere nel senso sopra riportato la questione, ha preso le mosse dall'azione giudiziaria esperita dal mediatore al fine di ottenere il pagamento della provvigione ad esso spettante ed ha visto le parti convenute in giudizio resistere eccependo la nullità dell'accordo sottoscritto e, in ogni caso, l'impossibilità di ritenere che tale negozio potesse integrare un contratto preliminare suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art.2932 c.c. dal momento

---

<sup>74</sup> Ex art.1322, secondo comma, c.c.

che esso rinviava ad una fase successiva la sottoscrizione del preliminare nonché, da ultimo, veniva opposta la mancata conclusione dell'affare e, di conseguenza, l'assenza del requisito ex art.1755 c.c., cui è subordinato il diritto alla provvigione in favore del mediatore. Una prima questione, preliminare rispetto alla soluzione della controversia in esame, attiene alla natura giuridica del preliminare di preliminare, dovendo accertare se esso costituisca un vero e proprio contratto ovvero integri una mera puntualizzazione o minuta di contratto. Il Pretore di Bologna, nel tentativo di sciogliere il nodo gordiano relativo alla natura giuridica del preliminare di preliminare, si attiene all'indirizzo espresso dalla Cassazione<sup>75</sup>, in forza del quale si reputa necessario considerare la volontà delle parti, come risultante dal documento dalle stesse sottoscritto, sicché il contratto potrà ritenersi perfezionato qualora sia stato raggiunto l'accordo sulla totalità dei punti in discussione<sup>76</sup>. Di conseguenza, la presenza degli elementi essenziali dell'accordo non rappresenta il fattore decisivo al fine di ritenere concluso l'accordo negoziale ma, piuttosto, introduce una presunzione *iuris tantum* – suscettibile, dunque, di prova contraria – dell'avvenuto perfezionamento del contratto. Il Pretore, in conformità con l'orientamento sopra riportato, ha ritenuto che l'accordo in questione integrasse un preliminare *tout court*, motivando tale decisione attraverso l'esame del modulo sottoscritto dalle parti, il quale ha posto in evidenza la presenza degli elementi essenziali del contratto, nonché l'assenza della volontà delle parti di subordinare il perfezionamento dell'accordo alla individuazione di clausole accessorie<sup>77</sup>. La conclusione cui il Pretore è giunto, escludendo la possibilità di ritenere sussistente un c.d. preliminare "aperto", testimonia il particolare sfavore manifestato nei confronti del preliminare di preliminare, ritenuto una pattuizione priva di giustificazione causale ed economica.

Nel proseguire con l'analisi dei precedenti giurisprudenziali resi in sede di merito, assume particolare rilievo la decisione resa dal Tribunale di Desio il 31 gennaio 2004, con cui si è statuita l'insufficienza dell'accordo sugli elementi essenziali del contratto per poter ritenere concluso l'affare qualora le parti abbiano fatto ricorso ad espressioni tali da rivelare la volontà di stabilire i punti centrali dell'affare, senza che ciò potesse far sorgere tra loro un valido vincolo contrattuale. La fattispecie oggetto del giudizio instaurato innanzi al Tribunale di Desio ha portato i giudici ad interrogarsi, ancora una volta, sugli

---

<sup>75</sup> Cass. Civ., Sez.II, 17 marzo 1994, n.2548, in *Foro It.*, 1994.

<sup>76</sup> FERRI, *op. cit.*, p.192.

<sup>77</sup> MAGNI, *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*, in *Giur. It.*, 1997, p. 11100.

effetti giuridici della c.d. minuta di puntuazione<sup>78</sup> e, di conseguenza, ha condotto gli stessi a ritenere come la presenza di eventuali documenti, sottoscritti dalle parti e regolanti con completezza l'assetto negoziale, non implicasse necessariamente l'intervenuto perfezionamento del contratto, potendo, piuttosto, costituire un documento preparatorio al successivo e futuro accordo, privo di qualsivoglia efficacia vincolante e, dunque, non obbligando le parti a prestare il consenso necessario ai fini del perfezionamento del contratto vero e proprio, potendo le stesse rifiutare la stipulazione definitiva rimanendo, tuttavia, pur sempre esposte alle conseguenze derivanti dalla responsabilità precontrattuale<sup>79</sup>.

Le complesse questioni relative al valore vincolante della proposta di acquisto e all'analisi del c.d. preliminare di preliminare sono state esaminate e discusse nella sentenza del 12 maggio 2009 della Corte d'Appello di Firenze, Sezione II. I fatti controversi hanno avuto origine da una scrittura privata con cui veniva conferito ad un'agenzia immobiliare l'incarico di reperire un'acquirente di un immobile per un determinato prezzo. L'atto con cui veniva conferito l'incarico di cui sopra prevedeva, altresì, il diritto dell'agenzia a percepire la provvigione nel momento in cui fosse stato sottoscritto un contratto preliminare con l'acquirente dalla stessa reperito e, inoltre, stabiliva come al momento della sottoscrizione del preliminare, l'acquirente avrebbe dovuto versare un terzo del prezzo pattuito, mentre il saldo sarebbe stato versato al momento del rogito notarile. In esecuzione dello specifico incarico conferitogli, l'agenzia provvide ad individuare un potenziale acquirente, il quale sottoscrisse una c.d. proposta di acquisto irrevocabile e, contestualmente, erogò una somma qualificabile quale caparra confirmatoria. Il proprietario dell'immobile, sottoscrivendo la proposta irrevocabile, provvide ad incassare la somma corrisposta a titolo di caparra confirmatoria. L'evoluzione del rapporto fra le parti vide le stesse addivenire ad una risoluzione consensuale dell'accordo, con restituzione di ogni somma precedentemente corrisposta e conseguente mancata stipula del contratto definitivo. A fronte di quanto accaduto l'agenzia immobiliare agì giudizialmente, ottenendo un decreto ingiuntivo al fine di veder soddisfatto il proprio diritto alla percezione della provvigione. Tale decreto ingiuntivo venne, tuttavia, revocato

---

<sup>78</sup> Con tale espressione si fa riferimento al documento, sottoscritto da entrambe le parti, con cui le stesse intendono cristallizzare lo stato di avanzamento delle trattative contrattuali, rinviando, tuttavia, ad un momento successivo la conclusione del contratto vero e proprio.

<sup>79</sup> CONTE, *op. cit.*, p. 1067.

dal Tribunale, il quale ritenne come l’Agenzia non avesse adempiuto il proprio incarico in quanto la proposta di acquisto, sottoscritta dal potenziale acquirente, prevedeva un prezzo di acquisto inferiore rispetto a quanto stabilito nell’accordo con cui fu conferito l’incarico e, di conseguenza, essa non avesse diritto a percepire alcun compenso non essendosi verificata la condizione necessaria per il sorgere del diritto alla provvigione ex art.1755 c.c.. La Corte di Appello di Firenze fu chiamata a pronunciarsi sull’idoneità della proposta di acquisto accettata ad integrare un contratto preliminare e, di conseguenza, a costituire il presupposto necessario per il diritto alla provvigione – rappresentato dalla conclusine dell’affare grazie all’intervento del mediatore<sup>80</sup>. Venne, inoltre, portata all’attenzione dei giudici di secondo grado la questione relativa alla possibilità di ritenere sussistente il diritto alla provvigione qualora vi fosse stata l’accettazione da parte dell’incaricante della proposta irrevocabile, ancorché in quest’ultima non fossero state rispettate tutte le condizioni previste nella scrittura privata con cui venne conferito l’incarico all’agenzia. La sentenza in esame ha riconosciuto come l’accettazione di una proposta irrevocabile di acquisto sia idonea ad integrare un contratto preliminare piuttosto che un contratto definitivo. Una siffatta conclusione troverà applicazione, secondo i Giudici della Corte d’Appello di Firenze, in tutti i casi in cui la proposta irrevocabile contenga tutti gli elementi essenziali del contratto preliminare, consentendo in questo modo il perfezionamento del contratto mediante l’adesione dell’altra parte, non rendendosi necessario il compimento di alcuna ulteriore pattuizione. L’esito cui la Corte d’Appello di Firenze è giunta rileva sotto un ulteriore aspetto: ritenere, infatti, che la proposta di acquisto accettata – purché soddisfatti i requisiti sopra esposti – integri un contratto preliminare, consentirà di veder riconosciuto il diritto alla provvigione in favore del mediatore in quanto l’affare in questione potrà dirsi concluso per effetto del suo intervento, in conformità a quanto richiesto dall’art.1755 c.c.

Nell’analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia di preliminare di preliminare non può non essere presa in considerazione l’importante sentenza del 2 aprile 2009, n.8038, resa dalla Cassazione civile, Sezione II. Ai fini della piena comprensione della decisione in questione è opportuno ripercorrere brevemente i fatti di causa. La controversia ha avuto origine dalla formulazione, da parte del potenziale acquirente, di una proposta irrevocabile di acquisto di un immobile, posto in vendita tramite un’agenzia immobiliare

---

<sup>80</sup> Ex art.1755 c.c.

per un determinato corrispettivo. Quest'ultimo veniva stabilito dal venditore in L. 140.000.000,00 prevedendo un anticipato versamento a titolo di caparra, mentre le modalità di pagamento del saldo sarebbe stato meglio determinate nel contratto preliminare che le parti si erano obbligate a concludere nel termine di 30 giorni dall'accettazione della proposta irrevocabile di acquisto. La patologia nel rapporto negoziale emerse quando la parte venditrice ed il mediatore ecceperono l'asserito rifiuto di adempiere da parte del potenziale acquirente all'obbligo assunto con la sottoscrizione della sopracitata proposta irrevocabile e, in virtù di ciò, agirono giudizialmente chiedendo la risoluzione del contratto e la contestuale condanna della parte convenuta al pagamento delle spese e delle provvigioni. Il proponente, convenuto in giudizio, si costituì eccependo la fondatezza delle ragioni addotte dalle parti attrici e, in particolare, ritenne affetta da dolo la sottoscrizione apposta alla proposta di acquisto, determinando, dunque, l'annullabilità di quest'ultima ai sensi dell'art.1439 c.c., primo comma. Il giudizio di primo grado si concluse con l'accoglimento della domanda proposta dalla parte promittente venditrice, mentre venne rigettata la domanda del mediatore. La sentenza resa dal Tribunale venne impugnata in Appello dal proponente in via principale e dal mediatore in via incidentale. La Corte d'Appello riformò parzialmente la decisione, accogliendo il primo gravame e rigettando l'altro. Le parti soccombenti, dunque, impugnarono la decisione adendo la Corte di cassazione, la quale cassò con rinvio la pronuncia di secondo grado, rilevando come i giudici di merito non avessero né esaminato integralmente il contenuto della proposta irrevocabile, né provveduto ad effettuare una corretta interpretazione della stessa mediante i criteri ermeneutici previsti dalla legge e, di conseguenza, avessero attribuito a tale scrittura una qualificazione giuridica errata. I giudici di legittimità rilevarono, inoltre, come in sede di merito non fosse stata fornita una sufficiente e logica motivazione a supporto della asserita improduttività di effetti giuridici della scrittura in questione. La Corte d'Appello definì il giudizio di rinvio in conformità con la precedente decisione resa in secondo grado, rilevando come le parti non avessero voluto concludere né un contratto definitivo di compravendita né un contratto preliminare che le obbligasse al successivo perfezionamento del contratto ad effetti reali con cui trasferire il diritto di proprietà sul bene immobile interessato, quanto, piuttosto, il loro intento sarebbe stato quello di dar vita ad un preliminare di preliminare, il quale, tuttavia, venne ritenuto nullo per difetto di causa. Uno degli effetti della sentenza resa in sede di

giudizio di rinvio interessò direttamente il mediatore, il quale, infatti, non si vide riconosciuto alcun diritto alla corresponsione della provvigione in quanto non si ritenne concluso l'affare e, di conseguenza, non venne integrato il presupposto necessario per far sorgere il diritto alla corresponsione della provvigione in questione. Avverso la sentenza resa in sede di rinvio venne proposto dal venditore e dal mediatore ricorso per Cassazione, articolato in sei motivi e controricorso da parte del proponente. Omettendo l'esame dei motivi di ricorso non direttamente afferenti il preliminare di preliminare, è opportuno soffermarsi sul quarto motivo di ricorso con il quale le parti sostennero la piena validità del pre-preliminare, in contrasto con la nullità per difetto di causa accolta dalla sentenza impugnata. Il tema della validità del preliminare di preliminare, per la prima volta sottoposto all'esame dei giudici di legittimità, venne risolto in senso opposto rispetto alla prospettata ricostruzione avanzata dalle parti ricorrenti. La Corte di cassazione provide, innanzitutto, a ribadire la sussistenza di un diretto collegamento strumentale, sancito dalla previsione contenuta all'art.2932 c.c., intercorrente fra il preliminare ed il definitivo e, di conseguenza, venne ritenuta una "inconcludente superfetazione" la funzione del preliminare di preliminare di obbligarsi ad obbligarsi ad ottenere il risultato finale costituito dalla conclusione del definitivo. La funzione del pre-preliminare, dunque, fu ritenuta scevra da alcuna utilità pratica e, inoltre, non supportata da alcun effetto meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in quanto l'impegno di addivenire alla conclusione del definitivo ben potrebbe essere immediatamente assunto. La Corte di cassazione ritenne corretta la ricostruzione fornita dai giudici di merito e, dunque, ravvisò come, esclusa la validità del pre-preliminare, le parti si trovassero nella fase avanzata delle trattative, avendo dato vita ad una puntuazione con cui è stato fissato il contenuto del successivo contratto, senza, tuttavia, produrre alcun effetto obbligatorio.

## **2.4 Segue: L'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza n.4628 del 6 marzo 2015.**

La Corte di cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 6 marzo 2015, n.4628 si è pronunciata sulla dibattuta questione attinente l'ammissibilità del c.d. preliminare di preliminare, affermando la validità del pre-preliminare purché vi sia l'interesse delle parti ad una formazione progressiva del rapporto contrattuale.

La vicenda che ha dato origine alla controversia risolta dalle Sezioni Unite ha preso le mosse dall'esperimento, da parte dei promittenti venditori, dell'azione ex art.2932 c.c., volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'contratto preliminare in precedenza concluso con i promissari acquirenti. Quest'ultimi, convenuti in giudizio, si costituirono replicando alle asserzioni delle parti attrici sostenendo la natura di mera puntuazione della scrittura, la quale, dunque, non avrebbe prodotto alcun effetto obbligatorio fra le parti e, di conseguenza, sarebbe stata insuscettibile di esecuzione in forma specifica ex art.2932 c.c. qualora fosse rimasta inadempita. Il tribunale, rilevando come le parti avessero assunto l'impegno di procedere alla stipula del contratto preliminare *tout court* qualora vi fosse stato l'assenso della Banca all'esclusione della porzione oggetto di alienazione dall'ipoteca gravante sull'intero fabbricato, qualificò l'accordo quale preliminare di preliminare e, di conseguenza, ne dichiarò la nullità ravvisandone il difetto originario di causa. La controversia proseguì dinanzi alla Corte d'appello, la quale provvide a riconoscere una funzione giuridicamente apprezzabile al contratto preliminare solo qualora esso fosse produttivo di effetti differenti rispetto a quelli derivanti dalla conclusione del primo accordo preparatorio. Nel caso di specie, tuttavia, si ravvisò l'identità degli effetti derivanti dalla conclusione del preliminare vero e proprio con quelli scaturenti dal pre-preliminare. Il secondo accordo, dunque, non avrebbe prodotto conseguenze giuridiche differenti rispetto a quelle derivanti dall'intervenuta conclusione del preliminare di preliminare e, di conseguenza, i giudici di secondo grado dichiararono la nullità del primo accordo intercorso fra le parti in quanto ritenuto carente di una causa autonoma rispetto al preliminare che le parti si erano impegnate a concludere.

La sentenza della Corte d'appello venne successivamente sottoposta all'esame della Corte di cassazione, essendo stato contestato l'orientamento seguito dai giudici di secondo grado in ordine alla nullità per difetto di causa del preliminare di preliminare. Il giudizio di legittimità venne instaurato innanzi alla seconda sezione civile della Corte di

cassazione, la quale, dopo aver ravvisato la presenza di un precedente giurisprudenziale della stessa corte<sup>81</sup> con cui venne statuita la nullità per difetto di causa dell'accordo in forza del quale le parti avessero assunto l'obbligo di procedere alla stipula di un successivo contratto ad effetti obbligatori, provvide, tuttavia, a ravvisare l'esigenza di compiere alcune precisazioni in merito all'orientamento sopra riportato, essendo opportuno analizzare le diverse ipotesi che avrebbero potuto in concreto presentarsi. In particolare, i giudici della Sezione II avanzarono dubbi circa la nullità del preliminare con cui le parti avessero assunto l'obbligo di riprodurre il contenuto dello stesso qualora si fossero verificate determinate circostanze. I giudici di legittimità, inoltre, ritennero inverosimile che la nullità dell'obbligo di concludere un successivo contratto preliminare, meramente riproduttivo dell'accordo precedentemente intercorso, potesse spingersi sino al punto da inficiare anche la validità dell'obbligo di concludere il contratto definitivo.

La Corte di cassazione, chiamata a decidere sul ricorso in esame, ritenne come la nullità del secondo preliminare – derivante dall'assenza di contenuto innovativo dello stesso rispetto a quanto già pattuito nel primo preliminare – non potesse determinare la nullità totale del preliminare di preliminare. Quest'ultimo, dunque, sarebbe solo parzialmente nullo, l'improduttività di effetti, infatti, avrebbe riguardato esclusivamente la clausola contenente l'obbligo di procedere alla stipula del secondo contratto preliminare, mentre sarebbe rimasta valida la volontà, manifestata nel primo accordo, di obbligarsi a concludere il contratto definitivo. La ricostruzione prospettata<sup>82</sup>, dunque, avrebbe consentito di qualificare il preliminare di preliminare quale un vero e proprio contratto preliminare, idoneo a far emergere l'obbligo di procedere alla stipula del contratto definitivo. I dubbi e le criticità sul tema spinsero la Sezione II a rimettere gli atti al Primo Presidente<sup>83</sup> affinché valutasse l'opportunità di rimettere la questione all'esame delle Sezioni Unite, quest'ultimo, ravvisando l'esigenza di un intervento nomofilattico, provvide ad assegnare la causa alle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, dopo una breve ricostruzione dello svolgimento del processo e l'analisi dell'unico complesso motivo in cui venne articolato il ricorso dei promittenti venditori, provvidero a far menzione dei diversi orientamenti – sintomatici delle notevoli incertezze che animavano il tema – in merito all'ammissibilità del preliminare di preliminare,

---

<sup>81</sup> Cass. Civ., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038, in *Giur. It.*, 2009.

<sup>82</sup> D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 10040.

<sup>83</sup> Cass. Civ., Sez. II, Ord., 12 marzo 2014, n. 5779, in *Giur. It.*, 2014.



ravvisando l'esistenza di un orientamento "tradizionale" – emblematicamente rappresentato dalla sentenza 8038/2009 – il quale non ammetteva la configurabilità del preliminare di preliminare ritenendo come esso costituisse una inutile superfetazione e un contrapposto orientamento che, invece, ammetteva una possibile tripartizione delle fasi negoziali prodromiche alla stipula del contratto definitivo. L'elemento centrale oggetto dell'ordinanza di rimessione, su cui le Sezioni Unite si incentrarono, fu rappresentato dalla problematica questione inerente alla possibilità di ritenere ammissibile nell'ordinamento giuridico un accordo il cui effetto fosse quello di vincolare le parti alla successiva conclusione di un contratto preliminare. Nel tentativo di risolvere tale annosa questione, le Sezioni Unite provvidero a richiamare brevemente le precedenti contrastanti decisioni rese in sede di merito. La giurisprudenza di merito, infatti, provvide a risolvere diversamente la medesima questione: in talune circostanze dichiarò nullo il preliminare di preliminare ritenendo un siffatto accordo privo dell'elemento causale, mentre vi furono ulteriori pronunce nelle quali un siffatto accordo venne ritenuto ammissibile e meritevole di tutela in quanto ritenuto parte di un *iter* negoziale destinato ad esitare nel perfezionamento del contratto definitivo.

Le Sezioni Unite, nel tentativo di fornire una sistemazione nomofilattica alla materia, provvidero a focalizzare la loro indagine sulla ricerca di eventuali interessi concreti che potessero giustificare il ricorso alla figura del preliminare di preliminare. In particolare, il quesito che i giudici si posero fu relativo alla possibilità di ritenere giuridicamente ammissibile la scissione in tre fasi dell'*iter* contrattuale e, più specificamente, accertare se le due fasi anteriori al contratto definitivo potessero essere funzionalmente autonome l'una dall'altra. Gli Ermellini, nel tentativo di rispondere al quesito sopra esposto, provvidero ad individuare le ragioni alla base della scissione delle fasi contrattuali anteriori all'atto traslativo, così come emerse dall'analisi della prassi nella contrattazione immobiliare. In particolare, venne osservato come per i contraenti potesse essere necessario procedere all'assunzione di ulteriori informazioni tanto sulla controparte, quanto – per il promissario acquirente – sullo stato del bene al fine di accertare, preliminarmente rispetto alla stipula del contratto definitivo, l'eventuale presenza di vizi o difformità che potessero diminuire in modo apprezzabile il valore della cosa ovvero renderla inidonea all'uso. L'analisi pratica delle ragioni che concretamente soggiacciono al ricorso ad un siffatto schema negoziale deve, tuttavia, essere supportata da una corretta

sistemazione giuridica<sup>84</sup>. A tal fine, dunque, come le stesse Sezioni Unite affermarono, si rende necessario indagare la sussistenza di una causa concreta nel preliminare di preliminare. I giudici di legittimità si interrogarono sulla possibilità di ritenere il preliminare di preliminare un contratto che aggiungesse un *quid* ulteriore, giuridicamente rilevante, rispetto alla sequenza tipizzata che vede il susseguirsi del contratto definitivo al contratto preliminare *tout court*. Le Sezioni Unite, nel tentativo di ricostruire la valenza giuridica del preliminare id preliminare, provvidero a sottoporre ad analisi critica la precedente decisione della stessa Cassazione resa con la sentenza 8038/2009. Quest'ultima, infatti, venne ritenuta apprezzabile purché venisse circoscritto l'ambito di applicazione del principio nella stessa sancito, ossia la nullità dell'accordo fosse dichiarata solo qualora venisse ravvisata la perfetta identità fra il preliminare di preliminare ed il contratto preliminare vero e proprio, dato che solo in questa ipotesi si sarebbe potuto dire carente il requisito della causa, con la conseguente nullità dell'accordo. Le Sezioni Unite, tuttavia, diversamente da quanto prospettato nella decisione del 2009, la quale fece esclusivo riferimento alla causa intesa quale funzione economico-sociale, provvidero ad accogliere il concetto di causa in concreto al fine di verificare se il preliminare di preliminare potesse dirsi diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La causa in concreto, infatti, risulta essere necessaria per poter verificare se il contratto sia lecito e diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela, mentre la causa in astratto assume rilievo ogniqualvolta sia necessario valutare se emerga una giustificazione causale. Con riferimento al preliminare di preliminare è possibile sostenere come una causa in astratto sussista in tutte le ipotesi nelle quali venga esteriorizzato lo scambio, in questo modo, infatti, ciascun contraente si obbliga ad eseguire la prestazione dovuta in cambio dell'obbligo assunto dalla controparte. La sussistenza di una causa astratta, tuttavia, non esaurisce l'analisi necessaria per poter ritenere ammissibile un siffatto negozio. A tal fine, infatti, si renderà necessario accertare la causa in concreto e, dunque, verificare se possa dirsi sussistente una causa meritevole di tutela con riguardo alle due fasi anteriori alla stipula del definitivo.

---

<sup>84</sup> NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 11252.

Le Sezioni Unite accolsero il concetto di “causa concreta”, la quale, richiamando una precedente definizione fornita dalla stessa Cassazione<sup>85</sup>, venne definita come “sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare”. Le Sezioni Unite, facendo ricorso al concetto di causa in concreto, ritennero ammissibile la stipula del preliminare di preliminare purché vi fosse una diversità contenutistica fra il primo ed il secondo accordo. I giudici di legittimità, inoltre, provvidero ad affermare come vi potesse essere l’interesse delle parti a “bloccare” l’affare mediante il perfezionamento del pre-preliminare e che, così facendo, le stesse rinviassero la sottoscrizione del preliminare vero e proprio ad un momento successivo in virtù dell’avvertita necessità di procedere ad acquisire ulteriori informazioni sull’operazione contrattuale ed integrare il contenuto del regolamento contrattuale, evitando, in questo modo, che potesse trovare applicazione l’integrazione suppletiva ex art.1374 c.c. A supporto dell’asserita utilità pratica di un siffatto schema negoziale – il quale, come già precedentemente affermato, prevede la scissione trifasica del procedimento negoziale – le Sezioni Unite provvidero a delineare delle situazioni concrete, effettivamente vantaggiose per le parti, le quali deporrebbero a favore dell’ammissibilità di tale peculiare disegno contrattuale purché, ovviamente, fra i due contratti anteriori al perfezionamento dell’effetto traslativo non vi fosse identità contenutistica. I paciscenti, ad esempio, potrebbero, da un lato, escludere l’esperibilità del rimedio ex art.2932 c.c. nel caso in cui restasse inadempito il primo accordo, mentre, dall’altro, riconoscere la possibilità di agire per ottenere l’esecuzione specifica del secondo contratto nell’eventualità che lo stesso resti inadempito. La previsione di una duplice fase anteriore alla stipula del definitivo, inoltre, potrebbe esser utile qualora risponda all’esigenza di godere, per una delle parti, del diritto di recesso. La facoltà di recedere, infatti, potrebbe essere convenzionalmente prevista nella fase preliminare e, consequenzialmente all’esercizio di un siffatto diritto, potrebbe esser prevista la perdita della caparra penitenziale già versata dal promissario acquirente. Da ultimo, la stipula del preliminare di preliminare potrebbe esser giustificata in tutte quelle ipotesi nelle quali le parti, avendo già raggiunto un’intesa completa, intendano, tuttavia, subordinarla ad una condizione. Le ipotesi delineate dalle Sezioni Unite non sono le uniche situazioni nelle quali possa ravvisarsi l’utilità della distinzione tra le prime due fasi dell’iter negoziale.

---

<sup>85</sup> Cass. Civ., Sez.III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007.

Come autorevole dottrina<sup>86</sup> ha avuto il merito di evidenziare, infatti, al fine di ritenere ammissibile la scissione bifasica delle fasi anteriori alla stipula del definitivo, è sufficiente che nel primo accordo non venga prevista la data di stipula del definitivo, la quale, dunque, dovrà risultare nel successivo contratto preliminare.

Le Sezioni Unite hanno evidenziato come l'accordo, denominato preliminare di preliminare, possa già costituire un valido contratto preliminare, in quanto ben potrebbe contenere tutti gli elementi necessari per essere qualificato tale. Qualora una siffatta ipotesi si verifichi e, dunque, il preliminare di preliminare venga considerato valido quale vero e proprio preliminare, la conseguenza che da ciò deriverà sarà quella di poter ritenere nullo per difetto di causa non il primo accordo quanto, eventualmente, il secondo contratto purché meramente riproduttivo del primo. La conclusione cui giungono le Sezioni Unite ha superato le precedenti decisioni giurisprudenziali, le quali, valorizzando il *nomen iuris* attribuito dalle parti all'accordo dalle stesse raggiunto, provvedevano a dichiarare la nullità del primo negozio e, di conseguenza, a ritenevano valido e vincolante il secondo accordo, espressamente qualificato quale preliminare vero e proprio.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, le ipotesi prospettabili sono essenzialmente due<sup>87</sup>. Innanzitutto, qualora il primo accordo contenga tutti gli elementi necessari per poter essere qualificato quale vero e proprio contratto preliminare ed il secondo negozio sia meramente riproduttivo del primo, allora quest'ultimo sarebbe nullo per difetto di causa senza che, tuttavia, una siffatta conclusione possa minimamente inficiare la validità primo preliminare, il quale avrebbe l'effetto di vincolare le parti alla conclusione del successivo contratto definitivo. L'ulteriore ipotesi prospettabile si avrebbe qualora il contenuto del primo negozio fosse diverso e più scarso di quello necessario per poter ritenere integrato un vero e proprio preliminare ma, al tempo stesso, contenga un *quid pluris* rispetto agli elementi necessari per poter essere qualificato quale mera puntualizzazione. In una siffatta situazione, dunque, il primo accordo sarebbe efficace e farebbe sorgere in capo alle parti l'obbligo di contrattare, pur tenendo fermi i punti su cui già è stato raggiunto l'accordo. Le Sezioni Unite, in conclusione, provvidero ad accogliere il ricorso, osservando come i giudici di merito avessero omissis di valutare se l'accordo intercorso fra le parti integrasse tutti i requisiti necessari per poter essere qualificato quale vero e proprio contratto

---

<sup>86</sup> NAPOLI, *op. cit.*, p. 11252.

<sup>87</sup> Festi, *op. cit.*, p. 609.

preliminare, ancorché subordinato ad una condizione. In sede di merito, inoltre, non era stata indagata la possibile validità del primo contratto nonché l'ipotetica invalidità del secondo accordo, meramente riproduttivo del primo. L'ulteriore elemento contestato dalle Sezioni Unite è stato ravvisato nella circostanza che i giudici di merito avessero aderito all'orientamento volto a ritenere nullo per difetto di causa il preliminare di preliminare, omettendo, tuttavia, di far riferimento al concetto di causa concreta del contratto. Le osservazioni che precedono spinsero la Cassazione ad emanare il principio di diritto cui si dovette attenere il giudice di rinvio, prevedendo un primo controllo finalizzato a verificare se il preliminare di preliminare potesse integrare un contratto preliminare vero e proprio, idoneo a produrre effetti ex art.1351 e 2932 c.c., ovvero se le parti, facendo ricorso ad un siffatto negozio, avessero voluto vincolarsi alla conclusione di un successivo contratto ad effetti meramente obbligatori. In sede di merito, inoltre, si dovrà riconoscere l'idoneità del preliminare di preliminare a produrre effetti giuridici solo qualora emerga l'interesse delle parti alla formazione progressiva del contratto e purché vi sia una differenziazione contenutistica fra il primo ed il secondo accordo preliminare. L'ulteriore questione esaminata dalle Sezioni Unite è afferente agli effetti della violazione dell'accordo con cui le parti si sono obbligate a stipulare il successivo contratto preliminare vero e proprio. L'inadempimento del preliminare di preliminare – che costituisce il primo atto della sequenza tripartita – se dipeso dal comportamento colpevole di una delle parti, la quale si sia rifiutata di procedere al perfezionamento dell'*iter* negoziale convenuto, agendo contrariamente a buona fede e non motivando le ragioni alla base di una siffatta condotta, determinerà l'emersione di una responsabilità sussumibile, secondo le Sezioni Unite, nel paradigma della responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel procedimento di formazione dell'accordo, da cui, di conseguenza, sorgerà l'obbligo di risarcire i danni scaturenti da una siffatta condotta inadempiente. La ricostruzione prospettata dalle Sezioni Unite, dunque, esclude dal novero dei rimedi esperibili in caso di inadempimento del preliminare di preliminare l'esecuzione in forma specifica prevista all'art.2932 c.c., quest'ultima è stata ritenuta riservata ai soli contratti preliminari *tout court* purché, ovviamente, non ne sia stata pattiziamente esclusa l'applicabilità. Le Sezioni Unite, dopo aver individuato nel risarcimento del danno il rimedio in favore del contraente non inadempiente, omettono di identificare quale sia il danno risarcibile. L'analisi della sentenza, tuttavia, parrebbe

condurre a riconoscere la risarcibilità del danno rapportato alla sola lesione dell'interesse negativo, ciò in quanto il preliminare di preliminare è stato configurato come un accordo intercorso in una fase ancora precontrattuale. Il danno risarcibile, dunque andrebbe quantificato nella perdita economica subita e, in particolare, determinato tenendo conto delle spese sostenute nonché delle occasioni mancate che sono sfuggite al contraente non inadempiente in quanto impegnato in una "trattativa" che si è poi rivelata infruttuosa, sarà dunque esclusa la risarcibilità dell'interesse positivo.

Le Sezioni Unite hanno provveduto a riconoscere l'esistenza di una autonomia privata procedimentale, la quale può portare le parti a procedere alla stipula di un preliminare di preliminare purché, ovviamente, vi sia una differenziazione del contenuto negoziale fra i due atti anteriori alla produzione dell'effetto traslativo, essendo quest'ultima una condizione necessaria affinché possa dirsi sussistente la causa concreta. L'atteggiamento fatto proprio dai giudici delle Sezioni Unite denota il notevole rispetto manifestato nei confronti dell'autonomia privata. L'utilità del preliminare di preliminare, infatti, non viene riconosciuta per il sol fatto che le parti abbiano voluto porlo in essere. La ricostruzione adottata ha avuto il merito di riattribuire un ruolo centrale al giudizio di meritevolezza ex art.1322 c.c. e, di conseguenza, ha consentito di superare il precedente orientamento – inaugurato con la sentenza della Cassazione 8038/2009 – il quale ravvisava sempre nel preliminare di preliminare una "inconcludente superfetazione", nonché, d'altro canto, ha avuto il pregio di non accogliere l'affermazione tautologica che intende ravvisare l'utilità del preliminare di preliminare nel sol fatto che le parti abbiano inteso concluderlo. L'utilità di un siffatto schema negoziale, dunque, sarà ravvisata ogniqualvolta venga appurata l'esistenza di una causa in concreto, il cui accertamento – secondo la prospettiva accolta dalle Sezioni Unite – sembra funzionale al giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti con la stipula del negozio atipico in questione<sup>88</sup>.

In conclusione, dunque, l'accordo con cui le parti si obbligano ad obbligarsi – secondo la ricostruzione fornita dalla sentenza delle Sezioni Unite – sarà produttivo di effetti giuridici purché con il primo negozio sia stato raggiunto l'accordo solo su alcuni punti dell'intesa contrattuale, mentre tutti gli altri elementi su cui dovranno necessariamente concordare le parti saranno dalle stesse approvati in sede di conclusione del preliminare

---

<sup>88</sup> Benedetti, *op. cit.*, p. 379.

vero e proprio, così facendo il contratto non potrà esser dichiarato nullo per difetto di causa, in quanto non si limiterà ad essere un accordo meramente riproduttivo di quello precedentemente intercorso e, dunque, potrà dirsi sussistente la causa concreta.

Il principio fondamentale che discende direttamente dalla decisione resa dalle Sezioni Unite è rappresentato dalla riconosciuta possibilità, per le parti, di costituire negozi atipici che si inseriscano nella fase intermedia che si colloca fra l'inizio delle trattative e la conclusione del contratto definitivo, mediante i quali si produrranno obblighi giuridicamente rilevanti. Affinchè siffatti negozi siano ritenuti validi e, quindi, produttivi di effetti non è tuttavia sufficiente che vi sia un interesse concreto delle parti ma, piuttosto, è necessario che suddetto interesse sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La valutazione di meritevolezza dell'interesse perseguito spetterà al giudice di merito e affinché esso possa validamente compiere tale accertamento sarà necessario che le situazioni che giustificano la stipula dell'accordo emergano direttamente dal contenuto dello stesso, esternando, in questo modo, le circostanze su cui il giudice possa compiere il giudizio di meritevolezza. Il giudizio di meritevolezza non deve esser confuso con il giudizio volto ad accertare la liceità o l'illiceità dell'accordo, né, d'altro canto, può costituire un duplicato dell'accertamento volto a verificare la sussistenza della causa concreta. Il giudizio di meritevolezza, piuttosto, dovrà esser teso a valutare se le parti siano abilitate a disciplinare il procedimento di formazione dell'accordo, optando per una modalità ulteriore rispetto a quella tipizzata dal legislatore che si limita a prevedere la successione del contratto definitivo al contratto preliminare.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, il preliminare di preliminare può essere valido e produttivo di effetti giuridici qualora vi sia l'interesse delle parti ad una formazione progressiva dell'accordo e purché le fasi anteriori al perfezionamento del contratto definitivo siano caratterizzate dalla differenziazione dei contenuti.

Dalla violazione dell'obbligo assunto con il preliminare di preliminare, inoltre, secondo le Sezioni Unite, deriverebbe la responsabilità per mancata conclusione del contratto preliminare vero e proprio, responsabilità che viene sussunta all'interno della più ampia categoria della responsabilità contrattuale.

### **3. Il contratto preliminare ad effetti anticipati: caratteristiche, peculiarità e tentativo definitivo.**

L'istituto del contratto preliminare ha trovato frequente applicazione, oltre che nella sua forma "classica", anche nella peculiare "variante" rappresentata dal c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati. Nella pratica delle contrattazioni, infatti, è frequente il ricorso allo schema negoziale con cui le parti, mediante la conclusione di un contratto preliminare, perseguono l'obiettivo di vincolarsi al successivo perfezionamento del contratto definitivo di compravendita e alla conseguente produzione dell'effetto traslativo. In talune ipotesi, tuttavia, pur essendo necessaria la conclusione del contratto definitivo affinché la proprietà del bene si trasferisca in capo all'acquirente, le parti inseriscono all'interno del contratto preliminare delle previsioni dirette ad anticipare parzialmente l'esecuzione dell'assetto di interessi programmato prevedendo, ad esempio, il pagamento totale o parziale del prezzo pattuito ovvero consentendo al promissario acquirente di essere anticipatamente immesso nel godimento del bene.

Dottrina e giurisprudenza, con riferimento a tale fattispecie, hanno elaborato la nozione di "contratto preliminare ad effetti anticipati", locuzione che ha il pregio di evidenziare come le prestazioni, che normalmente si eseguirebbero solo successivamente alla conclusione del contratto definitivo, vengano, invece, poste in essere in seguito alla conclusione del primo accordo ovvero in un momento intermedio, ma in ogni caso anteriore rispetto al perfezionamento del contratto definitivo.

Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata rappresenta uno dei migliori esempi di esercizio dell'autonomia negoziale. Attraverso tale istituto, infatti, le parti provvedono a regolamentare il loro assetto di interessi imprimendo al contratto preliminare una destinazione funzionale al diretto soddisfacimento delle concrete esigenze riferibili a quel determinato rapporto negoziale, pur lasciando inalterata la natura meramente obbligatoria di tale negozio. Il frequente ricorso allo schema negoziale in questione è strettamente connesso alla pluralità di interessi, rispondenti alle differenti necessità manifestate dalle parti contraenti, che possono essere soddisfatti mediante il suo impiego. Le parti, infatti, potranno procedere a "forgiare" il contratto preliminare nel modo maggiormente confacente alle loro esigenze, selezionando gli effetti che intendono ricollegare alla stesura e conclusione di tale accordo senza che sia necessario, a tal fine, attendere il momento successivo in cui si produrrà l'effetto traslativo. Le parti potrebbero avere



interesse, ad esempio, a consentire al promissario acquirente di esser immesso nel godimento del bene nonostante egli non sia ancora giuridicamente proprietario dello stesso. Questa esigenza potrebbe esser perseguita anche mediante il ricorso ad un diverso schema negoziale, ossia quello della c.d. vendita con riserva di proprietà. Analizzando le diverse fattispecie, tuttavia, è evidente la differenza fra le due ipotesi. La vendita a rate con riserva della proprietà<sup>89</sup> subordina la produzione dell'effetto traslativo all'avvenuto pagamento dell'ultima rata di prezzo, al verificarsi di tale evento, dunque, l'acquirente diverrà automaticamente proprietario del bene oggetto del contratto non essendo necessaria alcuna ulteriore manifestazione di volontà. Anteriormente alla produzione dell'effetto traslativo – sospensivamente condizionato al versamento dell'intero prezzo – tutti gli altri effetti contrattuali si saranno prodotti e, in deroga alla regola *res perit domino*, sarà il compratore a sopportare il rischio del perimento del bene. Diversamente, invece, nel caso del contratto preliminare, qualora il promissario acquirente sia anticipatamente immesso nel godimento del bene, l'effetto traslativo non seguirà alcun automatismo ma sarà, piuttosto, subordinato ad una ulteriore e differente manifestazione di volontà che, integrando tutti i requisiti previsti per il contratto definitivo, consentirà all'acquirente di divenire effettivo proprietario del bene, ancorché ne abbia già anticipatamente goduto.

In carenza di disciplina legislativa in merito al fenomeno della contrattazione preliminare ad esecuzione anticipata, è opportuno evidenziare come sia stata accertata dalla giurisprudenza, nonché condivisa dalla dottrina, la rispondenza ad interessi meritevoli di tutela di tale fattispecie negoziale, la quale, dunque, viene annoverata fra i contratti c.d. "atipici" la cui ammissibilità non è più oggetto di discussione essendo stata ricondotta nell'ambito applicativo dell'articolo 1322, secondo comma, del Codice civile. L'inerzia legislativa nell'introduzione di una disciplina positiva del fenomeno rende necessario procedere ad un tentativo definitorio di tale schema negoziale, con l'intento di identificare gli elementi peculiari e distintivi che lo connotano. Il contratto preliminare ad effetti anticipati, dunque, può essere qualificato quale contratto consensuale ad effetti obbligatori con cui le parti, accordandosi sugli elementi essenziali del contratto definitivo e vincolandosi alla successiva stipula dello stesso, provvedono ad anticipare taluni degli effetti che sarebbero, di regola, subordinati alla conclusione del contratto definitivo. Esso rappresenta uno dei fenomeni negoziali più controversi e dibattuti ed ha generato notevoli

---

<sup>89</sup> Vedi art.1523 c.c.

questioni problematiche, molte delle quali non ancora pacificamente risolte. La qualificazione giuridica dell'istituto ha rappresentato, e tutt'ora rappresenta, uno dei principali problemi che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato e che, come si vedrà in seguito<sup>90</sup>, ha portato ad interrogarsi sulla compatibilità di tale schema negoziale con la figura del contratto preliminare così come disciplinata dal legislatore e accolta nell'ordinamento nazionale. La qualificazione giuridica della posizione in cui si viene a trovare il promissario acquirente immesso nell'anticipato godimento del bene ha costituito oggetto di notevoli dubbi interpretativi, vedendo contrapposte le visioni di coloro i quali ritenevano integrata una situazione assimilabile al possesso e coloro i quali, invece, ricostruivano tale situazione in termini di mera detenzione. L'identificazione degli strumenti di tutela esperibili in favore del promissario acquirente nell'ipotesi in cui il bene oggetto del contratto di compravendita risulti esser viziato ovvero difforme rispetto a quanto pattuito costituisce una ulteriore questione dibattuta e di complessa soluzione<sup>91</sup>. Una inedita prospettiva di indagine del fenomeno della contrattazione preliminare ha portato parte della dottrina a sottolineare come la figura del promissario acquirente sia da annoverare all'interno della categoria dei c.d. "contraenti deboli", rendendo necessario apprestare particolari cautele al fine di riequilibrare il rapporto contrattuale. Esaminando la prassi diffusa nel mercato immobiliare, infatti, è agevole notare come, di regola, il rapporto contrattuale venga ad instaurarsi fra un'impresa – promittente venditrice – ed un soggetto persona fisica – promissario acquirente – sprovvisto di opportune conoscenze nonché di forza contrattuale tale da poter incidere efficacemente sulla stesura del testo contrattuale. La presenza di una siffatta situazione di squilibrio fra le parti può esser amplificata dall'eventuale previsione di clausole con le quali sia anticipata l'esecuzione di talune delle prestazioni che sarebbero, invece, relegate alle fase esecutiva del contratto definitivo. Sebbene funzionali al soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti contraenti, le clausole con cui si prevede come, in esecuzione del contratto preliminare, il promissario acquirente provveda al pagamento di tutto o parte del prezzo pattuito e, di conseguenza, sia immesso nel godimento del bene, possono acuire la posizione di debolezza di tale soggetto. A fronte del soddisfacimento dell'interesse del promittente

---

<sup>90</sup> Vedi capitolo terzo.

<sup>91</sup> Vedi capitolo quinto.

venditore – rappresentato dal pagamento, totale o parziale, del prezzo pattuito – infatti, il promissario acquirente otterrà esclusivamente il godimento del bene<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Situazione giuridica non pacificamente ricostruita, essendo qualificata da taluno come possesso e da altri come mera detenzione.

## **Capitolo secondo: La fattispecie del contratto preliminare c.d. “ad effetti anticipati” nella contrattazione immobiliare.**

### **1.Premessa.**

La diffusione nell’ordinamento italiano dell’istituto del contratto preliminare ad effetti anticipati ha generato notevoli questioni problematiche che, data l’inerzia legislativa, sono state affrontate e variamente risolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La rapida diffusione di un tale schema negoziale, dovuta alla particolare capacità dello stesso di poter esser plasmato dalle parti al fine di soddisfare gli interessi caso per caso presenti, ha avuto origine agli inizi del Secolo scorso. In particolare, la giurisprudenza per prima è stata chiamata ad analizzare un siffatto istituto e, a tal proposito, venne, in origine, negato un autonomo riconoscimento alla peculiare fattispecie del contratto preliminare ad effetti anticipati, in quanto venne ravvisata un’antinomia nel ricollegare alla conclusione del contratto preliminare taluni effetti proprio del definitivo nello schema c.d. “puro”<sup>93</sup>.

Le notevoli difficoltà e dubbi manifestati dalla giurisprudenza di inizio Novecento circa l’ammissibilità del preliminare ad effetti anticipati, furono inoltre alimentate dall’acceso dibattito che riguardava la figura del preliminare *tout court*, sulla cui configurabilità e natura giuridica non vi era uniformità di vedute.

Al fine di un’analisi completa ed esaustiva dell’istituto è opportuno ripercorrere l’evoluzione storica della figura del contratto preliminare, partendo dall’esame del diritto romano per poi procedere a trattare gli orientamenti che si sono diffusi nella dottrina europea nonché, in fine, ripercorrendo i dibattiti che hanno animato l’ordinamento nazionale precedentemente alla codificazione del 1942.

---

<sup>93</sup> Nocera, *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l’ipotesi di possesso ai fini dell’usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2013, p. 161.

## **2. Esperienza nel diritto romano: l'*emptio venditio*, contratto consensuale con effetti esclusivamente obbligatori.**

Nel tentativo di ricostruire l'evoluzione storica che si cela dietro l'attuale istituto del preliminare e, in particolare, nella sua variante connotata dall'anticipata esecuzione di talune prestazioni, è opportuno esordire esaminando il quadro giuridico proprio del diritto romano.

In epoca romana, l'*emptio venditio* rappresentava un contratto consensuale con effetti esclusivamente obbligatori mediante il quale la parte venditrice si obbligava a trasmettere il possesso di una *res* in favore dell'acquirente verso il corrispettivo di una somma di denaro. Gli elementi essenziali di tale fattispecie contrattuale erano rappresentati dal *consensus*, ossia l'accordo fra le parti; la *res*, ossia l'oggetto della transazione che deve esser determinato ed esistente al momento della stipula del contratto ed il *pretium*, ossia il prezzo concordato per il trasferimento del possesso sul bene oggetto del contratto, il quale doveva esser determinato o quanto meno determinabile.

Con il perfezionamento di tale fattispecie contrattuale sorgevano degli obblighi giuridici in capo alle parti. Il venditore, in particolare, era titolare dell'obbligo di garantire all'acquirente il libero possesso del bene finché quest'ultimo non avesse acquistato la piena proprietà sullo stesso per usucapione ovvero con diverse modalità.

Nel diritto romano – diversamente da come viene attualmente inteso nell'ordinamento nazionale il contratto di compravendita – nel caso dell'*emptio venditio*, il venditore non era obbligato a trasferire la proprietà del bene in favore dell'acquirente, per questo motivo tale fattispecie contrattuale, qualora si ricorra alle moderne classificazioni contrattuali, verrebbe ricondotta all'interno dei contratti con effetti esclusivamente obbligatori.

In via pattizia, era poi possibile che il venditore assumesse l'obbligazione di trasferire la proprietà del bene in favore della parte acquirente ponendo in essere, in questo caso, uno specifico atto estraneo alla *emptio venditio*, la c.d. *mancipatio* o *in iure cessio*. L'obbligo principale sorto in capo all'acquirente a seguito della conclusione del contratto di *emptio venditio* era quello di trasferire la proprietà della somma di denaro, pattuita quale corrispettivo per il trasferimento del possesso del bene, in favore della parte venditrice.

L'*emptio venditio*, dunque, secondo le moderne classificazioni, è pacificamente riconducibile nel novero dei contratti consensuali ad effetti meramente obbligatori, non

essendo, di per sé, un negozio idoneo a determinare il trasferimento della proprietà in favore dell'acquirente.

Nel diritto romano, dunque, vi era la scissione della vicenda traslativa in una fase meramente obbligatoria (*emptio venditio*) e in una successiva fase reale (*mancipatio* o *in iure cessio*). Mediante tale meccanismo si effettuava una netta distinzione fra *titulus* e *modus acquirendi*, la quale ha portato ad affermare come il concetto di proprietà non si limitasse ad una signoria astratta sulla cosa, ma si identificasse, piuttosto, con l'effettivo potere di sfruttamento della stessa; di conseguenza, per procedere al suo trasferimento, non sarebbe sufficiente solo una volontà a ciò diretta ma sarebbe, altresì, necessario il compimento della *traditio*, ovvero l'attribuzione effettiva del possesso.

Sulla base di quanto precede, è agevole cogliere delle somiglianze con lo schema del contratto preliminare ad effetti anticipati, anche in questa ipotesi, infatti, si avrà un contratto consensuale con effetti meramente obbligatori cui succederà un contratto ad effetti reali, rappresentato dal contratto definitivo. Le parti, con la conclusione del contratto preliminare, si vincolano a prestare il consenso nelle forme richieste per il perfezionamento del contratto definitivo ed eventualmente provvederanno ad anticipare taluni degli effetti ad esso ricollegati prima che si sia prodotto l'effetto traslativo.

Il meccanismo dell'*emptio venditio* è perfettamente riprodotto nel momento in cui le parti, successivamente alla conclusione del contratto preliminare, prevedano come il compratore venga immesso nel godimento del bene e, di conseguenza, il venditore riceva tutto o parte del prezzo pattuito per il trasferimento del bene stesso, relegando, tuttavia, ad un momento successivo, coincidente con la conclusione del contratto definitivo, la produzione dell'effetto reale in forza del quale il diritto di proprietà si trasferirà in favore dell'acquirente.

## 2.1 Segue: L'evoluzione nel diritto francese e tedesco.

Situazione del tutto peculiare è quella che ha visto protagonista l'ordinamento giuridico francese e che ha portato all'emanazione dell'articolo 1589 del *Code Civil* del 1804, ritenuto espressione del principio consensualistico.

La genesi dietro tale disposizione è molto controversa, secondo un'accreditata ipotesi ricostruttiva<sup>94</sup>, al momento della codificazione, in Francia vi era la coesistenza dei principi propri del diritto romano, ai quali si andavano ad affiancare i precetti giusnaturalisti nonché le tradizioni consuetudinarie del diritto francese. Nonostante l'eterogeneo panorama delle fonti normative all'epoca vigenti in Francia, esse, tuttavia, convergevano nel prevedere la distinzione fra *titulus* e *modus acquirendi*.

La direzione seguita dal legislatore francese nel 1804 fu, per questi motivi, innovativa e portò all'introduzione del c.d. principio consensualistico, consacrato all'interno dell'articolo 1589 del *Code Civil*, in forza del quale: “*La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*”<sup>95</sup>. Mediante tale previsione venne codificato il principio tale per cui la promessa di vendita, qualora corredata dall'accordo delle parti sul bene e sul prezzo, costituisca di per sé una vendita definitiva, non richiedendo, dunque, ulteriori manifestazioni di volontà. L'effetto dirimpante di tale disposizione fu quello di ricollegare al contratto preliminare, contenente l'accordo sugli elementi essenziali del contratto, gli effetti propri del contratto definitivo.

L'ordinamento tedesco, invece, è caratterizzato per la netta divisione fra *titulus* e *modus acquirendi*. Affinchè possa validamente prodursi l'effetto traslativo, infatti, è necessario concludere un primo contratto ad effetti meramente obbligatori con cui il venditore assume l'obbligo di trasferire la proprietà del bene in favore del compratore. A tale contratto seguono poi due negozi di adempimento con cui, rispettivamente, le parti dichiarano di trasferire la proprietà del bene ed il prezzo pattuito quale corrispettivo e, successivamente, l'ulteriore negozio rappresentato dalla consegna del bene ovvero dalla trascrizione del trasferimento qualora esso abbia ad oggetto beni immobili.

---

<sup>94</sup> ESPOSITO, *La contrattazione preliminare ad esecuzione anticipata*, Pisa, 2020.

<sup>95</sup> “La promessa di vendita equivale a vendita quando vi è il consenso reciproco delle due parti sulla cosa e sul prezzo”.

Nonostante tale peculiare modalità prevista per la produzione dell'effetto traslativo, la quale consente di beneficiare di una scissione fra il momento di manifestazione del consenso ed il trasferimento del diritto, la dottrina tedesca ha provveduto ad elaborare il concetto di *Vorvertrag*, ossia il contratto preliminare da cui deriva, quale unico obbligo, quello di concludere il contratto definitivo.

I motivi che hanno condotto la dottrina tedesca ad elaborare tale figura contrattuale sono da ravvisarsi nella necessità di intensificare l'efficacia del vincolo finalizzato alla conclusione del contratto definitivo.

Nella cultura giuridica tedesca – diversamente dalla funzione che riveste nell'ordinamento italiano – il contratto preliminare non è stato introdotto per consentire di beneficiare di uno spazio temporale intercorrente fra la manifestazione di volontà e la produzione dell'effetto traslativo, essendo una siffatta caratteristica propria del contratto di compravendita tipico dell'ordinamento tedesco. Piuttosto, come sopra evidenziato, le esigenze alla base dell'elaborazione della figura del contratto preliminare, sono derivanti dalla necessità di attribuire un valore, giuridicamente vincolante, alla dichiarazione con cui i contraenti si impegnano alla successiva conclusione del contratto definitivo.



### **3.La previsione del contratto preliminare nell'ordinamento italiano, il dibattito precedente al Codice civile del 1942.**

Volgendo l'attenzione verso l'ordinamento italiano è bene evidenziare come, sotto la vigenza del Codice civile del 1865, il legislatore, pur ispirandosi fortemente alla codificazione francese del 1804, non abbia introdotto una disposizione analoga all'articolo 1589 del *Code Civil* omettendo, dunque, di codificare il principio del consenso traslativo e di disciplinare l'istituto del contratto preliminare. Tale scelta legislativa diede adito ad un intenso dibattito che vide contrapporsi diverse correnti di pensiero.

Inizialmente, sia in dottrina che in giurisprudenza, il principio consensualistico venne ritenuto implicito nell'ordinamento e, di conseguenza, si affermò come il legislatore, per tale motivo, non avesse avvertito l'esigenza di introdurre una specifica disposizione che riprendesse quanto previsto nel *Code Napoleon*. I sostenitori di tale tesi non ravvisarono la possibilità di ammettere la figura del contratto preliminare, inteso quale accordo perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi e che fosse unicamente diretto a vincolare le parti alla conclusione di un successivo contratto. Tale posizione, originariamente prevalente, traeva fondamento da alcune disposizioni contenute all'interno del Codice civile del 1865<sup>96</sup> le quali, in materia di vendita, provvedevano a stabilire come l'effetto traslativo si producesse a seguito della legittima manifestazione del consenso fra le parti. Per tali motivi si ritenne inammissibile la possibilità di stipulare un accordo che, nonostante fosse perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi, differisse la produzione dell'effetto traslativo ad un momento successivo. Inoltre, tale convinzione venne acuita dal timore che si sarebbe potuta reintrodurre la scissione fra *modus* e *titulus acquirendi* – tipica del diritto romano – qualora si fosse ammessa la possibilità di stipulare un contratto preliminare di vendita, il cui unico effetto sarebbe stato quello di vincolare le parti alla successiva manifestazione di volontà necessaria per far sì che si producesse l'effetto traslativo.

Un'apertura verso la possibilità di ammettere la figura del contratto preliminare si ebbe nel momento in cui venne indagato il fenomeno della contrattazione preliminare svincolandolo dal contratto di compravendita e concependolo come un contratto generale

---

<sup>96</sup> In particolare, gli articoli 1125 e 1448 c.c.

con cui “le parti si obbligano a concludere un ulteriore contratto già interamente determinato nei suoi elementi essenziali”<sup>97</sup>.

I successivi approdi dottrinali portarono ad abbandonare il precedente orientamento che, conformemente all’ordinamento francese, identificava la promessa di vendita come vendita definitiva, prediligendo, invece, una visione analoga a quella propria della dottrina tedesca, ammettendo, dunque, la figura del contratto preliminare.

Le ragioni alla base di questo rinnovato atteggiamento nei confronti del contratto preliminare furono legate all’esigenza di tutela di rilevanti interessi economici, con particolare riguardo al settore delle compravendite immobiliari, consentendo, così, ai contraenti di superare le rigidità connesse all’applicazione del principio consensualistico. Sconsacrato il precedente orientamento e riconosciuta l’ammissibilità del contratto preliminare, le parti si avvalsero di quest’ultimo perseguendo non solo l’obiettivo di dar vita ad un vincolo giuridicamente rilevante che le obbligasse alla redazione del successivo contratto definitivo, ma, soprattutto, provvedendo ad anticipare taluni degli effetti che altrimenti si sarebbero prodotti solo in conseguenza del perfezionamento del contratto definitivo<sup>98</sup> prevedendo, ad esempio, la consegna del bene ovvero di pagamento del prezzo quali obbligazioni derivanti direttamente dal contratto preliminare, ancorché non si fosse ancora prodotto l’effetto traslativo della proprietà.

---

<sup>97</sup> COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896.

<sup>98</sup> DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991.

### **3.1. *Segue:* Ragioni storiche dietro l'esigenza di prevedere l'anticipazione degli effetti del contratto definitivo nel mercato immobiliare.**

Il contratto preliminare, caratterizzato dall'anticipazione nell'esecuzione di talune prestazioni, costituì, fin dall'introduzione della contrattazione preliminare nel nostro sistema giuridico, lo strumento caratteristico cui le parti fecero ricorso al fine di sottrarsi alla regola del consenso traslativo.

La nascita del fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati coincise con la crisi del settore dell'edilizia abitativa che investì l'Italia, tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, a seguito della seconda rivoluzione industriale<sup>99</sup>. In tale periodo, infatti, l'avvento di nuove tecnologie e la semplificazione nei processi produttivi portarono all'espansione del settore industriale sicché si rese necessario aumentare le aree destinate alle costruzioni industriali, riducendo, di conseguenza, l'estensione di specifiche zone destinate a soddisfare esigenze abitative. Le aree urbane idonee ad ospitare insediamenti umani per esigenze abitative si ridussero sempre di più e ciò causò il conseguente notevole incremento dei prezzi.

Il quadro storico così delineato vide l'emersione della figura del c.d. costruttore-imprenditore, soggetto che, anche sfruttando le nuove tecniche per la costruzione edilizia – le quali consentivano un intenso sfruttamento delle poche aree disponibili – provvedeva ad assumere direttamente l'obbligo di edificare tali strutture, senza che vi fosse alcuna intermediazione da parte di imprese appaltatrici. Le imprese necessitavano di ingenti capitali al fine di far fronte ai costi necessari per la realizzazione delle opere, una siffatta esigenza venne soddisfatta avvalendosi, per l'appunto, dello schema del contratto preliminare ad effetti anticipati<sup>100</sup>. In particolare, veniva richiesto ai promissari acquirenti di anticipare il versamento del prezzo pattuito per l'acquisto, mediante un pagamento frazionato direttamente collegato allo stato di avanzamento dei lavori per la realizzazione dell'opera.

Il ricorso a tale schema negoziale consentì agli imprenditori-costruttori di reperire i capitali necessari per portare a compimento le opere edilizie intraprese, senza che a tal fine fosse necessario far ricorso al circuito dei prestiti bancari, rinviando, inoltre, ad un

---

<sup>99</sup> ESPOSITO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>100</sup> ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, p. 439.

momento successivo – coincidente con la stipulazione del contratto di compravendita – la produzione dell'effetto traslativo.

Gli aspetti critici che tale prassi generò furono essenzialmente legati ad esigenze di tutela dei promissari acquirenti, i quali, a fronte dell'anticipazione del pagamento del prezzo, non ottenevano alcun vantaggio materiale, non essendo immessi nel godimento del bene – non ancora compiutamente venuto ad esistenza – e non potendo disporre di strumenti di garanzia verso l'eventuale inadempimento del costruttore.

L'esigenza di favorire l'attività imprenditoriale nel settore dell'edilizia urbana e l'emersione della particolare figura del c.d. imprenditore-costruttore, fecero sì che la dottrina dell'epoca si avvicinasse alla figura del *Vorvertrag*, elaborata dalla dottrina tedesca, scardinando la precedente concezione – di chiara ispirazione francese – che vedeva coincidere la promessa di vendita con la vendita stessa.

La dottrina, dedicandosi a questioni strettamente teoriche, si concentrò prevalentemente nella elaborazione di una figura generale di contratto preliminare che, analogamente a quanto avvenuto nell'ordinamento tedesco, potesse svolgere la funzione di negozio preparatorio al successivo perfezionamento di qualunque atto negoziale.

Il dibattito dottrinale di inizio Novecento intorno alla figura del contratto preliminare vide l'emersione di posizioni e vedute divergenti incentrate principalmente sulla natura giuridica e sull'efficacia di tale fattispecie negoziale.

Le principali correnti di pensiero rispecchiavano la contrapposizione fra coloro i quali assimilavano il contratto preliminare ad un mero atto preparatorio, ritenuto privo di efficacia vincolante fintanto che non vi fosse stata la conclusione del contratto definitivo, e la diversa posizione di coloro che qualificavano il contratto preliminare quale contratto autonomo, ritenuto valido e produttivo di effetti giuridici sin dal momento della sua stipulazione.

La giurisprudenza, diversamente, si interessò al fenomeno della contrattazione preliminare da un punto di vista strettamente pratico dovendo procedere alla risoluzione di controversie caratterizzate dalla presenza di una promessa di vendita corredata dall'anticipazione di taluni effetti propri della vendita *tout court* quali, ad esempio, il pagamento del prezzo ovvero l'immissione nel godimento del bene.

Le prime pronunce giurisprudenziali si incentrarono sulla promessa di vendita<sup>101</sup> – istituto cui venne ricondotto in origine il contratto preliminare – e fecero sì che tale figura acquisisse una propria autonoma rilevanza rispetto alla vendita *tout court*.

Gli interventi giurisprudenziali si spinsero al punto tale da legittimare la stipula di accordi posti in essere in violazione del principio del consenso traslativo, dal momento in cui si riconobbe la possibilità di dar vita ad atti negoziali finalizzati alla successiva produzione dell'effetto traslativo e che, al contempo, obbligassero le parti ad effettuare la consegna materiale del bene – svincolata dall'effetto reale, subordinato alla successiva manifestazione di volontà – nonché al pagamento del prezzo.

La lesione del principio consensualistico, come sopra riportato, fu dovuta alle modalità con cui venne ricostruita la figura della promessa di vendita. Quest'ultima, infatti, venne concepita come un contratto la cui funzione fosse quella di obbligare le parti alla produzione dell'effetto traslativo, il quale, tuttavia, secondo il principio del consenso traslativo, si sarebbe dovuto produrre nel momento in cui le parti avessero legittimamente manifestato il loro consenso.

La giurisprudenza, nel tentativo di evitare il protrarsi della violazione del principio consensualistico, provvide a far confluire all'interno della fattispecie del contratto preliminare le situazioni precedentemente qualificate quali promessa di vendita.

Fu proprio in questo contesto che emerse la figura del contratto preliminare ad effetti anticipati, inteso come l'accordo con cui le parti, rinviando ad un momento successivo la manifestazione del consenso necessaria per la produzione dell'effetto traslativo, assumevano l'immediato obbligo di esecuzione anticipata delle prestazioni del contratto definitivo, quali, ad esempio, il pagamento del prezzo e/o la consegna del bene.

La sovrapposizione fra contratto preliminare e promessa di vendita – frutto dell'intervento giurisprudenziale motivato dalla necessità di dar esecuzione al principio consensualistico – venne criticata da parte della dottrina.

In particolare, De Matteis<sup>102</sup> evidenziò le differenze strutturali fra le due fattispecie: nella promessa di vendita la manifestazione di volontà delle parti è diretta alla realizzazione dell'effetto traslativo, mentre, invece, nel caso del contratto preliminare affinché l'effetto

---

<sup>101</sup> Definibile quale l'accordo con cui le parti si obbligano al compimento di un successivo atto negoziale produttivo dell'effetto traslativo.

<sup>102</sup> DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 51.

traslativo possa prodursi, si rende necessaria una ulteriore e differente manifestazione di volontà.

Il ricorso alla contrattazione preliminare ad effetti anticipati, tuttavia, fu frutto dell'esigenza avvertita all'interno della giurisprudenza di ricondurre l'adempimento delle obbligazioni al contratto preliminare, qualificando tali prestazioni quale anticipata esecuzione dell'accordo negoziale definitivo, alla cui conclusione le parti, mediante il perfezionamento del contratto preparatorio, si erano giuridicamente obbligate.

Il travagliato e complesso percorso che ha portato all'elaborazione della nozione di contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati ha decretato il superamento della precedente concezione in forza della quale la promessa di vendita veniva intesa quale contratto che obbligasse all'effetto traslativo, favorendo, d'altro canto, l'emersione della differente figura del preliminare qualificato come l'accordo che obbliga le parti alla conclusione di un futuro contratto.

## **Capitolo terzo: natura giuridica del contratto preliminare c.d. “ad effetti anticipati”: contratto misto ovvero contratto collegato?**

### **1.Premessa.**

La natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati è stata oggetto di notevoli dibattiti ed ha portato la giurisprudenza e la dottrina ad assumere posizioni differenti.

La risoluzione di tale problematica non è rilevante esclusivamente da un punto di vista teorico, quanto, piuttosto, riveste anche un notevole rilievo pratico.

La diversa ricostruzione del fenomeno, infatti, incide direttamente sulla individuazione della disciplina applicabile al contratto preliminare caratterizzato dall'anticipazione di taluni effetti che altrimenti si produrrebbero a seguito della conclusione del contratto definitivo, nonché porta a qualificare differientemente la posizione del promissario acquirente immesso nel godimento anticipato del bene.

## 2. Giurisprudenza minoritaria.

L'attenzione al fenomeno dell'anticipazione degli effetti nella contrattazione preliminare ha inizialmente interessato, in via quasi esclusiva, la giurisprudenza, a fronte dell'indifferenza da parte della dottrina.

I motivi alla base di questo atteggiamento discendono dalla lontananza del negozio in questione rispetto agli schemi codicistici così come interpretati ed intesi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ciò ha fatto sì che fosse preliminarmente necessario un esame condotto concretamente, caso per caso, dalla giurisprudenza per poi consentire uno studio generale ed astratto da parte della dottrina<sup>103</sup>.

Le caratteristiche del contratto preliminare ad effetti anticipati sono state delineate dalla giurisprudenza durante la vigenza del Codice Pisanelli (1865), tali interventi furono dovuti alla necessità di definire, in termini giuridici, un istituto, il contratto preliminare ad effetti anticipati per l'appunto, notevolmente diffuso nella prassi ma scevro di disciplina giuridica<sup>104</sup>.

La Corte di cassazione<sup>105</sup>, nel 1929 – pronunciandosi sul fenomeno dell'anticipazione degli effetti nella contrattazione preliminare in ambito immobiliare – si occupò della problematica relativa all'anticipata consegna del bene in favore del promissario acquirente, provvedendo a far riferimento alla c.d. “concessione precaria”<sup>106 107</sup>.

I primi interventi giurisprudenziali si caratterizzarono per negare l'ammissibilità del contratto preliminare ad effetti anticipati e provvidero a ricostruire tale accordo in modo variegato.

In particolare, il contratto preliminare caratterizzato dall'anticipazione di parte delle prestazioni del contratto definitivo è stato talvolta qualificato quale vendita definitiva<sup>108</sup>,

---

<sup>103</sup> PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000.

<sup>104</sup> DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>105</sup> Cass., 10 luglio 1929, n. 2681, in *Rep. Foro it.*, 1929.

<sup>106</sup> COSCO, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*, Catanzaro, 2018.

<sup>107</sup> La “concessione precaria” si ha quando le parti non intendono procedere al trasferimento della proprietà del bene e, per tale motivo, stipulano una c.d. promessa di vendita. In questo caso, l'anticipato pagamento del prezzo e/o l'anticipata consegna del bene non devono necessariamente essere intesi quali indici di manifestazione della volontà delle parti di concludere il contratto di compravendita.

<sup>108</sup> Riprendendo quanto previsto nel *Code Napoleon* all'articolo 1589, in forza del quale venne stabilita l'equivalenza della promessa di vendita alla vendita qualora le parti contraenti fossero d'accordo sul bene oggetto della compravendita e sul prezzo pattuito quale corrispettivo.



talaltra, invece, si è fatto ricorso alla figura del contratto misto caratterizzato dalla combinazione di elementi propri del preliminare<sup>109</sup> e della vendita *tout court*<sup>110</sup>.

Dopo una fase iniziale caratterizzata dall'elevato scetticismo della giurisprudenza nel ricondurre allo schema causale del contratto preliminare l'esecuzione di prestazioni proprie del contratto definitivo, vi è stata una seconda fase nella quale è maturata la consapevolezza che la presenza di obbligazioni ulteriori, rispetto al mero obbligo di concludere il contratto definitivo – tipico del contratto preliminare c.d. “puro” – rendesse comunque necessaria la conclusione del contratto definitivo affinché potesse prodursi l'effetto traslativo.

La giurisprudenza, nonostante abbia riconosciuto la compatibilità con il contratto preliminare dell'eventuale anticipazione di talune prestazioni proprie del definitivo<sup>111</sup>, non ha ricostruito la fattispecie in modo univoco, provvedendo, piuttosto, a fornire ipotesi ricostruttive differenti nella individuazione della fonte da cui derivi l'obbligo dell'esecuzione anticipata.

L'orientamento inizialmente prevalente individuava nel contratto definitivo la fonte dell'esecuzione anticipata delle prestazioni<sup>112</sup>. È a tale orientamento, successivamente superato, che si deve l'introduzione dell'espressione “contratto preliminare ad effetti anticipati”, proprio perché considerava derivanti dal contratto definitivo le obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna della *res* e, di conseguenza, l'esecuzione di tali prestazioni anteriormente alla produzione dell'effetto traslativo è stata intesa quale anticipazione degli effetti definitivi.

Le decisioni giurisprudenziali, espressione dell'orientamento appena riportato, si limitarono ad affermare la non incompatibilità degli obblighi di anticipato pagamento del prezzo e/o immissione nel godimento della *res* con l'istituto del contratto preliminare, non ritenendo sufficiente la presenza di tali clausole per poter qualificare quel determinato atto negoziale quale contratto definitivo.

Nel tentativo di qualificare correttamente l'atto negoziale, quale contratto preliminare ad effetti anticipati ovvero contratto definitivo, non è stata reputata sufficiente la

---

<sup>109</sup> In particolare, il carattere meramente obbligatorio del contratto con cui le parti hanno assunto l'obbligo di procedere alla successiva conclusione del contratto definitivo, al cui perfezionamento seguirà l'effetto traslativo della proprietà in favore dell'acquirente.

<sup>110</sup> Quali la consegna del bene ed il contestuale godimento dello stesso garantito in favore del promissario acquirente nonché l'eventuale, totale o parziale, pagamento del prezzo.

<sup>111</sup> Quali, ad esempio, la consegna del bene e/o il pagamento, totale o parziale, del prezzo.

<sup>112</sup> Cass., 30 dicembre 1968, n.4090, in *Giur. it.*, 1969.

dichiarazione delle parti, ritenendo, piuttosto, necessario indagare la comune intenzione delle parti<sup>113</sup>. Il giudice, dunque, avrebbe dovuto procedere ad interpretare le singole clausole contrattuali secondo il significato letterale delle parole, ricostruendo altresì la comune intenzione delle parti, nonché interpretando in modo complessivo le differenti clausole. Nel porre in essere tale attività, il giudice, dovrebbe considerare come l'anticipata consegna del bene e/o il pagamento del prezzo potrebbero integrare una mera anticipazione degli obblighi derivanti dal contratto definitivo ed essere inseriti all'interno di un negozio con cui i contraenti non abbiano inteso procedere all'immediato trasferimento della proprietà quanto, piuttosto, assumere l'obbligo di stipulare successivamente il contratto definitivo, fonte dell'effetto traslativo<sup>114</sup>.

Al fine di differenziare il contratto di compravendita dal preliminare è stata ritenuta determinante la ricostruzione dell'intento comune delle parti<sup>115</sup>.

Qualora la volontà dei contraenti sia diretta al trasferimento della proprietà del bene verso il corrispettivo di un prezzo, conformemente alla causa negoziale prevista all'art.1470 c.c., allora ricorrerà l'ipotesi del contratto di compravendita.

Diversamente, invece, qualora il comune intento delle parti sia rivolto a dar vita ad un rapporto obbligatorio con cui esse si impegnino alla successiva manifestazione di volontà, al cui verificarsi è subordinata la produzione dell'effetto traslativo, allora ricorrerà la fattispecie del c.d. contratto preliminare.

In questo ultimo caso è opportuno evidenziare come la *traditio* del bene e/o il pagamento del prezzo non sono totalmente incompatibili con il contratto preliminare, dal momento che le parti ben potrebbero aver manifestato esclusivamente l'intento di anticipare le prestazioni che si sarebbero prodotte, in assenza di tale previsione, solo a seguito del perfezionamento del contratto definitivo.

L'orientamento giurisprudenziale prelevante fino agli anni '70 del secolo scorso provvedeva a ricostruire la fattispecie dell'anticipazione degli effetti nella contrattazione preliminare considerando l'esecuzione di tali prestazioni quale anticipazione consensuale degli effetti del futuro accordo, il c.d. contratto definitivo.

L'orientamento in questione, tuttavia, entrò in crisi a partire dal momento in cui non si riuscì a giustificare la possibilità di dar esecuzione ad una obbligazione non ancora sorta,

---

<sup>113</sup> Così come previsto all'articolo 1362 c.c. in merito all'interpretazione del contratto.

<sup>114</sup> Cass., 13 maggio 1982, n. 3001, in *Giust. Civ.*, 1982.

<sup>115</sup> Cass. Civ., Sez. II, 19 aprile 2000, n.5132, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

dato che il contratto definitivo – ritenuto fonte degli obblighi di consegna della *res* e del pagamento del prezzo – non era stato ancora concluso.

Le Corti, preso atto dell'impossibilità di ritenere eseguibile una obbligazione derivante da un contratto – quale il definitivo – non ancora sorto, provvidero a ricondurre le clausole di anticipazione degli effetti del definitivo allo stesso contratto preliminare. In questo modo al contratto preliminare c.d. “puro”<sup>116</sup> si andò ad affiancare il contratto preliminare c.d. “complesso”, il quale si connota per prevedere delle obbligazioni aggiuntive rispetto alla forma “pura” di tale fattispecie negoziale, quali, ad esempio, le clausole con cui si anticipano taluni effetti propri del contratto definitivo.

Emblematica è, a tal proposito, la decisione assunta dalla Corte di cassazione nel 1982<sup>117</sup>. In tale pronuncia, infatti, gli Ermellini asserirono come l'obbligo di procedere alla consegna immediata della cosa, assunto dal promittente venditore con la stipula del contratto preliminare, non potesse esser ritenuto quale esecuzione anticipata del contratto definitivo e, di conseguenza, qualora inadempito, sarebbe stato regolato dalle norme generali dedicate all'inadempimento delle obbligazioni e non, invece dalle disposizioni specificamente dedicate alla compravendita, quale quelle sui termini e le condizioni dell'azione di garanzia per vizi<sup>118</sup>.

In origine, l'approccio giurisprudenziale al tema della anticipazione degli effetti nella contrattazione preliminare fu incentrato sulla qualificazione della fattispecie negoziale, dibattendo circa la possibilità di qualificare il primo atto negoziale quale contratto preliminare ovvero definitivo, non curandosi, invece, di fornire delle giustificazioni giuridiche al fenomeno in esame, nonché ommettendo di occuparsi delle conseguenze e dei rimedi esperibili qualora gli obblighi dell'anticipato pagamento del prezzo e della anticipata consegna del bene fossero rimasti inadempiti.

Parte della giurisprudenza ha tentato di ricostruire diversamente il fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati, non aderendo all'orientamento sopra riportato<sup>119</sup> ma, piuttosto, ricorrendo alla teoria del contratto misto<sup>120</sup>, ravvisando, nella

---

<sup>116</sup> Ossia quando si limita a far sorgere fra le parti l'obbligo di conclusione del contratto definitivo.

<sup>117</sup> Cass., 11 agosto 1982, n.4562, in *Rep. Foro it.*, 1982.

<sup>118</sup> Disciplinata all'art.1495 c.c.

<sup>119</sup> In forza della quale le obbligazioni di pagamento del prezzo e/o consegna del bene venivano sorte in esecuzione del contratto preliminare, venivano intese quali anticipazioni degli obblighi propri del contratto definitivo.

<sup>120</sup> I contratti misti rappresentano una particolare categoria di contratti atipici, nei quali la causa contrattuale è determinata dalla fusione delle cause di due o più contratti tipici. Questa caratteristica si riverbera anche

fattispecie in questione, la presenza di elementi propri del contratto preliminare c.d. “puro” e del definitivo di vendita<sup>121</sup>.

---

sulla disciplina applicabile ai contratti misti. A tal proposito, due sono le principali teorie che consentono di individuare la disciplina giuridica per la regolamentazione del fenomeno. La c.d. teoria dell'assorbimento, secondo la quale si applica, in via analogica, la disciplina del contratto che ha, in concerto, una funzione prevalente. La c.d. teoria della combinazione, in forza della quale la disciplina applicabile risulta dalla combinazione delle varie regole dei diversi contratti tipici.

Il contratto misto, dunque, rientra all'interno dell'ambito applicativo dell'art.1322 c.c., secondo comma, dal momento che non è direttamente concepito dal legislatore, rendendo così necessario l'accertamento della rispondenza ad interessi meritevoli di tutela affinché possa far ingresso nell'ordinamento giuridico. Ma, per altro verso, è possibile affermare la sua “tipicità”, intesa in senso atecnico, nel momento in cui ci si ravveda di come la disciplina applicabile a tale fenomeno negoziale risulti dall'applicazione di norme già previste dall'ordinamento e diversamente determinate a seconda che si accolga la tesi dell'assorbimento ovvero la tesi della combinazione.

<sup>121</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 439.

### 3. Orientamenti dottrinali.

Nell'ambito del fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati, la dottrina ha generato un ampio ed acceso dibattito in merito alla qualificazione giuridica di tale fattispecie, dando vita a differenti ipotesi ricostruttive del suddetto fenomeno negoziale. Un primo orientamento ritiene come l'anticipata esecuzione delle prestazioni – consistenti nel pagamento del prezzo e/o nella consegna del bene – non determini automaticamente l'impossibilità di ricostruire tale atto negoziale sussumendolo all'interno dello schema del contratto preliminare. In questo modo viene ridimensionata la distinzione fra contratto preliminare "puro" e "complesso", ricorrendo la prima ipotesi in tutti quei casi in cui le parti rinviino alla conclusione del contratto definitivo l'esecuzione delle prestazioni, mentre, nella seconda ipotesi, tali prestazioni verranno eseguite immediatamente, senza che sia necessario attendere il perfezionamento del contratto definitivo. In entrambi i casi, sostengono gli esponenti di tale orientamento<sup>122</sup>, gli atti negoziali saranno riconducibili al medesimo tipo contrattuale.

L'anticipazione nell'esecuzione delle obbligazioni non inciderebbe, secondo tale orientamento, sulla causa del contratto preliminare<sup>123</sup>. L'esecuzione anticipata, dunque, non costituirebbe altro che il "premature" adempimento di obbligazioni finali, alla cui esecuzione le parti già si sarebbero vincolate attraverso la stipula del contratto preliminare e assumendo, di conseguenza, l'obbligo di concludere il contratto definitivo.

Alcuni autori<sup>124</sup> ritengono come la figura del contratto preliminare ricorra solo qualora le parti abbiano previsto la parziale anticipazione delle prestazioni. Diversamente, invece, nella eventualità in cui le parti si siano obbligate alla completa esecuzione del contratto definitivo in un momento anteriore rispetto alla sua conclusione, si configurerà un vero e proprio contratto definitivo.

Il contratto definitivo costituirà la fonte di tutti gli effetti obbligatori e reali legati alla vicenda contrattuale nell'ipotesi in cui le parti, facendo ricorso allo schema del preliminare, abbiano assunto l'obbligo di concludere successivamente il definitivo ovvero

---

<sup>122</sup> DELFINI, *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare - definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in Riv. Not., 1991, p. 623; ADILARDI, *Il contratto preliminare*, Padova, 2008; GABRIELLI, *op. cit.*

<sup>123</sup> Individuata nell'obbligo di concludere il contratto definitivo.

<sup>124</sup> Tra cui in particolare v. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Milano, 2019; e v. CHIOSI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rassegna di Diritto civile*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2010.

abbiano previsto la parziale esecuzione delle prestazioni legate alla conclusione di quest'ultimo.

Diversamente, invece, ove le parti avessero previsto l'integrale esecuzione anticipata delle prestazioni, allora tale accordo non potrebbe esser qualificato quale contratto preliminare, integrando, piuttosto, un vero e proprio contratto definitivo poiché il proposito al trasferimento del diritto è già stato manifestato dalle parti. In questa ultima ipotesi, pertanto, il successivo contratto non costituirà altro che una mera ripetizione della prima manifestazione negoziale.

Altra parte della dottrina<sup>125</sup>, diversamente, ritiene come il contratto preliminare, nonostante la totale anticipazione degli effetti del definitivo, mantenga la propria autonomia funzionale, essendo, piuttosto, rilevante l'accertamento della volontà delle parti, indagando se l'intenzione delle stesse fosse finalizzata all'immediato trasferimento della titolarità del diritto, ovvero alla mera anticipazione degli effetti del definitivo.

Alcuni autori<sup>126</sup>, dall'analisi delle disposizioni codicistiche legate al contratto preliminare, hanno ravvisato come la presenza di clausole ulteriori rispetto a quelle funzionalmente dirette a far sorgere l'obbligo di prestare il consenso per la successiva conclusione del contratto definitivo, non rientri all'interno della funzione propria del preliminare. Tale deduzione è frutto dell'esame dell'art.2932 c.c., il quale si limita a disciplinare l'ipotesi in cui non venga prestato il consenso necessario al fine di concludere il contratto definitivo, omettendo qualsiasi riferimento al mancato adempimento delle prestazioni ulteriori consistenti nell'anticipazione di taluni effetti propri del definitivo.

Peculiare è la ricostruzione, operata da parte della dottrina<sup>127</sup>, in forza della quale il contratto preliminare ad effetti anticipati viene inteso quale contratto tipico con clausola atipica. Tale clausola integrerebbe il contratto preliminare corredandolo di un'obbligazione aggiuntiva rispetto all'obbligo di concludere il contratto definitivo.

La tesi da ultimo riportata, qualora venisse accolta, porterebbe a dover ripensare l'espressione invalsa nella prassi per descrivere il fenomeno in esame<sup>128</sup>, ciò in quanto non vi sarebbe alcuna anticipazione degli effetti intesi in senso giuridico. L'espressione

---

<sup>125</sup> ADILARDI, *op. cit.*, p. 73.

<sup>126</sup> LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, p.669.

<sup>127</sup> TIMPANO, *Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, in *Rivista del Notariato*, 2008, p. 1089.

<sup>128</sup> Ci si riferisce all'espressione "contratto preliminare ad effetti anticipati".

“contratto preliminare ad effetti anticipati” dovrebbe esser intesa riferendosi ad una anticipazione in senso meramente economico e non giuridico. Conclusione cui si giunge ritenendo presente un “ordinario” contratto preliminare corredato da ulteriori clausole destinate a disciplinare la fase intermedia intercorrente fra il suo perfezionamento e la conclusione del definitivo.

L’anticipata esecuzione delle prestazioni potrebbe esser ricostruita ravvisando, in via ulteriore rispetto al preliminare, la presenza di un contratto di comodato e di mutuo gratuito<sup>129</sup>. In questo modo il promittente venditore potrà disporre della somma ricevuta quale anticipazione del prezzo<sup>130</sup> e, d’altro lato, il promissario acquirente potrà godere del bene oggetto del contratto<sup>131</sup>. Al momento del perfezionamento del contratto definitivo, le somme già versate da parte del promissario acquirente in favore della propria controparte negoziale saranno sottoposte a compensazione con l’importo dovuto a titolo di prezzo e, in via ulteriore, il promissario acquirente vedrà modificato il titolo in forza del quale potrà materialmente disporre del bene<sup>132</sup>. Non essendo ravvisabile la presenza di alcuna vicenda traslativa, le attribuzioni provvisorie in favore dei contraenti avranno natura meramente obbligatoria e faranno sì che le parti, in seguito alla conclusione del definitivo, non ripetano quanto già eseguito.

L’ipotesi appena delineata ricostruisce il fenomeno in esame ravvisando la contemporanea presenza di un contratto preliminare *tout court*, cui si affiancano accordi finalizzati alla regolamentazione della fase intermedia, la quale esiterà con la conclusione dell’accordo definitivo ed il conseguente effetto traslativo.

Un ulteriore orientamento provvede a sminuire il ruolo del contratto definitivo, ravvisando nel preliminare l’unica fonte di regolamentazione dei rapporti contrattuali. L’articolo 2932 c.c. viene invocato quale norma a supporto di tale tesi, in particolare si richiama il secondo comma della disposizione nella parte in cui, fra le condizioni necessarie affinché la domanda possa essere accolta, richiede come l’attore debba aver eseguito la sua prestazione ovvero ne debba aver fatto offerta nei modi previsti dalla legge, salvo che la prestazione non sia ancora esigibile. Qualora la prestazione di pagamento del prezzo sia già esigibile, allora, essa dovrà necessariamente originare dal

---

<sup>129</sup> Questa ipotesi ricostruttiva è stata accolta dalle Sezioni Unite con la sentenza del 27 marzo 2008, n.7930, in modo più approfondito vedi §3.

<sup>130</sup> Mutuo gratuito.

<sup>131</sup> Comodato.

<sup>132</sup> Integrandolo l’ipotesi della c.d. *traditio brevi manu*.

contratto preliminare, non potendo discendere dal definitivo, non ancora posto in essere. Questa ricostruzione ha portato parte della dottrina a ravvisare la presenza del riconoscimento normativo del fenomeno della anticipazione degli effetti<sup>133</sup>.

Il contratto definitivo, del tutto privato del suo ruolo, si ridurrebbe ad un mero atto esecutivo, un comportamento dovuto e già interamente predeterminato nella contrattazione preliminare. A fondamento di tale assunto, oltre a quanto già detto in merito all'articolo 2932 c.c., si cita la previsione, contenuta nell'art.1351 c.c., introduttiva della c.d. forma *per relationem* del preliminare, la quale testimonierebbe come sia quest'ultimo a costituire il contratto vero e proprio<sup>134</sup>.

L'orientamento in esame ravvisa una notevole differenza fra l'ipotesi del contratto preliminare "puro" e "complesso".

Il contratto preliminare "puro" si caratterizza per far sorgere esclusivamente l'obbligo finalizzato al perfezionamento del contratto definitivo. Esso, dunque, sarebbe qualificabile quale mero atto preparatorio, da cui scaturisca l'obbligo di prestare il consenso necessario al fine di procedere alla stipula del definitivo.

Dal preliminare "complesso", invece, discenderebbe in capo alle parti un obbligo di trasferire e non già un mero obbligo di contrarre<sup>135</sup>. Il contratto preliminare non rappresenterebbe un mero atto preparatorio quanto, piuttosto, costituirebbe l'unica fonte di diritti ed obblighi in capo alle parti. Il contratto definitivo, dunque, avrebbe quale unica funzione quella di consentire il prodursi dell'effetto traslativo<sup>136</sup>.

La prospettiva in questione riprodurrebbe la distinzione, superata mediante la codificazione del principio del consenso traslativo, fra *titulus* e *modus acquirendi*.

In particolare, il *titulus* sarebbe integrato dalla presenza di un contratto meramente obbligatorio – il preliminare "complesso" – mentre il *modus* sarebbe costituito dalla presenza di un contratto traslativo di adempimento, privo di una causa autonoma, la quale andrebbe piuttosto ravvisata nel precedente accordo<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>134</sup> GAZZONI, *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Riv. Not.*, 1997, p. 19.

<sup>135</sup> DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. Civ.*, 1985, p. 1640.

<sup>136</sup> PLAIA, *op. cit.* L'autore ritiene che gli effetti anticipati siano frutto di un contratto incompleto da un punto di vista procedimentale e ravvisa l'esigenza di porre in essere un atto definitivo, di puro trasferimento del diritto, cui ricollegare la produzione dell'effetto traslativo.

<sup>137</sup> DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 51.



La vicinanza fra contratto preliminare ad effetti anticipati e contratto definitivo è stata ulteriormente ridotta dall'introduzione dell'art.2645-bis c.c., con cui è stata ammessa la trascrivibilità del preliminare<sup>138</sup>. La possibilità di rendere opponibile *erga omnes* il preliminare, mediante la trascrizione dello stesso, ridurrebbe notevolmente le differenze fra quest'ultimo ed il contratto di compravendita, l'unico elemento distintivo sarebbe costituito dall'assenza dell'effetto traslativo. L'idoneità alla produzione dell'effetto traslativo, dunque, risulterebbe essere l'unico elemento distintivo ravvisabile fra il preliminare ad effetti anticipati ed il definitivo, nonché costituirebbe l'unica funzione di quest'ultimo<sup>139</sup>.

L'esito cui giunge tale ipotesi ricostruttiva è quello di configurare il contratto preliminare ad effetti anticipati quale fonte di un'obbligazione di trasferire, cui segue il contratto definitivo, inteso quale negozio traslativo con causa esterna<sup>140</sup>. Tale causa andrebbe determinata facendo riferimento al contratto preliminare con cui si è assunta l'obbligazione di dare.

Le conclusioni cui giunge un simile approccio ricostruttivo del fenomeno dell'anticipazione degli effetti sono state criticate sotto diversi punti di vista<sup>141</sup>.

La ricostruzione del preliminare quale fonte di un obbligo di trasferire, andrebbe a distorcere la sua funzione di strumento di controllo della correttezza dei presupposti e delle sopravvenienze.

In via ulteriore si è evidenziato come, così facendo, si lederebbe in modo ingiustificato il principio consensualistico<sup>142</sup>. Sulla derogabilità convenzionale del principio del consenso traslativo non vi è uniformità di vedute. A fronte di un orientamento maggioritario<sup>143</sup> che nega la derogabilità del principio sancito all'articolo 1376 c.c., autorevole dottrina<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> Per i rilievi critici della trascrivibilità di un contratto ad effetti meramente obbligatori, quale il preliminare, vedi capitolo introduttivo.

<sup>139</sup> MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la "realtà". Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007.

<sup>140</sup> Il negozio con causa esterna è caratterizzato dal fatto che la causa, elemento essenziale del contratto ex art.1325 c.c. n.2, non è identificabile dal contenuto del negozio, quanto, piuttosto, si ricava da un precedente e diverso atto negoziale.

<sup>141</sup> LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998.

<sup>142</sup> Previsto dal legislatore all'art.1376 c.c.

<sup>143</sup> GABRIELLI, *op. cit.*; PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998.

<sup>144</sup> SACCO, *op. cit.*; DELFINI, *Principio consensualistico e autonomia privata*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, p. 187.

ammette la possibilità, per le parti, di disporre di tale principio, sottolineando il carattere dispositivo dell'art.1376 c.c.

A sostegno della tesi favorevole alla derogabilità del principio consensualistico, si ravvisa come tale principio incontri dei limiti. In particolare, si è evidenziato come il consenso delle parti legittimamente manifestato non sia sufficiente a rendere opponibile a terzi la produzione dell'effetto traslativo. Più specificatamente, nel caso di beni mobili sarà necessaria la consegna al fine di impedire l'acquisto del suddetto bene da parte di un terzo in buona fede<sup>145</sup>. Qualora si tratti di beni immobili, invece, sarà necessaria la trascrizione al fine di rendere l'acquisto opponibile ai terzi aventi causa.

Altri autori<sup>146</sup>, ritenendo una simile ricostruzione non lesiva del principio consensualistico, ravvisano come, in questo caso, le parti dispongano del tempo di verifica dell'effetto reale e, così, non verrebbe ad esser derogato il principio del consenso traslativo. A sostegno di tale asserzione viene richiamata l'ipotesi della vendita con riserva della proprietà, fattispecie che esemplifica una delle diverse modalità con cui può estrinsecarsi il principio consensualistico circa l'immediatezza o meno dell'effetto traslativo.

Ulteriore criticità è, inoltre, ravvisata nella circostanza per cui, nel caso di contratto preliminare ad effetti anticipati, diversamente dall'ipotesi di vendita obbligatoria, il promissario acquirente è già immesso nella disponibilità materiale del bene.

Altra divergenza fra le due fattispecie è costituita dalla produzione dell'effetto traslativo, il quale, nel caso di vendita obbligatoria, si produrrà in via automatica, mentre, nel caso di contratto preliminare ad effetti anticipati, sarà pur sempre necessaria una ulteriore manifestazione di volontà per poter produrre l'effetto traslativo.

La teoria che ricollega il fenomeno della anticipazione degli effetti nella contrattazione preliminare alla vendita obbligatoria non può esser condivisa, essendo presenti notevoli differenze fra le due fattispecie.

Nella vendita obbligatoria, l'effetto traslativo deriva direttamente dal contratto, il quale, dunque, ha efficacia reale differita. Il contratto preliminare, invece, rappresenta un contratto con effetti meramente obbligatori<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Qualora siano integrati tutti i requisiti previsti ex art.1153 c.c.

<sup>146</sup> CAMARDI, *Principio consensualistico. Produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 572.

<sup>147</sup> VITALONE, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in Vitalone e Mosca, *I contratti preliminari*, Torino, 2014.

Qualora le parti provvedano a stipulare un contratto di vendita obbligatoria, in capo al venditore non sorgerà l'obbligo di compiere l'atto traslativo<sup>148</sup>, quanto, invece, un obbligo di *facere* consistente nella realizzazione di quanto necessario affinché l'effetto traslativo – già realizzatosi – divenga effettivo ed efficace.

L'istituto della vendita obbligatoria, negli ordinamenti di area germanica, costituisce la fonte di un vero e proprio obbligo di "dare", consistente nella necessità di stipulare un successivo contratto traslativo in adempimento del primo atto negoziale. In ciò si evince la netta differenza fra quanto previsto all'interno di tali ordinamenti e quanto, invece, previsto nell'ordinamento nazionale. In quest'ultimo, infatti, l'effetto reale sarà solo differito ad un momento successivo ma discenderà pur sempre dallo stesso atto negoziale, non essendo necessaria alcuna ulteriore manifestazione di volontà negoziale per far sì che si perfezioni l'effetto traslativo.

Facendo riferimento alla disciplina della vendita obbligatoria che caratterizza l'ordinamento tedesco, taluno ha provveduto a ricondurre a tale istituto la fattispecie del contratto preliminare. Secondo tale ricostruzione, il contratto preliminare sarebbe fonte di un'obbligazione di *facere*<sup>149</sup> nonché anche di un'obbligazione di *dare*, consistente nel far acquistare la proprietà al promissario acquirente attraverso la realizzazione di un ulteriore atto traslativo<sup>150</sup>.

Solo il contratto preliminare di vendita sarebbe, dunque, riconducibile alla vendita obbligatoria – così come intesa nel diritto romano prima e nel diritto tedesco poi – in quanto le fattispecie di vendita ad effetti obbligatori non sarebbero altro che ipotesi di vendite ad effetti reali ove tale effetto verrebbe esclusivamente differito ad un momento successivo rispetto a quello in cui si perfeziona il consenso delle parti legittimamente manifestato<sup>151</sup>.

Diverse ricostruzioni dottrinali, svalutando totalmente il ruolo del contratto definitivo, lo considerano una mera ripetizione confessoria del preliminare, qualificando il contratto preliminare come unica fonte degli effetti e da cui conseguirebbe l'effetto traslativo. Mediante tale ricostruzione, il contratto preliminare ad effetti anticipati viene ritenuto un

---

<sup>148</sup> Obbligo che, invece, sorgerà in capo al promittente venditore qualora egli abbia stipulato un contratto preliminare.

<sup>149</sup> Consistente nel perfezionamento del contratto definitivo.

<sup>150</sup> CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. It.*, 1987, p. 673.

<sup>151</sup> GAZZONI, *op. cit.*

contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita<sup>152</sup> e, per tale motivo, non è riconducibile allo schema del contratto preliminare *tout court*.

La qualifica del contratto preliminare quale contratto definitivo ad efficacia differita, porta a ritenere come gli effetti che si siano immediatamente prodotti originino da una fattispecie contrattuale perfetta in tutti i suoi elementi costitutivi. Gli effetti ulteriori, invece, si produrranno solo nel momento in cui siano integrati gli ulteriori fattori causali necessari a tal fine. A tal proposito rileverà la c.d. ripetizione del contratto, la quale consiste nell'adempimento all'obbligo con cui le parti si limiteranno ad iterare il precedente negozio senza che ne sia mutato il contenuto<sup>153</sup>.

Le disposizioni codicistiche contenute agli articoli 1351 e 2932 c.c. consentono di affermare, rispettivamente, come il contratto preliminare sia distinto dal definitivo e che la sentenza costitutiva resa all'esito del giudizio produrrà agli effetti del contratto non concluso. Sulla base di quanto precede, dunque, si è ritenuto come gli effetti contrattuali, cui le parti si sono preliminarmente vincolate, non possano prodursi prima che vi sia stata la stipula del definitivo e, inoltre, la sentenza costitutiva, resa all'esito del giudizio instaurato a seguito dell'esperimento dell'azione prevista dall'art.2932 c.c., non potrà retroagire fornendo alla parte vittoriosa tutele di cui non avrebbe potuto beneficiare se non in seguito alla conclusione del contratto definitivo<sup>154</sup>.

Una ulteriore ricostruzione dottrinale ha ricondotto il contratto preliminare ad effetti anticipati alla fattispecie del negozio di configurazione con cui le parti forgerebbero le fasi di un successivo procedimento, pur sempre di libera attuazione<sup>155</sup>.

Tale ultimo orientamento prende le mosse dall'asserita inderogabilità del principio consensualistico, previsto all'articolo 1376 c.c., in virtù dell'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi, e consequenzialmente ritiene come le parti non possano differire la produzione dell'effetto traslativo facendo ricorso alla scissione fra *titulus* e *modus adquirendi*.

Il contratto preliminare, secondo tale ipotesi ricostruttiva, non sarebbe produttivo di effetti obbligatori quanto, piuttosto, costituirebbe un atto negoziale con cui riconoscere a

---

<sup>152</sup> MONTESANO, *La sentenza ex art.2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza fra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1987, p. 239.

<sup>153</sup> PROTO, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 1895.

<sup>154</sup> PROTO, *op. cit.*, p. 1895.

<sup>155</sup> ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

determinati comportamenti delle parti l'idoneità alla produzione dell'effetto reale. La volontà dei contraenti risulta esser finalizzata alla programmazione del procedimento formativo del contratto e non, invece, alla produzione dell'effetto traslativo.

Affinché gli effetti previsti dalle parti possano prodursi, sarà necessario realizzare determinati comportamenti. È opportuno evidenziare come la realizzazione di tali condotte è rimessa all'esclusiva volontà delle parti, non essendo vincolate alla loro realizzazione, e qualora non venissero poste in essere saranno integrati gli estremi della responsabilità precontrattuale ex art.1337 c.c.<sup>156</sup>

Il contratto definitivo e l'eventuale sentenza resa ai sensi dell'art.2932 c.c., costituiranno un mero titolo formale qualora le parti abbiano già realizzato le condotte individuate nel contratto preliminare, in questo caso, infatti, l'effetto traslativo si sarebbe già verificato in seguito all'attuazione delle condotte previste nella pattuizione preliminare.

Il contratto preliminare "puro", secondo la ricostruzione qui in esame, sarebbe connotato per un esclusivo carattere programmatico e consentirebbe alle parti di poter scegliere se realizzare o meno l'assetto di interessi preventivato.

Il contratto preliminare ad effetti anticipati, invece, si caratterizzerebbe per determinare immediatamente l'effetto traslativo fra le parti, le quali necessitano esclusivamente di un titolo formale – costituito dal contratto definitivo – al fine di rendere opponibile *erga omnes* l'effetto traslativo.

In ogni caso, l'effetto traslativo viene ad esser determinato dal "fatto" costituito dalla consegna del bene, in conseguenza alla cui realizzazione il promissario acquirente diviene titolare del diritto e, di contro, assume l'obbligo di corresponsione del prezzo.

Il fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati è stato, talvolta, ricostruito mediante il ricorso alla figura del contratto atipico. essendo emerso come le obbligazioni eseguite anticipatamente non avrebbero la loro causa né nel contratto preliminare<sup>157</sup> né nel contratto definitivo, non ancora realizzato.

---

<sup>156</sup> La responsabilità precontrattuale era stata originariamente ricondotta al paradigma della responsabilità aquiliana ex art.2043 c.c., ritenendo sussistente la violazione del generale principio del *neminem laedere*. Solo in tempi relativamente recenti tale indirizzo interpretativo ha ceduto il passo alla ricostruzione volta a ricondurre la responsabilità precontrattuale all'interno della responsabilità contrattuale, facendo riferimento alla c.d. responsabilità da contatto sociale qualificato. Tale ricostruzione rileva come la violazione di specifici obblighi, sorti in capo alle parti nella fase anteriore alla conclusione del contratto, faccia sì che sia integrata una responsabilità contrattuale, non potendosi ritenere violato il generico dovere del *neminem laedere*.

<sup>157</sup> Il cui unico effetto è rappresentato dall'obbligo di concludere il contratto definitivo.

Le obbligazioni con cui il promittente venditore immette il promissario acquirente nel godimento del bene e con cui quest'ultimo provvede al pagamento di tutto o parte del prezzo, trarrebbero origine dalla c.d. promessa di vendita, contratto atipico diverso dal contratto preliminare. Il contratto preliminare, infatti, può produrre quale unico effetto quello di vincolare le parti alla conclusione di un successivo contratto.

Alcuni autori<sup>158</sup>, sempre sostenendo la natura atipica del preliminare ad effetti anticipati, hanno ricostruito l'istituto in questione facendo ricorso alla figura del c.d. negozio misto, ossia un negozio atipico frutto della combinazione di vari schemi negoziali, tutti accumulati dall'unicità della causa. I contratti tipici che vengono a fondersi, dando vita al contratto misto sono stati individuati nel preliminare, nella compravendita e nella locazione<sup>159</sup>.

La configurazione del preliminare ad effetti anticipati quale contratto atipico è stata criticata da parte della dottrina. In particolare, nel fenomeno in esame è stata ravvisata la convergenza di una pluralità di contratti tipici e, per tale motivo, verrebbe ad esser esclusa l'atipicità di tale contratto, in quanto non finalizzato alla realizzazione di una diversa funzione economico-sociale rispetto ai singoli negozi che lo compongono<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova 1995.

<sup>159</sup> CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, Milano, 1998.

<sup>160</sup> CHIOSI, *op. cit.*, p. 543.

#### **4.L'intervento delle Sezioni Unite (7930/2008): collegamento negoziale tra preliminare di vendita, comodato e mutuo gratuito.**

Le diverse ricostruzioni prospettate in merito alla natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati, hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, avvenuto con la sentenza del 27 marzo 2008, n. 7930, al fine di comporre tale contrasto. La ricostruzione fornita dalle Sezioni Unite ha individuato, nel fenomeno dell'anticipata esecuzione di talune prestazioni, delle clausole ascrivibili agli schemi contrattuali del mutuo e del comodato.

Gli Ermellini, dunque, hanno indagato la possibilità di ricostruire l'istituto della contrattazione preliminare ad effetti anticipati in termini di contratto misto ovvero di contratto collegato.

Il contratto misto si caratterizza per la commistione di due o più fattispecie negoziali che determinano la "creazione" di una figura nuova e differente connotata, pur sempre, dall'unitarietà della causa e della disciplina applicabile. La normativa applicabile viene diversamente individuata a seconda della tesi cui si farà riferimento.

La c.d. teoria dell'assorbimento individua la disciplina applicabile nelle disposizioni dettate per la figura contrattuale che, nel caso di specie, risulterebbe esser prevalente.

La teoria della combinazione, invece, prevede come a ciascuna parte del contratto misto debba applicarsi la disciplina propria del tipo cui appartengono. In questo caso, la disciplina applicabile è frutto della combinazione di diverse disposizioni dettate per regolamentare i vari schemi contrattuali confluiti nel contratto misto.

Le due teorie finalizzate all'individuazione della disciplina applicabile al contratto misto, sono state entrambe sottoposte a rilievi critici.

In particolare, la teoria dell'assorbimento viene sottoposta a rilievi critici nella misura in cui, affinché possa validamente operare, esige di individuare una prestazione prevalente fra tutte quelle che confluiscono all'interno dello schema contrattuale e tale necessità non sempre risulta essere di agevole accertamento, soprattutto tenendo in considerazione come le parti ben potrebbero aver considerato paritetiche le diverse prestazioni legate da un nesso di corrispettività.

La teoria della combinazione, nonostante il pregio di adattare la disciplina del contratto misto alla struttura concreta dallo stesso assunta, viene contestata nella misura in cui omette di considerare il contratto misto quale fenomeno unitario, limitandosi, piuttosto,

ad una visione atomistica dei singoli negozi che lo compongono e potendo, di conseguenza, generare un conflitto fra le varie norme applicabili.

Le fattispecie negoziali così costruite rientrano, ad ogni modo, all'interno dei c.d. contratti atipici<sup>161</sup>, ma si differenziano dai contratti innominati in senso stretto dal momento in cui la causa, ancorché unica, è frutto della fusione di due o più contratti nominati e, dunque, risulta carente la presenza di una funzione economico-sociale originale rispetto a quelle dei contratti tipici che vi confluiscono.

Parte della dottrina precisa come si debba distinguere fra contratti misti e contratti complessi.

I primi sono caratterizzati dalla presenza di un unico schema negoziale sul quale si innestano clausole proprie di uno o più schemi contrattuali. Nei contratti complessi, invece, vi è la presenza di un unico negozio frutto della combinazione di elementi costitutivi propri di diversi schemi negoziali tipici<sup>162</sup>.

Nel collegamento negoziale, diversamente, vi è la presenza di più autonomi contratti connessi tra di loro da un nesso di interdipendenza, funzionale alla realizzazione di un unico scopo finale. La peculiarità di tale fattispecie risiede nel ricorso ad una pluralità di fattispecie negoziali, le quali conservano una loro causa autonoma, per il perseguimento di un risultato economico e di uno scopo unitario.

Nell'ipotesi del collegamento negoziale, qualora vi siano accadimenti<sup>163</sup> che incidano su un contratto, essi potrebbero insistere anche sulle altre fattispecie negoziali collegate. A tal proposito si distingue il collegamento negoziale unilaterale, dove le sorti di un contratto influenzano l'altro ma non viceversa, e collegamento negoziale bilaterale, dove i contratti si influenzano fra di loro reciprocamente.

Al fine di accertare se il negozio stipulato dalle parti sia un contratto unico – indipendentemente dalla sua qualificazione in termini di contratto misto o complesso – ovvero configuri un'ipotesi di collegamento negoziale, non sarà determinante il riferimento ad elementi formali<sup>164</sup> quanto, piuttosto, l'indagine dovrà incentrarsi sull'elemento sostanziale degli interessi perseguiti.

---

<sup>161</sup> Ex art.1322, secondo comma, c.c.

<sup>162</sup> Cass, Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Notariato*, 2008.

<sup>163</sup> Quali, ad esempio, l'invalidità, l'inefficacia ovvero la risoluzione.

<sup>164</sup> Quali, ad esempio, la pluralità di documenti contrattuali, il momento temporale in cui i contratti sono stati stipulati etc....



Sulla base di quanto precede, dunque, ricorrerà un'ipotesi di collegamento negoziale qualora sia la contemporanea presenza tanto dell'elemento oggettivo – rappresentato dal nesso teleologico fra i vari contratti con cui le parti intendono realizzare un assetto economico unitario – quanto dell'elemento soggettivo – costituito dal comune intento delle parti con cui intendono far sì che si produca non solo l'effetto tipico dei singoli contratti ma che venga realizzato un fine ulteriore ottenuto mediante il coordinamento fra i vari negozi.

Nel caso su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite, i contraenti avevano provveduto alla stipulazione di un contratto preliminare di compravendita immobiliare con cui si erano altresì obbligati ad anticipare talune prestazioni. Il promittente alienante, in particolare, si era obbligato a trasferire immediatamente il bene in godimento del promissario acquirente, il quale, a sua volta, avrebbe dovuto procedere al pagamento anticipato di parte del prezzo al momento della conclusione del preliminare e ad effettuare versamenti successivi nei tempi e modi concordati.

Il promissario acquirente, decorsi oltre venti anni senza che vi fosse stata la stipula del definitivo, agiva in giudizio al fine di ottenere l'accertamento dell'acquisto della proprietà a titolo originario, per usucapione, sul bene di cui aveva goduto, in modo esclusivo ed ininterrotto, a far data dalla conclusione del preliminare.

Il promittente venditore, parte convenuta in giudizio, si costituiva contestando l'asserito perfezionamento dell'usucapione, non ritenendo qualificabile in termini di possesso la posizione dell'attore – considerando, piuttosto, sussistente una situazione di mera detenzione – e, in via ulteriore, non ravvisando la sussistenza dei presupposti necessari affinché si potesse realizzare la c.d. interversione del possesso<sup>165</sup>. In via riconvenzionale, la parte convenuta, chiedeva che venisse dichiarata la risoluzione del contratto preliminare per grave inadempimento della controparte<sup>166</sup> e che, di conseguenza, venisse condannato l'attore alla restituzione del bene nonché al risarcimento del danno.

Il tribunale di Napoli, competente in primo grado per la risoluzione di tale controversia, accoglieva la domanda principale e, di conseguenza, qualificata la posizione del

---

<sup>165</sup> Vedi art.116 c.c., secondo il quale è necessaria la modifica del titolo, determinata da una causa proveniente da un terzo ovvero da opposizione fatta dal possessore contro il diritto del proprietario, affinché il possessore possa usucapire la proprietà della cosa e, in questo caso, il termine necessario per il perfezionamento dell'acquisto a titolo originario decorrerà dalla data in cui il possesso è stato mutato.

<sup>166</sup> Grave inadempimento ravvisato nella corresponsione di solo un anticipo sul prezzo di vendita.

promissario acquirente in termini di possesso, dichiarava acquistata per usucapione la proprietà dell'immobile.

La Corte di appello di Napoli, impugnata la decisione di primo grado da parte del convenuto, riformò la sentenza appellata, rigettando tanto la domanda principale quanto le domande riconvenzionali. I giudici di secondo grado qualificarono la posizione del promissario acquirente quale mera detenzione e, inoltre, non ravvisarono la presenza di condotte tali da far mutare la detenzione in possesso idoneo al perfezionamento dell'usucapione. Con riferimento alle domande riconvenzionali, invece, si evidenziò come il promittente venditore avesse omesso di rivolgere alla controparte l'invito a stipulare il contratto definitivo nei termini previsti e, dunque, non ritenne addebitabile all'attore l'inadempimento del preliminare.

La seconda sezione della Corte di cassazione, alla quale fu sottoposta la controversia, ravvisando la presenza di un contrasto giurisprudenziale nella qualificazione, in termini di possesso ovvero di detenzione, della disponibilità del bene acquisita dal promissario acquirente in esecuzione di una clausola specifica contenuta nel contratto preliminare, deferiva la controversia alle Sezioni Unite affinché procedessero alla composizione di tale contrasto interpretativo.

Le Sezioni Unite, al fine di poter validamente qualificare la posizione giuridica in cui si viene a trovare il promissario acquirente a seguito dell'anticipata consegna del bene<sup>167</sup>, hanno ricostruito in modo peculiare la natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati.

Ruolo centrale, al fine di poter validamente ritenere sussistente un contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, è rivestito dall'indagine finalizzata a identificare il comune intento delle parti, non essendo ritenuto sufficiente ad integrare una promessa di vendita il *nomen iuris* ovvero la presenza di espressioni quali "promette di vendere o di acquistare".

La ricostruzione della comune intenzione delle parti, dunque, consentirà di qualificare correttamente l'atto negoziale quale contratto preliminare ovvero quale contratto definitivo.

Nel primo caso, il comune intento delle parti è diretto a dar vita ad un rapporto obbligatorio con cui esse si assumono l'impegno a prestare il consenso necessario alla

---

<sup>167</sup> In proposito vedi Capitolo quarto.

conclusione del contratto definitivo, cui seguirà l'effetto traslativo del diritto. Nel secondo caso, invece, la volontà dei contraenti è diretta al trasferimento della proprietà verso il corrispettivo di un prezzo<sup>168</sup>.

Nell'eventualità che dalla ricostruzione della volontà dei contraenti, operata caso per caso dal giudice, emerga come il pagamento di tutto o parte del prezzo e la *traditio* del bene siano state intese quali anticipazioni degli effetti propri della vendita, allora tale ultimo negozio dovrà ritenersi perfezionato, ciò in quanto si ritiene incompatibile con lo schema negoziale del preliminare la produzione di qualsiasi effetto proprio della vendita.

Qualora, invece, l'accordo fra le parti sia funzionale alla successiva conclusione del contratto definitivo e, dunque, non si produca immediatamente l'effetto traslativo, allora l'eventuale anticipazione di talune prestazioni non andrebbe ad alterare la natura di contratto ad effetti obbligatori propria del preliminare.

Il fenomeno della contrattazione preliminare caratterizzato dall'anticipazione di talune prestazioni non determina l'anticipazione degli effetti dell'accordo definitivo quanto, piuttosto, si sostanzia in una mera esecuzione di attività che, normalmente, farebbero seguito alla conclusione del definitivo ma che, invece, al fine di realizzare il programma negoziale, vengono anticipatamente eseguite<sup>169</sup>.

La ricostruzione del fenomeno fornita dalle Sezioni Unite non ravvisa nell'eventuale anticipazione delle obbligazioni di consegna del bene e/o pagamento del prezzo degli eventi idonei a modificare la natura del contratto definitivo, il quale manterrebbe l'esclusiva attitudine alla produzione dell'effetto reale.

La ricostruzione del complesso fenomeno in esame ha portato la Cassazione a ravvisare nel collegamento negoziale il più efficace strumento per descrivere tale fattispecie. In particolare, i giudici hanno ravvisato come le parti, oltre al contratto preliminare, concludano dei contratti accessori rispetto al primo – autonomi ma funzionalmente connessi al preliminare e regolati dalla disciplina propria di ciascuno di essi.

---

<sup>168</sup> Ex art.1470 c.c.

<sup>169</sup> Cass. Civ., 13 maggio 1982, n.3001, in *Giust. Civ.*, 1982. Massima: “Per accertare se le parti abbiano concluso un contratto di vendita definitivo o preliminare, il giudice deve esaminare le clausole contrattuali secondo il loro senso letterale e logico, e nel loro complesso, tenendo presente, in tale indagine, che i patti contemplanti la *traditio* della cosa od il pagamento del prezzo non sono di per sé incompatibili con la qualificazione del contratto come preliminare di vendita, potendo integrare una mera anticipazione della consegna del bene o del versamento del corrispettivo, nell'ambito di un negozio rivolto non al trasferimento attuale della proprietà, ma all'assunzione dell'obbligo di stipulare un successivo contratto produttivo di detto trasferimento”.

Quanto precede ha fatto sì che la Cassazione escludesse la natura di contratto atipico del fenomeno, dal momento in cui tale fattispecie non darebbe vita ad una nuova e diversa funzione economico-sociale rispetto a quella propria dei singoli contratti tipizzati che in essa confluiscono.

È stata, inoltre, negata la possibilità di ricostruire la complessa situazione in esame mediante il ricorso alle categorie dei contratti misti o complessi, caratterizzati per dar vita ad un nuovo negozio con una propria causa e autonoma disciplina.

La ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite ha identificato nella anticipata consegna del bene e nell'anticipato pagamento di tutto o parte del prezzo pattuito quale corrispettivo, la presenza, rispettivamente, di un contratto di comodato e di un contratto di mutuo gratuito.

Il contratto preliminare verrebbe, dunque, ad esser affiancato da due ulteriori contratti accessori, integrando così un'ipotesi di collegamento negoziale ove il nesso funzionale che lega i diversi negozi è diretto alla realizzazione di un unico scopo finale.

La conclusione cui approdano le Sezioni Unite trae fondamento dalla convinzione in forza della quale il preliminare non possa produrre effetti diversi e ulteriori rispetto all'obbligo di concludere il successivo contratto definitivo, per tale motivo si è ravvisata la necessità di ricondurre a diversi contratti, sia pur collegati al preliminare, la consegna del bene ed il pagamento del prezzo.

La decisione delle Sezioni Unite, tuttavia, ha generato, specialmente nella dottrina, notevoli dubbi prevalentemente connessi alla ricostruzione del fenomeno mediante il ricorso allo schema della contrattazione collegata, ravvisando la presenza di negozi distinti e autonomi rispetto al preliminare.

#### **4.1 Segue: Criticità della ricostruzione operata dalle Sezioni Unite.**

La dottrina ha censurato la ricostruzione offerta delle Sezioni Unite, ravvisando la presenza di numerose criticità frutto di tale decisione.

Secondo alcuni autori<sup>170</sup>, a far difetto nella sentenza del 2008 sarebbero i presupposti – sia oggettivi che soggettivi – necessari per poter ritenere sussistente il collegamento negoziale.

Il collegamento negoziale per poter esser integrato richiede, infatti, la presenza del nesso teleologico tra i diversi contratti – funzionale al perseguimento di un'unica finalità (presupposto oggettivo) – nonché la presenza della comune intenzione dei contraenti di realizzare, in via ulteriore rispetto all'effetto proprio di ciascun contratto, uno scopo unitario frutto del collegamento (presupposto soggettivo).

Nel contratto preliminare ad effetti anticipati, secondo tale dottrina, la volontà delle parti sarebbe quella di giungere esclusivamente alla vendita della *res* e, consequenzialmente, l'anticipazione di talune prestazioni, attuata mediante la previsione di clausole strumentali alla conclusione del definitivo, sarebbe finalizzata ad una mera agevolazione nel perseguimento del risultato finale.

La ricostruzione del fenomeno, mediante il ricorso allo schema del collegamento negoziale, viene ad esser criticata anche sotto un ulteriore e diverso aspetto, ossia si contesta come, accogliendo tale decisione, si andrebbe a ledere la volontà delle parti<sup>171</sup>, le quali hanno inteso vincolarsi ad un unico contratto.

Il collegamento negoziale potrebbe esser validamente impiegato per disciplinare le ipotesi nelle quali le parti stipulino originariamente un preliminare c.d. puro cui, successivamente, seguano delle pattuizioni dirette a vincolare le parti al pagamento del prezzo e alla consegna del bene. In tali fattispecie, i successivi accordi, qualificabili rispettivamente come contratto di mutuo gratuito e di comodato, provvedono ad integrare il preliminare e risultano esser funzionali alla realizzazione della finalità perseguita. In tali circostanze, dunque, risulteranno sussistenti i requisiti oggettivi e soggettivi ritenuti necessari al fine di poter ritenere integrato il meccanismo del collegamento negoziale.

---

<sup>170</sup> NOCERA, *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 10712.

<sup>171</sup> Criterio determinante nell'interpretazione del contratto così come previsto all'art.1362 c.c.

Qualora, invece, le previsioni con cui le parti pattuiscono l'anticipata consegna del bene e l'anticipato pagamento del prezzo siano *ab origine* contenute all'interno dell'accordo preliminare, dovrà ritenersi come esse abbiano direttamente inciso sulle condizioni economiche dell'accordo<sup>172</sup> e, dunque, dovrebbe escludersi il carattere gratuito tanto del godimento del bene quanto della corresponsione di somme con la conseguente impossibilità di ritenere sussistenti i contratti di comodato e di mutuo gratuito. Secondo alcuni autori<sup>173</sup>, le prestazioni anticipatamente eseguite dovrebbero esser ricondotte al mutuo oneroso e alla locazione.

L'esistenza del contratto di mutuo gratuito, cui le Sezioni Unite fanno riferimento al fine di qualificare giuridicamente l'esecuzione della prestazione consistente nell'anticipato pagamento del prezzo, viene contestata nella misura in cui si evidenzia come lo scopo di finanziamento – che ben potrebbe essere una delle ragioni alla base dello schema negoziale in esame – non sempre sarebbe sussistente, essendo, infatti, ipotizzabili situazioni nelle quali l'anticipato pagamento del prezzo funga da garanzia per l'impegno assunto.

Viene, inoltre, censurata l'assenza dell'intento restitutorio, il quale connota tanto il contratto di mutuo – prevedendo la restituzione del *tantundem eiusdem generis* – quanto il comodato – nel quale vi è l'obbligo di restituire la cosa ricevuta. Nel contratto preliminare ad effetti anticipati, invece, il promittente venditore non provvederà a restituire le somme ricevute in esecuzione della clausola con cui è stato previsto l'anticipato pagamento di tutto o parte del prezzo e, in via ulteriore, il promissario acquirente non provvederà a restituire il bene nel cui godimento sia stato anticipatamente immesso rispetto alla produzione del successivo effetto traslativo.

È stato, inoltre, sottolineato come la ricostruzione del fenomeno mediante lo schema del collegamento negoziale e, in particolare, la presenza del contratto di comodato quale negozio che giustificerebbe l'anticipato godimento del bene in favore del promissario acquirente, non sarebbe ipotizzabile in tutti quei casi in cui siano state svolte attività sul bene, dal momento che l'eventuale restituzione avrebbe ad oggetto un bene diverso rispetto a quello consegnato.

---

<sup>172</sup> Per esempio, prevedendo una maggiorazione di prezzo che andrebbe a costituire il corrispettivo dell'anticipato godimento del bene in cui viene immesso il promissario acquirente.

<sup>173</sup> CHIOSI, *op. cit.*, p. 543.

La gratuità dei due negozi, di comodato e di mutuo, è stata ritenuta difficilmente conciliabile con lo schema del collegamento negoziale. L'assenza di prestazioni sinallagmatiche all'interno del singolo contratto, atomisticamente considerato, non escluderebbe automaticamente come, dall'esame congiunto dei diversi contratti collegati, possa emergere il carattere oneroso degli stessi. Il collegamento negoziale, come è stato sottolineato da autorevole dottrina, consentirebbe di riconoscere il carattere oneroso in un negozio che sembrerebbero, invece, apparentemente gratuito<sup>174</sup>.

La ricostruzione del contratto preliminare ad effetti anticipati attuata mediante il ricorso allo schema del collegamento negoziale, è stata ritenuta contrastante con la volontà delle parti e con l'unicità della causa del contratto in esame.

Nel contratto preliminare ad effetti anticipati, difatti, non sarebbe possibile ravvisare la presenza di una pluralità di cause, ma, piuttosto, tale fattispecie si caratterizzerebbe per l'unicità della causa.

La ricostruzione prospettata dalle Sezioni Unite risulterebbe, inoltre, lesiva dell'autonomia contrattuale ciò in quanto non sarebbe ravvisabile la volontà dei contraenti alla conclusione di ulteriori negozi rispetto al preliminare.

La sentenza resa dalla Cassazione nel 2008 è stata duramente contestata – come sopra sottolineato – per aver fatto ricorso al collegamento negoziale al fine di ricostruire la natura giuridica del fenomeno diffusosi nella prassi sotto la denominazione di contratto preliminare ad effetti anticipati. In particolare, sono stati ritenuti carenti i requisiti oggettivi e soggetti necessari affinché potesse propriamente configurarsi un'ipotesi di collegamento negoziale.

L'elemento soggettivo, rappresentato dalla volontà delle parti di dar vita ad un collegamento negoziale fra più contratti al fine di realizzare uno scopo unitario, risulterebbe esser carente nell'ipotesi in questione. Analogamente, sembrerebbe difettare anche il presupposto oggettivo, non essendo ravvisabile la presenza di una pluralità di negozi, la quale sarebbe esclusa dall'unicità della causa e, dunque, dalla presenza di un unico contratto, sia pur corredato da clausole finalizzate alla realizzazione degli obiettivi voluti dalle parti.

---

<sup>174</sup> SACCO, *op. cit.*

Alcuni autori hanno ravvisato, nella ricostruzione operata dalla Cassazione, la presenza di un patto commissorio frutto del collegamento negoziale intercorrente fra il preliminare, il contratto di mutuo gratuito e quello di comodato.

Il patto commissorio, sanzionato dal legislatore, all'articolo 2744 c.c., con la nullità, è integrato ogniqualvolta le parti convengano come, in caso di mancato pagamento del credito, la proprietà del bene ipotecato o dato in pegno si trasferisca in capo al creditore. Il contratto preliminare ad effetti anticipati, qualora collegato ad un'operazione creditizia, potrebbe essere uno strumento cui le parti facciano ricorso al fine di eludere il divieto di patto commissorio. In particolare, il risultato vietato potrebbe esser perseguito mediante la disciplina prevista all'art.2932 c.c., in forza della quale la parte non inadempiente – il promissario acquirente-creditore in questo caso – potrebbe agire in giudizio al fine di ottenere la pronuncia di una sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto definitivo non concluso e, dunque, trasferisca in suo favore la proprietà del bene costituito in garanzia, senza che tale esito possa esser ostacolato dal rifiuto del promittente venditore-debitore.

Le criticità di tale contestazione, operata avverso la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, si rinvergono, in primo luogo, nella necessità di evidenziare come la violazione del divieto di patto commissorio possa esser conseguita anche mediante il ricorso allo schema del contratto preliminare c.d. “puro” e, inoltre, nell'esigenza, al fine di ritenere violato il divieto ex art.2744 c.c., di accertare la funzione di garanzia dello schema negoziale con cui si realizza il trasferimento del bene – in luogo della funzione di scambio.

Alcuni autori hanno tentato di fornire una ricostruzione alternativa, rispetto al collegamento negoziale, al fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati<sup>175</sup>.

Le conclusioni cui è giunta la Cassazione a Sezioni Unite (7930/2008), ossia gli effetti meramente obbligatori del contratto e la posizione di detenzione in capo al promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene, sarebbero state ugualmente

---

<sup>175</sup> MENDOLA e LUDOVICI, *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati. Una possibile interpretazione alternativa all'ipotesi giurisprudenziale del collegamento negoziale tra preliminare di vendita, Comodato e mutuo gratuito*, in *Judicium.it*, 2011.



raggiungibili mediante il ricorso ad una unica e differente figura negoziale tipizzata dal legislatore, rappresentata dalla vendita con riserva di proprietà<sup>176</sup>.

La vendita con patto di riservato dominio è definibile quale il contratto con cui il venditore trasferisce la materiale disponibilità del bene, pur rimanendone proprietario, in favore dell'acquirente, il quale potrà godere del bene oggetto del contratto e, una volta che sia stato integralmente pagato il prezzo previsto quale corrispettivo, ne acquisirà la proprietà. Nonostante la disciplina della vendita con riserva di proprietà sia inserita all'interno della sezione II del capo I del titolo III del libro IV del Codice civile, dedicato alla vendita di cose mobili, la dottrina è concorde nel ritenere come tale istituto possa avere ad oggetto anche beni immobili. Tale conclusione è frutto dell'assenza di una norma che specificamente inibisca ciò e, di conseguenza, risulterebbe ammissibile in virtù del principio sancito all'interno dell'art.1322, secondo comma, c.c., in quanto espressione dell'autonomia negoziale e atto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Dibattuta è, invece, la natura giuridica della vendita con patto di riservato dominio. Secondo un primo orientamento<sup>177</sup>, tale istituto consisterebbe in un contratto sottoposto alla condizione sospensiva dell'integrale pagamento del prezzo.

La principale critica che può esser mossa a tale ricostruzione risiede nella circostanza in forza della quale il contratto sospensivamente condizionato è improduttivo di effetti fintantoché la condizione non si sia avverata, ma ciò risulta essere inconciliabile con l'istituto in questione, nel quale le parti vogliono differire solo taluni effetti<sup>178</sup> mentre altri si producono immediatamente.

Una differente ricostruzione ritiene come, nel fenomeno in esame, l'acquirente sia proprietario del bene e, invece, il venditore abbia un mero diritto reale di garanzia. Tale tesi risulta esser conciliabile con il dato normativo solo qualora si specifichi come l'effetto traslativo consegua all'integrale pagamento del prezzo.

Si ritiene preferibile aderire alla teoria sostenuta da coloro i quali ravvisano nella vendita con riserva della proprietà un'ipotesi di c.d. vendita obbligatoria<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Contratto tipico previsto e disciplinato dal legislatore all'articolo 1523 c.c.

<sup>177</sup> Cass., Sez. II, 8 aprile 1999, n.3415 in *Mass. Giur. It.*, 1999.

<sup>178</sup> Subordinati all'integrale pagamento del prezzo.

<sup>179</sup> DIENER, *Il contratto in generale*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2011.

Nella vendita obbligatoria, così come nella vendita *tout court*, secondo tale dottrina, l'effetto traslativo avrebbe in ogni caso la sua fonte nel consenso delle parti legittimamente manifestato<sup>180</sup>. Di conseguenza, si ritiene come la natura giuridica del contratto non muti nell'ipotesi in cui l'effetto reale venga, dalle parti, concordemente posticipato.

Nella vendita obbligatoria, ciò che le parti intendono porre in essere non è un contratto preliminare, quanto, piuttosto, un contratto definitivo alla cui conclusione si vincolano immediatamente e di cui intendono esclusivamente differire la produzione dell'effetto reale.

Il tentativo di qualificare la posizione giuridica dell'acquirente, all'interno della vendita con riserva di proprietà, ha portato all'emersione di diverse tesi dottrinali. È stata prospettata una ricostruzione volta ad indentificare la situazione giuridica in cui si viene a trovare l'acquirente quale diritto obbligatorio ovvero come posizione di natura reale.

Alcuni autori, invece, hanno ritenuto come l'acquirente sia titolare di un diritto reale *sui generis*, cioè in considerazione del fatto che egli abbia il potere di utilizzare il bene e di detenerlo nel proprio interesse nonché nell'interesse del venditore per quota parte. Il carattere di diritto reale *sui generis* viene motivato facendo ricorso a disposizioni legislative che sembrerebbero avvalorare tale ricostruzione, in particolare si è evidenziata l'opponibilità a terzi della riserva.

Taluno ha, altresì, coniato l'espressione "diritto di proprietà risolubile" al fine di ricostruire la situazione giuridica facente capo all'acquirente in seguito alla conclusione di un contratto di vendita con riserva della proprietà. Con l'espressione sopra richiamata si fa riferimento ad una situazione giuridica complessa cui, in via analogica, si ritengono applicabili le norme dettate in relazione alla condizione risolutiva.

Qualificare la posizione dell'acquirente mediante il ricorso alla c.d. proprietà risolubile, è ritenuto erroneo da coloro i quali evidenziano come l'applicazione analogica delle disposizioni in materia di condizione risolutiva contrasterebbe con la disciplina legislativa da cui si desume come la risoluzione operi solo qualora agisca in tal senso la parte alienante e non operi, invece, di diritto<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Ex art.1376 c.c.

<sup>181</sup> Vedi artt.1525 e 1526 c.c.

Il legislatore, al fine di tutelare entrambe le parti contraenti, ha previsto come la risoluzione possa esser chiesta solo qualora il mancato pagamento di una sola rata ecceda l'ottava parte del prezzo complessivo, così facendo è stata assicurata tutela alla parte venditrice e, al contempo, tutelato il compratore mediante la previsione di un limite minimo al di sotto del quale l'inadempimento sarà irrilevante ai fini della risoluzione del contratto.

Sulla base di quanto precede, è possibile evincere la notevole affinità fra la vendita con riserva della proprietà ed il contratto preliminare ad effetti anticipati. Entrambi i negozi sono diretti a dar vita ad un immediato vincolo fra le parti e, contemporaneamente, differiscono ad un momento successivo taluni effetti.

Al fine di ricostruire correttamente il rapporto negoziale, sarà necessario ricostruire la volontà dei contraenti, prescindendo dal mero *nomen iuris* fornito all'accordo.

Pertanto, qualora le parti abbiano inteso vincolarsi alla successiva conclusione di un contratto definitivo allora ricorrerà un contratto preliminare, il quale, qualora venisse corredato da clausole che anticipino al momento della sua conclusione alcune prestazioni altrimenti subordinate alla conclusione del definitivo, integrerà la figura del c.d. preliminare ad effetti anticipati.

Qualora, invece, le parti abbiano inteso porre in essere un contratto definitivo di compravendita e, tuttavia, differire ad un momento successivo la produzione dell'effetto reale, allora esse avranno dato vita ad una vendita con patto di riservato dominio.

## Capitolo quarto: qualificazione giuridica della situazione del promissario acquirente in caso di consegna anticipata della *res*.

### 1.Premessa.

L'identificazione della situazione giuridica, in termini di possesso ovvero di detenzione, facente capo al promissario acquirente in caso di anticipata consegna del bene riveste un ruolo centrale ai fini della determinazione delle prerogative nonché dei mezzi di tutela esperibili da tale soggetto<sup>182</sup>.

La qualificazione di tale situazione giuridica rappresenta, dunque, una questione tutt'altro che confinata ad un profilo meramente teorico, rivestendo, piuttosto, una cruciale importanza pratica dal momento in cui da essa dipenderà la possibilità, per il promissario acquirente, di acquistare la proprietà del bene per usucapione, di beneficiare della tutela prevista per il possessore di buona fede<sup>183</sup> nonché di avvalersi dell'azione di manutenzione<sup>184</sup>, della denuncia di nuova opera e di danno temuto<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> In merito alla tutela del promissario acquirente vedi Capitolo quinto.

<sup>183</sup> Sulla base di quanto previsto agli artt.1148 e seguenti c.c.

<sup>184</sup> Disciplinata all'articolo 1170 c.c.

<sup>185</sup> Disciplinate, rispettivamente, agli artt.1171 e 1172 c.c.

## 2. Ricostruzione giurisprudenziale del fenomeno.

L'anticipata immissione del promissario acquirente nel godimento del bene genera notevoli questioni problematiche che, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, non hanno risolto in modo univoco<sup>186</sup>.

La natura del potere, spettante al promissario acquirente, sul bene anticipatamente consegnato, viene diversamente intesa in relazione alla ricostruzione accolta circa la natura del preliminare ad effetti anticipati<sup>187</sup>.

Intendere il contratto preliminare ad effetti anticipati quale uno schema negoziale ascrivibile all'interno della fattispecie del preliminare "puro" determina, consequenzialmente, la qualifica in termini di mera detenzione della situazione giuridica instauratesi in capo al promissario acquirente in seguito all'anticipata consegna del bene. In tale ipotesi, al momento della conclusione del preliminare, non si è realizzato l'effetto reale e, dunque, in capo al promissario acquirente farà difetto il c.d. *animus possidendi*, essendo egli ben a conoscenza dell'altruità del bene.

Diversamente, invece, qualora si aderisca alla tesi in forza della quale il contratto preliminare ad effetti anticipati viene inteso quale contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita, allora il promissario acquirente sarà qualificato quale possessore del bene e ciò in virtù dell'attitudine del preliminare a realizzare, con la consegna del bene, l'effetto traslativo.

Il tradizionale orientamento giurisprudenziale si è dimostrato restio a qualificare in termini di possesso la situazione giuridica facente capo al promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento della *res*. Tale atteggiamento è stato prevalentemente motivato ravvisando la carenza dell'*animus possidendi* in capo al promissario acquirente. L'*animus*, infatti, è ritenuto l'elemento principale che consente di distinguere il possesso dalla detenzione.

In particolare, i giudici hanno provveduto ad affermare come la disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente, anteriormente alla produzione dell'effetto

---

<sup>186</sup> GRASSI, *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie di qualificazione plurima*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2006.

<sup>187</sup> Per una più profonda analisi delle diverse ricostruzioni sulla natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati vedi Capitolo terzo.

traslativo, avvenga nella piena consapevolezza dell'altruità della cosa, sicché, risultando carente il requisito dell'*animus possidendi*, esso sarà ritenuto mero detentore della *res*<sup>188</sup>. In diverse pronunce, la giurisprudenza ha ritenuto sussistente l'*animus possidendi* solo qualora il godimento del bene consegua alla conclusione di un contratto idoneo alla produzione di effetti reali<sup>189</sup>, cosicché, nell'ipotesi in cui il godimento del bene in favore del promissario acquirente sia dipeso dall'adempimento della specifica clausola contenuta all'interno del contratto preliminare<sup>190</sup>, deve escludersi la sussistenza dell'*animus* e, dunque, la disponibilità del bene non potrà valere quale possesso idoneo al perfezionamento dell'usucapione.

Secondo tale ultimo orientamento giurisprudenziale, si avrà riguardo al titolo in forza del quale il promissario acquirente è stato anticipatamente immesso nel godimento del bene. Qualora, dunque, tale titolo fosse costituito da un atto negoziale ad effetti meramente obbligatori allora si integrerebbe una situazione di mera detenzione, diversamente, invece, nell'eventualità in cui la fonte fosse rappresentata da un contratto ad effetti reali allora sarebbe sussistente il c.d. *animus* e, di conseguenza, la relazione giuridica intercorrente fra il promissario acquirente ed il bene immobile sarà qualificabile quale possesso.

Entrambi gli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati convergono nel ritenere il possesso una mera posizione di fatto e, per tale motivo, ne escludono la trasmissibilità. In particolare, la Cassazione ha evidenziato come ad esser trasferito sia solo l'oggetto del possesso, mentre, quest'ultimo "non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per effetto di un negozio"<sup>191</sup>. Il possesso viene qualificato quale un'attività intrasmissibile, necessariamente corredata dall'*animus possidendi* inteso quale elemento soggettivo proprio esclusivamente di chi è attualmente possessore e non, invece, di chi ha precedentemente posseduto<sup>192</sup>.

L'attuazione dell'attività coincidente con l'esercizio del diritto di proprietà ovvero di altro diritto reale è una condizione necessaria per consentire l'acquisto del possesso. Una siffatta condizione potrà alternativamente verificarsi mediante la materiale apprensione

---

<sup>188</sup> Cass. Sez. II, 28 giugno 2000, n.8796, in *Riv. Not.*, 2001; Cass. Sez. II, 14 novembre 2006, n.24290, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

<sup>189</sup> Cass. Sez. I, 30 maggio, 2000, n.7142, in *Nuova Giur. Civ.*, 2000; Cass. Sez. I, 1° marzo 2010, n.4863, in *CED Cassazione*, 2010.

<sup>190</sup> Intendendo il preliminare quale contratto ad effetti obbligatori e non reali.

<sup>191</sup> Cass. Sez. II, 27 settembre 1996, n.8528, in *Corr. Giur.*, 1997.

<sup>192</sup> Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Notariato*, 2008.

del bene<sup>193</sup>, ovvero attraverso la consegna effettuata in esecuzione di un titolo astrattamente idoneo alla produzione dell'effetto reale.

In entrambe le ipotesi si configurerà un acquisto a titolo originario del possesso e ciò anche qualora vi sia il consenso e la partecipazione del precedente possessore. Tale principio discende direttamente dalla circostanza in forza della quale l'acquisto del possesso si realizzerebbe mediante l'attuazione del comportamento previsto all'art.1140 c.c.<sup>194</sup> e non, invece, sulla base del mero consenso<sup>195</sup>.

Alcune differenti pronunce, invece, hanno ricostruito la situazione giuridica facente capo al promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene ritenendo integrato il possesso. Tali decisioni hanno ritenuto come le parti, con la redazione del contratto preliminare ad effetti anticipati – ritenuto pur sempre un negozio produttivo di effetti meramente obbligatori – abbiano inteso anticipare gli effetti del definitivo. Il trasferimento del possesso, dunque, costituirebbe null'altro che la mera anticipazione dell'effetto giuridico finale, alla cui attuazione le parti si sono vincolate mediante il contratto preliminare<sup>196</sup>.

L'orientamento appena richiamato, dunque, evidenzia come nei negozi, sia pur ad effetti meramente obbligatori, con cui le parti intendano trasferire la proprietà, non venga solo attribuito il godimento del bene ma, piuttosto, si determinerà l'immediato passaggio del possesso – inteso quale mera anticipazione dell'effetto finale – funzionale al successivo trasferimento della proprietà.

Esaminando tale principio volgendo l'attenzione in modo specifico al contratto preliminare ad effetti anticipati, si dovrebbe convenire nel ritenere qualificabile in termini di possesso la posizione del promissario acquirente, essendo ravvisabile, in capo a tale soggetto, l'*animus possidendi* in quanto le parti, mediante tale pattuizione, hanno inteso anticipare l'adempimento dell'obbligazione di consegnare la cosa che, di regola, sorge in capo al venditore con il perfezionamento della compravendita<sup>197</sup>.

La conclusione cui tale giurisprudenza approda viene, tuttavia, criticata da parte della dottrina che, ritenendo erronea la qualificazione dell'anticipata esecuzione delle

---

<sup>193</sup> Compiuta contro la volontà del precedente possessore.

<sup>194</sup> Tale disposizione definisce il possesso come: “*il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*”.

<sup>195</sup> ALCARO, *Il possesso. Artt. 1140-1143*, in *Il Codice civile commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014.

<sup>196</sup> Cass. Sez. II, 1° ottobre 1997, n.9560, in *Giur. It.*, 1998.

<sup>197</sup> Così prevede l'art.1476, n.1 c.c.

prestazioni quale anticipazione degli effetti propri del definitivo<sup>198</sup>, qualifica la situazione giuridica del promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene alla stregua di una mera detenzione.

---

<sup>198</sup> Ritenendo, piuttosto, come l'anticipata esecuzione delle prestazioni rappresenterebbe un mero effetto materiale ed economico.



## 2.1 *Segue: Posizioni della dottrina.*

L'orientamento maggiormente condiviso dalla dottrina tende a negare l'acquisto del possesso in favore del promissario acquirente a seguito della consegna anticipata del bene, avvenuta in esecuzione del contratto preliminare ad effetti anticipati.

Tale convinzione viene diversamente motivata dagli autori.

Vi è chi ritiene come mediante l'anticipata consegna della *res*, si determinerebbe il trasferimento della mera detenzione, non essendo possibile ravvisare la presenza di un "atto dispositivo in senso tecnico"<sup>199</sup>.

Altri autori ritengono come il promissario acquirente debba esser assimilato ad un creditore e, dunque, sarebbe titolare di un mero diritto personale piuttosto che di un diritto reale sul bene, ciò in quanto la *traditio* avviene in esecuzione di un contratto ad effetti meramente obbligatori e non, invece, sulla base di un titolo idoneo a trasferire il diritto reale<sup>200</sup>.

Meritevole di attenzione è la posizione di coloro i quali ricostruiscono diversamente la situazione giuridica del promissario acquirente, anticipatamente immesso nel godimento del bene, a seconda del negozio che si ritenga collegato al preliminare. Tale indirizzo, ovviamente, ha quale presupposto fondamentale l'accoglimento della ricostruzione operata dalle Sezioni Unite<sup>201</sup> in virtù della quale il fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati viene ricondotto allo schema del contratto collegato<sup>202</sup>.

Qualora il contratto preliminare fosse ritenuto collegato ad un negozio produttivo di effetti meramente obbligatori<sup>203</sup>, allora ne discenderebbe la qualificazione in termini di mera detenzione della situazione giuridica in cui si verrebbe a trovare il promissario acquirente a seguito dell'anticipata consegna del bene.

Diversamente, invece, qualora il contratto collegato al preliminare fosse costitutivo di un diritto reale limitato, allora il promissario acquirente verrebbe qualificato quale possessore legittimato all'esercizio del diritto reale minore oggetto di trasferimento. Tuttavia, tale ultima ipotesi ricostruttiva pare alquanto improbabile essendo quantomai

---

<sup>199</sup> GABRIELLI, *op. cit.*

<sup>200</sup> CATERINA e SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Schlesinger, Milano, 2014.

<sup>201</sup> Sentenza 7930/2008, in *Notariato*, 2008, su cui vedi Capitolo terzo.

<sup>202</sup> TIMPANO, *op. cit.*, p. 1089.

<sup>203</sup> Quale, ad esempio, la locazione ovvero il comodato. Il comodato è stato ritenuto dalle Sezioni Unite contratto collegato al preliminare al fine di giustificare l'immissione nel godimento anticipato del bene in favore del promissario acquirente.

contraddittorio ritenere sussistente un accordo con cui le parti trasferiscano immediatamente un diritto reale minore e, al contempo, rinviino ad un momento successivo la produzione dell'effetto traslativo della proprietà.

Parte della dottrina, ritenendo il contratto preliminare un atto idoneo ad innescare un procedimento finalizzato a determinare il trasferimento della proprietà che esiterà con la conclusione del definitivo ovvero con la pronuncia della sentenza ex art.2932 c.c., ritiene come solo dopo che si sia prodotto l'effetto traslativo il promissario acquirente possa esser qualificato quale possessore del bene<sup>204</sup>.

L'orientamento maggioritario, nel qualificare la posizione del promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene, ritiene irrilevante l'avvenuta consegna della *res*. La *traditio*, infatti, viene qualificata quale un atto neutro e non negoziale, attraverso cui viene devoluta la disponibilità materiale del bene, senza che possa rilevare ai fini della qualifica della posizione dell'*accipiens*.

Quanto mai efficace, a tal proposito, è l'espressione coniata da autorevole dottrina al fine di descrivere la consegna del bene, la quale viene intesa come: “una operazione materiale, che si esaurisce nella sostituzione di un soggetto (*tradens*) con un altro (*accipiens*) nella relazione fisica con la cosa”<sup>205</sup>.

L'acquisto del possesso, diversamente, richiede la presenza di un titolo idoneo a trasferire il diritto reale, in esecuzione del quale venga effettuata la consegna.

Una diversa corrente dottrinale ritiene insussistente l'elemento soggettivo – necessario affinché possa sussistere il possesso – consistente nel c.d. *animus possidendi*, sottolineando, infatti, come il contratto preliminare ad effetti anticipati implichi la conoscenza dell'altruità della *res*.

Parte minoritaria della dottrina, invece, ritiene come l'anticipata consegna del bene consenta di far acquistare al promissario acquirente una posizione possessoria.

In particolare, alcuni autori<sup>206</sup> hanno ritenuto come, attraverso la consegna del bene, si venga a generare fra il promissario acquirente ed il bene stesso quella relazione materiale

---

<sup>204</sup> RUVOLO, *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, Milano, 2011.

<sup>205</sup> NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992.

<sup>206</sup> TOSCHI VESPASIANI, *La situazione soggettiva del promittente nel preliminare ad effetti anticipati*, in *I contratti*, 2008, p. 189.

che integra il requisito oggettivo del possesso<sup>207</sup>. Ravvisando come sia, altresì, necessario indagare la sussistenza del requisito soggettivo<sup>208</sup>.

A tal fine, la principale difficoltà che si riscontra deriva dalla natura “meramente psicologica” che connota l’elemento soggettivo e che ne rende quasi impossibile la dimostrazione probatoria, se non facendo ricorso ad atti, materiali o giuridici, dai quali desumerne in via presuntiva l’esistenza.

Nel tentativo di verificare se la situazione giuridica instauratasi fra il promissario acquirente ed il bene oggetto di anticipata consegna possa esser ricostruita in termini di possesso, si è evidenziato come la consegna del bene attuata in esecuzione di un contratto – ancorché ad effetti meramente obbligatori – finalizzato alla produzione del successivo effetto traslativo, consenta di ritenere sussistente il possesso idoneo all’usucapione qualora a tale negozio segua l’immediato effetto traslativo del possesso, il quale si limiterebbe a costituire un effetto anticipato del successivo effetto traslativo che le parti, mediante tale negozio, si sono vincolate a realizzare, essendosi obbligate ad addivenire alla stipula del contratto definitivo. In tale ipotesi, dunque, la consegna del bene assumerebbe effetti attributivi della disponibilità possessoria ancorché non vi sia stata l’immediata produzione dell’effetto traslativo.

Il riconoscimento di una situazione possessoria in capo al promissario acquirente a seguito dell’anticipata consegna del bene viene, dunque, motivata ravvisando la sussistenza di un diritto all’acquisto in capo a tale soggetto, diritto che è destinato a trovare concreta attuazione con la conclusione del definitivo ovvero con la pronuncia della sentenza resa all’esito del giudizio ex art.2932 c.c.

Tale ricostruzione conferisce al promissario acquirente la possibilità di esercitare sulla *res* un potere analogo al diritto di proprietà, ancorché tale diritto verrà a consolidarsi in suo favore solo in un momento successivo.

La posizione del promissario acquirente, secondo tale ultima ricostruzione, dovrebbe esser intesa in modo dinamico, considerando l’operazione economica in modo complesso e, dunque, ritenendo come l’anticipata consegna del bene consentirebbe di attribuire al promissario acquirente la qualifica di possessore, egli, infatti, pur non essendo al momento della *traditio* proprietario del bene, ambirebbe, tuttavia, a divenirlo.

---

<sup>207</sup> Consistente nell’esercizio di un potere materiale di fatto sul bene.

<sup>208</sup> Il c.d. *animus possidendi*.

L'analisi della causa concreta dell'operazione negoziale complessivamente intesa, finalizzata alla produzione dell'effetto traslativo, ha portato a ravvisare in capo al promissario acquirente la volontà di godere del bene *uti dominus*. Sulla base di tale osservazioni è stata distinta l'ipotesi in questione dalla vendita del possesso *tout court*, in quanto è necessario inquadrare la vicenda all'interno di una sequenza finalisticamente orientata alla produzione dell'effetto traslativo<sup>209</sup>.

Alcuni autori hanno diversamente qualificato la posizione del promissario acquirente distinguendo l'ipotesi in cui le parti abbiano integralmente anticipato anche la prestazione consistente nel pagamento del prezzo, ovvero vi sia stato un pagamento anticipato solo parziale<sup>210</sup>.

Ritenendo il contratto preliminare ad effetti anticipati quale ipotesi di vendita obbligatoria, cui consegue la scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*, non si ravvisa nel preliminare una fonte idonea a determinare l'immediato trasferimento del possesso, ciò in quanto l'effetto traslativo verrebbe a realizzarsi solo con il contratto definitivo (*modus acquirendi*), ancorché inteso quale mero atto solutorio non negoziale.

Più specificamente, la creazione del *modus acquirendi* è una vicenda non ancora ultimata, in quanto la mera consegna non può esser intesa quale anticipazione della rilevanza dell'effetto traslativo.

L'anticipata consegna, pertanto, non priverebbe il promittente venditore del potere di fatto sulla cosa, il quale, tuttavia, verrebbe ad esser esercitato per il tramite del promissario acquirente quale detentore del bene.

Il contratto preliminare, dunque, non viene ritenuto idoneo a determinare l'emersione di una situazione possessoria in favore del promissario acquirente cui sia stato anticipatamente consegnato il bene.

Qualora le parti, tuttavia, abbiano pattuito sia l'integrale pagamento del prezzo che la consegna del bene in esecuzione del preliminare e abbiano, altresì, rinviato l'effetto traslativo del diritto al momento del perfezionamento del definitivo, allora potrà ritenersi realizzata l'interversione del possesso ex art.1141 c.c., ciò in quanto l'integrale pagamento del prezzo nonché l'intervenuta consegna del bene faranno sì che, ai fini del completamento dello schema negoziale, difetti solo il *modus acquirendi*.

---

<sup>209</sup> NOCERA, *op. cit.*, p. 10712.

<sup>210</sup> GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2010, Vol. XIII-Tomo II.

Per poter meglio comprendere tale ipotesi ricostruttiva è opportuno soffermarsi su un'analisi sostanziale del fenomeno in esame.

In particolare, l'anticipata consegna del bene, corredata dall'integrale versamento anticipato del prezzo, porterebbe a riconoscere nel preliminare un negozio prevalente rispetto al definitivo e, di conseguenza, la posizione del promissario acquirente verrebbe ad essere assimilata a quella di un "quasi proprietario", pur nella consapevolezza che l'effetto traslativo<sup>211</sup> si produca indipendentemente dalla consegna del bene e dal pagamento del prezzo, essendo, piuttosto, diretta conseguenza del consenso delle parti legittimamente manifestato.

Qualora, invece, in esecuzione del contratto preliminare, non sia stato previsto l'integrale pagamento anticipato del prezzo ma, tuttavia, sia stato comunque anticipatamente consegnato il bene, allora il definitivo non avrà un ruolo meramente formale e, dunque, il promissario acquirente sarà ritenuto un mero detentore.

---

<sup>211</sup> Ex art.1376 c.c.

## **2.2 Segue: La ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite (7930/2008).**

Con la sentenza n.7930, del 27 marzo 2008, le Sezioni Unite sono intervenute al fine di comporre il contrasto giurisprudenziale emerso nel qualificare la posizione del promissario acquirente, anticipatamente immesso nel godimento del bene, in termini di possesso ovvero detenzione.

La soluzione accolta della Cassazione ha individuato nel promissario acquirente, cui sia stato anticipatamente consegnato il bene, un detentore qualificato. Al fine di una valida comprensione dell'esito cui sono giunte le Sezioni Unite, è opportuno ripercorrere l'*iter* logico-argomentativo seguito nella sentenza in esame.

Innanzitutto, merita attenzione il tentativo ricostruttivo della nozione nonché della natura del possesso. A tal proposito, le Sezioni Unite, analogamente a quanto prospettato dall'orientamento prevalente, hanno escluso la possibilità di ritenere acquistabile in via negoziale il possesso, ciò in quanto quest'ultimo viene ritenuto una "mera attività" la quale, dunque, può esser soltanto posta in essere e non, invece, trasferita.

La Cassazione, sulla base di quanto appena riportato, non ha ritenuto trasferibile il possesso disgiuntamente dal diritto di cui costituisce esercizio. Una simile conclusione è stata avvalorata dalla presenza del presupposto soggettivo – il c.d. *animus possidendi* – che deve essere integrato affinché possa esser integrato il possesso, in quanto tale requisito può sussistere solo nei confronti di colui il quale attualmente possiede.

Conseguenza immediata e diretta di quanto precede è l'impossibilità di ritenere configurabile un acquisto a titolo derivativo del possesso.

Invero, l'espressione "acquisto a titolo derivativo del possesso", invalsa nella prassi, deve esser intesa solo "in senso empirico e traslato" e, dunque, ad essa potrà ricorrersi solo qualora si intenda evidenziare come l'acquisto del possesso sia avvenuto grazie all'assenso e alla partecipazione del precedente possessore<sup>212</sup>.

Ai fini della corretta qualificazione giuridica della situazione in cui si viene a trovare colui il quale sia immesso nel godimento del bene in virtù di un accordo negoziale, risulta esser indispensabile ricostruire la natura e gli effetti che tale contratto è idoneo, di per sé, a produrre e, dunque, se sia stato stipulato un contratto ad effetti reali ovvero ad effetti

---

<sup>212</sup> Ipotesi, quest'ultima, distinta rispetto all'apprensione, la quale prevede la presenza in via esclusiva del contegno di colui che acquista il possesso.

meramente obbligatori, ciò in quanto solo qualora ricorra la prima ipotesi sarà sussistente l'*animus possidendi* in capo al promissario acquirente.

Il contratto preliminare ad effetti anticipati non è idoneo a far sorgere in capo al promissario acquirente la situazione possessoria, in quanto la volontà delle parti è diretta ad escludere l'immediata produzione dell'effetto reale. Immediata conseguenza di quanto riportato risiede nell'impossibilità che il trasferimento del possesso segua la conclusione del contratto preliminare ad effetti anticipati, non essendosi ancora prodotto l'effetto reale.

È, dunque, da respingere la tesi avanzata da coloro i quali ritengono come dall'anticipata consegna del bene, avvenuta in esecuzione del preliminare ad effetti anticipati, ancorché qualificato quale negozio ad effetti meramente obbligatori, derivi la qualifica di possessore in favore del promissario acquirente, ritenendo la volontà delle parti diretta alla conclusione del preliminare ad effetti anticipati funzionale alla realizzazione del trasferimento della proprietà.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto il promissario acquirente, anticipatamente immesso nel godimento del bene, quale mero detentore della *res*. Conclusione, quest'ultima, avvalorata dalla ricostruzione in termini di collegamento negoziale del fenomeno della contrattazione preliminare ad effetti anticipati<sup>213</sup>.

Al contratto preliminare, secondo la ricostruzione giuridica del fenomeno fornita dalle Sezioni Unite, si affiancherebbe la presenza di due ulteriori negozi, in particolare di un contratto di comodato e di un contratto di mutuo gratuito. Il primo sarebbe funzionale a giustificare l'anticipata consegna del bene, mentre il secondo sarebbe diretto a regolamentare l'anticipato versamento del prezzo.

L'acquisizione della materiale disponibilità del bene da parte del promissario acquirente, avvenendo in esecuzione di un contratto di comodato collegato al preliminare, non potrebbe che esser intesa quale mera detenzione qualificata, in quanto esercitata nel proprio interesse.

L'anticipazione delle prestazioni, dunque, non viene ritenuta idonea ad anticipare gli effetti traslativi, i quali saranno, perciò, consequenziali alla conclusione del contratto definitivo.

---

<sup>213</sup> Vedi per un'analisi più approfondita Capitolo terzo.

La ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite, al fine di definire il possesso e distinguerlo dalla mera detenzione, è stata criticata nel momento in cui è stata ravvisata la sussistenza di aspetti quantomai contraddittori. Nella decisione in esame, infatti, è stato fatto riferimento all'elemento soggettivo dell'*animus possidendi* al fine di poter ravvisare una situazione possessoria, senonché, la stessa Corte, abbia escluso di poter qualificare in termini di possesso la posizione del promissario acquirente prescindendo dall'accertare la sussistenza del requisito soggettivo.

In particolare, la qualifica in termini di detenzione è conseguenza diretta della configurazione di un contratto di comodato, collegato al preliminare, in forza del quale il promissario acquirente viene immesso nella materiale disponibilità del bene in via anticipata rispetto all'effetto traslativo. Sicché, del tutto irrilevante sarebbe il profilo soggettivo dell'*animus*, in quanto, pur se al momento della consegna il promissario acquirente avesse l'intenzione di possedere il bene, ciò a nulla rileverebbe al fine di qualificare tale situazione in termini di possesso. Tutto ciò viene implicitamente confermato dalla stessa Cassazione nel momento in cui esamina esclusivamente l'interversione quale fenomeno idoneo a qualificare la posizione del promissario acquirente quale possesso, così facendo viene presunta l'esistenza di una situazione di detenzione al momento della consegna, indipendentemente dall'elemento soggettivo dell'*accipiens*<sup>214</sup>.

La disponibilità del bene in cui si viene a trovare il promissario acquirente a seguito dell'anticipata consegna della *res* è, tuttavia, una situazione diversa rispetto a quella che caratterizza il comodatario.

Il comodato, infatti, è un contratto reale ad effetti obbligatori con cui una parte consegna all'altra un determinato bene affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato con l'obbligo di restituire lo stesso bene ricevuto<sup>215</sup>. Il comodatario, dunque, essendo obbligato alla restituzione del bene ricevuto, è perfettamente consapevole dell'altruità dello stesso sicché viene pacificamente qualificato quale mero detentore.

Il contratto preliminare ad effetti anticipati produrrà, anch'esso, effetti meramente obbligatori<sup>216</sup> ma, diversamente dal comodato, configura un atto finalizzato a consentire

---

<sup>214</sup> CHIOSI, *op. cit.*, p. 543.

<sup>215</sup> Nozione di contratto di comodato prevista all'art.1803 c.c.

<sup>216</sup> Consistenti nel far sorgere l'obbligo giuridico in capo alle parti di prestare il consenso necessario ai fini della conclusione del contratto definitivo.



al promissario acquirente di divenire proprietario del bene anticipatamente consegnatogli. Contrariamente al comodatario, dunque, il promissario acquirente non sarà chiamato alla restituzione del bene, in quanto, nel fisiologico sviluppo dello schema negoziale, egli acquisterà la piena proprietà della *res* in questione.

Nonostante le criticità riscontrabili nella decisione delle Sezioni Unite, sia sotto il profilo del collegamento negoziale quale meccanismo cui si è fatto ricorso al fine di ricostruire la natura giuridica del preliminare ad effetti anticipati, sia con riguardo alla individuazione della nozione di possesso, è opportuno ritenere legittima la soluzione relativa alla qualifica della posizione del promissario acquirente quale detentore qualificato. Tale ultima soluzione, difatti, è stata recepita e ad essa si è uniformata la successiva giurisprudenza<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> Cass. Sez. II, 25 gennaio 2010, n.1296, in *CED Cassazione*, 2010.

### 3. Possesso e detenzione.

Il possesso è una situazione di fatto definita dal legislatore, all'art. 1140 c.c., quale "potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale". Il secondo comma della norma in questione stabilisce come si possa possedere anche per mezzo di altra persona, la quale deterrà il bene.

Non è, invece, stata positivizzata una nozione di detenzione, a tale carenza ha tentato di sopperire la dottrina ravvisando come essa consista nella immediata disponibilità materiale della cosa, riconoscendone l'altruità, al fine di usarla direttamente ovvero al fine di rendere un servizio al possessore<sup>218</sup>. La detenzione viene, altresì, distinta in qualificata e non qualificata.

La detenzione non qualificata ricorre ogniqualvolta la relazione con il bene sia frutto di ragioni di ospitalità ovvero di servizio, in tale ipotesi il controllo diretto del bene spetterà al possessore e il detentore si impegnerà a mantenere la cosa a disposizione di quest'ultimo.

La detenzione qualificata, invece, trae fondamento da un titolo idoneo a conferire il godimento del bene.

L'esatta distinzione fra possesso e detenzione è una questione tutt'altro che pacifica, differenti soluzioni sono state, infatti, prospettate al fine di tracciare gli elementi distintivi di tali istituti.

Dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, è la c.d. "teoria soggettiva"<sup>219</sup>, in forza della quale l'elemento distintivo fra il possesso e la detenzione viene identificato nell'*animus possidendi*, non ravvisando, invece, differenze in merito al potere di fatto sul bene<sup>220</sup>.

Secondo tale orientamento le due situazioni giuridiche divergerebbero esclusivamente per la presenza o meno dell'elemento soggettivo.

In particolare, il possessore sarebbe animato, nell'esercitare il potere di fatto sul bene, dal c.d. *animus res sibi habendi*. Il detentore, invece, sarebbe caratterizzato dal c.d. *animus detinendi*, essendo a conoscenza dell'altruità del bene. Ad ogni modo è ritenuto necessario

---

<sup>218</sup> TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2023.

<sup>219</sup> Savigny fu primo sostenitore di tale teoria.

<sup>220</sup> Contra ALCARO, *op. cit.*, p. 14. L'autore, infatti, ritiene come possesso e detenzione differiscano anche per il potere di fatto sulla cosa, rilevando, in particolare, come il detentore assumerebbe un atteggiamento di subordinazione rispetto ad un altro soggetto.

manifestare, tramite elementi esteriori, l'*animus* mentre, invece, il titolo costituirebbe un mero elemento probatorio funzionale a dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Minoritaria è, invece, la c.d. "teoria oggettiva"<sup>221</sup>, in forza della quale la differenza fra possesso e detenzione non viene individuata nell'elemento soggettivo quanto, piuttosto nella presenza di una condotta *uti dominus* in capo al possessore e che presupporrebbe un interesse proprio di tale soggetto.

Secondo tale indirizzo, qualora il soggetto si comporti in modo analogo al titolare del diritto allora sussisterà il possesso, mentre, invece, si avrà detenzione qualora tale soggetto assuma una condotta diversa, manifestando consapevolezza del potere altrui sul bene e, dunque, agendo in assenza di un interesse proprio.

Una diversa ricostruzione, condivisa da alcuni sostenitori della c.d. "teoria oggettiva", ravvisa l'elemento discretivo fra possesso e detenzione nel titolo in forza del quale si è iniziato ad esercitare il potere sulla cosa, dovendo, dunque, differenziare a seconda che sia stato stipulato un contratto ad effetti obbligatori ovvero ad effetti reali.

Secondo tale ultimo orientamento, dunque, si avrebbe detenzione qualora il potere di fatto sulla cosa abbia avuto origine da un titolo fonte di un diritto di credito. Diversamente, invece, la relazione con il bene sarebbe qualificabile in termini di possesso in tutti quei casi in cui il potere sulla *res* abbia avuto origine da un titolo attributivo di un diritto reale ovvero sia stato esercitato utilizzando *uti dominus*.

La tesi appena esposta è stata accolta dalla giurisprudenza in diverse pronunce, nelle quali, pur affermando la rilevanza dell'elemento soggettivo rappresentato dall'*animus possidendi*, la differenza tra possesso e detenzione viene motivata sulla base degli effetti reali o obbligatori che l'atto negoziale, alla base dell'immissione nel godimento del bene, è in grado di produrre<sup>222</sup>.

Alcuni autori ritengono come sia solo il possesso a costituire una situazione di fatto ravvisando, invece, nella detenzione una situazione di diritto<sup>223</sup>. Tale tesi viene motivata prendendo in considerazione, in primo luogo, le innovazioni apportate dalla codificazione del 1942 rispetto a quanto precedentemente previsto nel codice del 1865.

---

<sup>221</sup> Jhering è ritenuto padre di tale teoria.

<sup>222</sup>Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Notariato*, 2008.

<sup>223</sup> PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012.

Il Codice Pisanelli, infatti, definiva il possesso quale “detenzione di una cosa”<sup>224</sup> corredata dall’animo di tenere tale bene come proprio<sup>225</sup>. Con la codificazione del 1942, invece, il possesso è stato svincolato dalla detenzione e, inoltre, non è stata fatta menzione dell’elemento soggettivo, provvedendo, piuttosto, a qualificare il possesso quale potere di fatto<sup>226</sup>.

La dottrina in questione ritiene come sia solo il potere del possessore ad esser qualificabile quale potere di fatto, ciò in quanto esso è ritenuto corrispondente ad un diritto reale e, inoltre, esercitabile anche attraverso un diverso soggetto, ossia il detentore<sup>227</sup>. Quest’ultimo, dunque, secondo tale orientamento, eserciterebbe un diritto e non, invece, un potere di fatto in quanto è ritenuta una situazione giuridica derivata da un contratto ovvero consequenziale all’adempimento di un obbligo e, dunque, costituisce un potere basato su un titolo.

---

<sup>224</sup> Art.685 Codice Pisanelli.

<sup>225</sup> Art.686 Codice Pisanelli.

<sup>226</sup> Ex art.1141 c.c.

<sup>227</sup> Così prevede l’art.1140 c.c.

### 3.1 *Segue: Interversione del possesso.*

L'articolo 1141, secondo comma, del Codice civile prevede come il detentore non possa acquisire il possesso della *res* se non qualora il titolo muti per causa proveniente da un terzo ovvero a seguito di opposizione rivolta nei confronti del possessore. Qualora, dunque, ricorra una delle due ipotesi previste dalla disposizione appena richiamata, allora si integrerà la c.d. interversione del possesso, in tali ipotesi il detentore vedrà modificata la propria situazione divenendo titolare del potere di fatto che connota il possesso.

Affinchè, tuttavia, tale modifica della situazione giuridica, da detentore a possessore, possa validamente verificarsi, non è sufficiente né un mero mutamento dell'atteggiamento psicologico interno né un fatto esteriore che riveli l'intervenuta modifica dell'*animus*.

Le regole sul mutamento della detenzione in possesso sono state ritenute, da parte della dottrina, dei sintomatici indici normativi finalizzati ad avvalorare la tesi circa l'irrelevanza dell'elemento soggettivo dell'*animus* quale tratto distintivo fra possesso e detenzione, ribadendo, piuttosto, il ruolo centrale attribuito al titolo<sup>228</sup>.

Altra parte della dottrina, diversamente, ritiene come, ai fini dell'acquisto del possesso, sia pur sempre necessario l'elemento soggettivo al netto, ovviamente, della sussistenza di una delle situazioni previste all'art.1141 c.c. Tale ricostruzione, dunque, ritiene indispensabile che il soggetto si comporti quale possessore al fine di poter intervenire il possesso, mentre, invece, il titolo rappresenterebbe un elemento utile per fornire la prova del possesso.

In senso conforme a tale orientamento si è pronunciata anche parte della giurisprudenza, la quale ha affermato come non sia sufficiente un atto di volizione interna affinché si realizzi l'interversione del possesso, ma, piuttosto, si renda necessaria una manifestazione esteriore dalla quale si desuma come il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto in nome altrui, avendo iniziato ad esercitarlo in nome proprio. A tale manifestazione esteriore dovrà, poi, accompagnarsi l'elemento soggettivo dell'*animus rem sibi habendi* il quale andrà a sostituire il precedente *animus detinendi*<sup>229</sup>.

L'opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritiene come l'interversione debba consistere nell'affermazione del proprio possesso e nella contemporanea negazione di quello altrui e, dunque, dovrà concretizzarsi in una opposizione avverso il possessore

---

<sup>228</sup> ALCARO, *op. cit.*, p. 26.

<sup>229</sup> Cass. Sez.II, 12 maggio 1999, n.4701, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

tale da rendere quest'ultimo edotto circa l'intenzione di far venir meno il godimento del bene *nomine alieno* e, piuttosto, esercitare sulla cosa il potere proprio del possessore.

I requisiti previsti dall'art.1141, secondo comma c.c., al fine di poter integrare la c.d. interversione del possesso, sono stati ritenuti vantaggiosi per il possessore in quanto, così facendo, quest'ultimo non risulta gravato dall'onere di vigilare sull'attività del detentore come, invece, sarebbe chiamato a fare qualora comportamenti, anche non univoci<sup>230</sup>, fossero ritenuti idonei ad integrare una situazione possessoria<sup>231</sup>.

Il Codice civile prevede come l'interversione del possesso possa esser determinata anche da una causa proveniente da un soggetto terzo, tale requisito si ritiene integrato ogniqualvolta vi sia la presenza di un atto con cui venga trasferito il diritto e che, consequenzialmente, sia idoneo a legittimare il possesso, prescindendo dalla validità o dall'efficacia di tale negozio<sup>232</sup>.

L'ulteriore ipotesi idonea a dar vita alla c.d. interversione del possesso viene ravvisata nell'opposizione fatta dal detentore nei confronti del possessore. A tal proposito, la giurisprudenza non ha ritenuto sufficiente un atto di volizione interno al detentore, ritenendo, piuttosto, necessario un fatto esteriorizzato nei confronti del possessore<sup>233</sup> con cui venga palesato, in modo inequivoco, la volontà di intraprendere l'esercizio del possesso, inteso quale potere di fatto sulla cosa esercitato in nome e per conto proprio<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> Ad esempio, il conduttore che si atteggi quale proprietario del bene.

<sup>231</sup> CATERINA e SACCO, *op. cit.*

<sup>232</sup> Cass. Sez.I, 29 luglio 1997, n.7090, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

<sup>233</sup> Inteso quale colui in nome del quale la cosa era in precedenza detenuta.

<sup>234</sup> Cass. Sez.II, 10 aprile 1986, n.2496, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

#### **4. La vendita del possesso.**

La vendita del possesso rappresenta un istituto in merito alla cui ammissibilità si è notevolmente dibattuto. In particolare, si è discusso circa la possibilità di porre in essere una compravendita il cui oggetto sia costituito, per l'appunto, del mero possesso di un bene, indipendentemente dal trasferimento del diritto di proprietà.

L'attività che deve esser svolta verte su due questioni principali. In primo luogo, è necessario accertare se l'oggetto della vendita possa esser costituito dal possesso. In via ulteriore, è opportuno verificare se il possesso possa esser trasferito in modo scisso rispetto alla proprietà e, dunque, acquistato verso il corrispettivo di un prezzo facendo ricorso allo schema della vendita<sup>235</sup>.

La vendita del possesso deve essere, innanzitutto, distinta dal trasferimento del possesso. Quest'ultimo si verifica in seguito alla stipula di un contratto di compravendita avente ad oggetto il trasferimento della proprietà, in questo caso, infatti, il compratore diverrà immediatamente proprietario – in virtù dell'applicazione del principio consensualistico ex art. 1376 c.c. – e, adempiuto l'obbligo di consegna gravante in capo al venditore, verrà ad esser trasferito anche il possesso. In questi casi il possesso viene trasferito in quanto è ricompreso nel diritto oggetto di alienazione e non, invece, perché oggetto della vendita, come avverrebbe qualora si configurasse l'ipotesi di vendita del possesso.

Qualora venisse negata l'ammissibilità della vendita del possesso, si potrebbe tentare di riconnettere gli effetti propri del trasferimento del possesso all'interno del risultato concreto derivante dalla vendita. In particolare, si fa riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali il trasferimento del possesso è prodromico al successivo trasferimento della proprietà<sup>236</sup>.

La questione relativa all'ammissibilità della vendita del possesso – al netto di eventuali ricostruzioni che facciano leva su differenti schemi negoziali per poter giungere ad effetti sostanzialmente analoghi – ha avuto origine nel diritto romano per poi riprodursi anche nell'ordinamento italiano e in quello tedesco.

---

<sup>235</sup> PETRONE, *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1059.

<sup>236</sup> Ad esempio, la vendita con riserva della proprietà nella quale l'effetto traslativo si produrrà solo nel momento in cui venga versata l'ultima rata di prezzo, ma, tuttavia, nel momento in cui si perfeziona tale contratto – il cui oggetto è pur sempre il trasferimento della proprietà – viene trasferito solo il possesso.

L'ammissibilità della vendita del possesso dipende direttamente dalla qualificazione giuridica che viene fornita alla vendita nonché al possesso all'interno dell'ordinamento singolarmente preso in considerazione.

Con riguardo all'ordinamento nazionale, è opportuno prendere le mosse dall'articolo 1470 c.c., il quale definisce la vendita come il contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà ovvero di un altro diritto reale verso il corrispettivo di un prezzo. Dall'analisi di tale disposizione si dovrebbe giungere a ritenere il possesso non riconducibile all'interno dell'oggetto proprio della vendita, quest'ultimo, infatti, per espressa previsione legislativa, risulta essere circoscritto al trasferimento della proprietà ovvero di altro diritto reale. Tale conclusione deriva dalla ricostruzione del possesso quale situazione di fatto e, dunque, affinché possa giungersi ad un diverso epilogo sarebbe necessario qualificare il possesso quale un vero e proprio diritto.

Tanto la dottrina<sup>237</sup>, quando la giurisprudenza<sup>238</sup> sono concordi nel ritenere come il trasferimento del possesso non possa costituire oggetto del contratto di compravendita.

D'altro canto, tuttavia, vi sono orientamenti – seppur minoritari – favorevoli ad ammettere la possibilità di un trasferimento del possesso quale effetto di un accordo tra le parti<sup>239</sup>.

Per poter risolvere la problematica in esame è necessario indagare la natura giuridica del possesso, in quanto, potendo la vendita avere ad oggetto solo il trasferimento di diritti, sarebbe sufficiente qualificare il possesso quale situazione di fatto per escludere l'ammissibilità di una compravendita il cui oggetto sia rappresentato dal possesso stesso; diversamente, invece, qualora il possesso venisse ritenuto un diritto, allora si aprirebbe la strada all'ammissibilità di una vendita il cui oggetto sia costituito dal trasferimento del possesso stesso.

La tesi minoritaria, sostenuta da coloro i quali ritengono il possesso qualificabile quale diritto soggettivo, si fonda, principalmente, sugli effetti giuridici ricollegati al possesso, evidenziando come qualora si trattasse di una mera situazione di fatto essi non sarebbero configurabili.

---

<sup>237</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021; TOMMASINI, *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*, Milano, 2012.

<sup>238</sup> Cass. Sez.II, 27 settembre 1996, n.8528, in *Corr. Giur.*, 1997; Cass. Sez.II, 19 novembre 2015, n.23673, in *Notariato*, 2016.

<sup>239</sup> TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Camerino, 2003; LONGOBUCCO, *Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. It.*, 2011, p. 552.



In particolare, si ritiene come la previsione di azioni a tutela del possesso, il fatto che sia un istituto tutelato dall'ordinamento nonché la circostanza che sia idoneo a produrre effetti giuridici, siano indici che inducano in modo inequivoco a dover ritenere il possesso una situazione giuridica e, dunque, qualificabile quale diritto soggettivo patrimoniale.

La presenza di forme di tutela riconosciute al possesso, tuttavia, non viene da taluno ritenuta sufficiente per poter qualificare quest'ultimo in termini di diritto soggettivo. L'ordinamento, infatti, interverrebbe al fine di tutelare il possessore per ragioni di opportunità funzionali ad assicurare la pace sociale e non, invece, per salvaguardare l'esercizio di un diritto<sup>240</sup>.

In una posizione "intermedia" si collocano coloro i quali ritengono qualificabile il possesso in termini di diritto affievolito. Tale tesi trae fondamento dall'analisi comparativa fra la tutela apprestata ai diritti soggettivi e quanto previsto in materia di possesso. Quest'ultimo, infatti, diversamente dai primi, viene tutelato in modo non assoluto dal momento che la tutela riconosciuta in favore del possessore risulta essere inopponibile al proprietario.

Qualora venissero accolte le tesi che identificano il possesso quale diritto soggettivo ovvero diritto affievolito, allora sarebbe pienamente ammissibile concepire il trasferimento del possesso quale oggetto di una compravendita, in quanto il possesso verrebbe ricondotto all'interno di ciò che l'art.1470 c.c. descrive quale "trasferimento di un altro diritto".

Del tutto prevalente è, tuttavia, l'opinione che ravvisa nel possesso una mera situazione di fatto, come tale idonea a costituire l'oggetto del contratto di compravendita<sup>241</sup>. La ricostruzione in questione viene ad esser supportata anche facendo ricorso al dato letterale dell'art.1140 c.c., il quale nel definire il possesso come "il potere sulla cosa" escluderebbe una qualificazione differente da quella che ravvisa in quest'ultimo una situazione di fatto. Come alcuni autori hanno avuto il merito di sottolineare, il possesso è un fatto che coincide con l'esercizio di un diritto, senza che per tale motivo esso stesso venga a configurarsi quale diritto<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> NATOLI, *op. cit.*; Grasso, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. e Giur.*, 1998, p. 291.

<sup>241</sup> Oggetto che deve, per l'appunto, esser circoscritto al trasferimento di un diritto soggettivo.

<sup>242</sup> PETRONE, *op. cit.*, p. 1059.

La qualifica del possesso in termini di mera situazione di fatto ha condotto anche a negarne la possibilità di acquisto facendo ricorso allo schema negoziale della vendita, evidenziando come tale acquisto costituisca, piuttosto, un mero atto giuridico<sup>243</sup>.

Anche in giurisprudenza è invalsa la concezione volta a qualificare il possesso quale mera situazione di fatto inadatta a costituire l'oggetto del contratto di compravendita. In particolare, si è affermato come il possesso si sostanzia in una attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale, connotata dalla presenza dell'elemento soggettivo dell'*animus*, e, dunque, insuscettibile di esser trasferita disgiuntamente dal diritto di cui costituisce l'esercizio. Sicché è stato ritenuto nullo, per impossibilità dell'oggetto, il contratto preliminare atipico con cui le parti si siano obbligate al trasferimento del solo possesso e, dunque, a fronte dell'eventuale inadempimento, non sarà possibile agire ex art.2932 c.c. al fine di ottenere una sentenza costitutiva che produca gli stessi effetti del contratto definitivo non concluso<sup>244</sup>.

L'unica deroga alla intrasferibilità del possesso è contenuta all'art.1146, primo comma, c.c., il quale disciplina la successione dell'erede nella situazione possessoria facente capo al *de cuius* a far data dall'apertura della successione.

Il fenomeno della successione nel possesso, tuttavia, non è ritenuto idoneo a giustificare la possibile ammissione di un'autonoma cessione del possesso, in quanto tale previsione si limita a sancire sulla base di una *fiction legis* la continuazione del possesso in favore dell'erede, essendo del tutto svincolato dalla sussistenza dei presupposti di fatto e, inoltre, disciplina il solo fenomeno della successione a titolo universale escludendo, dunque, le ipotesi di trasferimento *inter vivos*.

Fenomeno distinto da quello appena esaminato è rappresentato dalla c.d. accessione del possesso, prevista all'art.1146, secondo comma c.c., la quale consente al successore a titolo particolare di unire al proprio possesso quello del suo "autore" al fine di goderne gli effetti.

L'accessione, tuttavia, per poter esser validamente integrata richiede la presenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto reale, in forza del quale la *traditio* del bene possa esser intesa quale successione a titolo particolare nel possesso, ciò in quanto è necessaria la presenza di tutti gli elementi costitutivi del possesso affinché

---

<sup>243</sup> PADULA, *La vendita del possesso*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 831.

<sup>244</sup> Cass. Civ, Sez.II, 8 agosto 1996, n.7283, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

l'avente causa possa beneficiare degli effetti propri dell'accessione. Proprio tale necessità ha portato la dottrina a ritenere non operativa la regola dell'accessione nell'ipotesi in cui le parti abbiano stipulato un contratto preliminare ad effetti anticipati, in tale circostanza, infatti, il promissario acquirente sarebbe mero detentore del bene consegnatogli e, d'altro canto, il promittente venditore rimarrebbe proprietario dello stesso fintantoché non venga concluso il contratto definitivo<sup>245</sup>.

L'accessione, inoltre, richiede come i due possessi si susseguano immediatamente ed è altresì necessario che essi corrispondano allo stesso diritto, per tale motivo, dunque, non sarebbe ipotizzabile, ad esempio, l'unione di un possesso a titolo di proprietà con un possesso a titolo di usufrutto.

Nell'accessione del possesso, diversamente dall'ipotesi della successione nel possesso – prevista al primo comma dell'articolo 1146 c.c. – non si assiste alla successione in unico possesso, quanto, piuttosto, all'unione di due distinti possessi, quello proprio del dante causa e quello dell'avente causa.

La giurisprudenza ha avuto modo di affermare come non si possa invocare la regola dell'accessione del possesso al fine di sostenere la trasmissibilità contrattuale dello stesso. In particolare, è stato appurato come l'*accessio possessionis* non preveda la trasmissione del possesso, quanto, piuttosto, si limiti a stabilire la possibilità per l'attuale possessore di unire al proprio il distinto possesso del dante causa al fine di goderne gli effetti.

Inoltre, presupposto necessario per l'operatività di tale regola è costituito dell'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, ovvero di altro diritto reale, del bene oggetto del possesso<sup>246</sup>.

Ad ogni modo, indipendentemente da quanto sopra riportato, la dottrina si è comunque interrogata circa la possibilità di trasferire il possesso prescindendo dal trasferimento del diritto ad esso collegato.

La soluzione positiva a tale quesito è stata sostenuta da parte della dottrina adducendo differenti argomentazioni.

È stato, innanzitutto, osservato come all'interno dell'ordinamento faccia difetto una previsione diretta a vietare espressamente il trasferimento del possesso in modo

---

<sup>245</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2023.

<sup>246</sup> Cass. Civ, Sez.II, 27 settembre 1996, n.8528, in *Corr. Giur.*, 1997.

indipendente rispetto al trasferimento del diritto ma, piuttosto, venga disciplinato l'autonomo trasferimento del possesso in ipotesi di successione *mortis causa*<sup>247</sup>.

Tale ultima circostanza, tuttavia, viene ritenuta dalla giurisprudenza inidonea a fondare l'ammissibilità del trasferimento del mero possesso e, piuttosto, è stata ritenuta una mera eccezione al generale principio di intrasferibilità del possesso in modo scisso rispetto al diritto reale cui si collega.

Il principio del possesso vale titolo<sup>248</sup>, la previsione relativa all'interversione del possesso<sup>249</sup> nonché la disciplina dell'usucapione abbreviata<sup>250</sup> vengono menzionati per avvalorare la tesi relativa all'ammissibilità del trasferimento del mero possesso mediante atti fra vivi.

Un ultimo ostacolo all'ammissibilità della vendita con oggetto il trasferimento del possesso è rappresentato dalla qualificazione del possesso quale situazione di fatto piuttosto che un diritto e, di conseguenza, verrebbe escluso dall'oggetto della vendita, il quale è espressamente circoscritto al trasferimento di diritti<sup>251</sup>.

Al fine di ovviare al problema appena riportato, si è tentato di ricostruire il negozio con cui si trasferisca il possesso quale contratto atipico, prescindendo, dunque, dalla sua configurazione in termini di compravendita<sup>252</sup>.

La configurazione di un contratto atipico con cui si provveda al trasferimento del mero possesso, tuttavia, per poter esser ammissibile richiede una valutazione positiva in merito alla meritevolezza di tutela, secondo l'ordinamento giuridico, dell'interesse perseguito.

A tal proposito, il contratto atipico in questione sarebbe lecito, in quanto non contrario a norma imperativa, dal momento che non vi è una disposizione che vieti l'immissione del possesso; non sarebbe altresì contrario all'ordine pubblico né tanto meno al buon costume, non essendo configurabile un danno per il proprietario dato che egli non subisce un pregiudizio differente da quello che avrebbe potuto subire dal precedente possessore,

---

<sup>247</sup> MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2002, p. 738.

<sup>248</sup> Previsto all'art.1153 c.c., in forza del quale l'acquirente *a non domino* acquista la proprietà del bene sulla base di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, qualora sia intervenuta la consegna del bene nonché vi sia la buona fede dell'*accipiens*.

<sup>249</sup> Prevista all'art.1141 c.c., il quale consente di mutare il titolo del possesso anche attraverso l'opposizione fatta dal detentore avverso il possessore.

<sup>250</sup> La quale prevede come l'acquisto della proprietà si possa perfezionare mediante il possesso prolungato nel tempo anche qualora vi sia un titolo solo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà.

<sup>251</sup> Ex art.1470 c.c.

<sup>252</sup> TROISI, *op. cit.*

dal momento che anche quest'ultimo avrebbe potuto usucapire il bene in modo analogo rispetto a quanto possibile in favore del successivo possessore.

Il contratto atipico così configurato sarebbe finalizzato al perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in quanto non lederebbe né gli interessi delle parti contraenti né quelli del proprietario del bene, il quale, prescindendo da chi sia possessore del bene, potrà comunque ed in ogni momento esercitare le azioni a tutela del suo diritto. Viene, inoltre, esclusa l'idoneità di tale accordo a ledere gli interessi della collettività, essendo il trasferimento del possesso confacente ad una maggiore circolazione dei beni nonché funzionale al trasferimento di beni che altrimenti ne sarebbero esclusi<sup>253</sup>.

Risultato analogo a quello derivante dal trasferimento del mero possesso potrebbe esser perseguito facendo ricorso alla c.d. vendita a rischio e pericolo del compratore, istituto con cui viene assunto il rischio che il venditore non sia l'effettivo proprietario del bene. Qualora tale rischio si trasformasse in realtà, verrebbe a configurarsi una ipotesi di acquisto a *non domino*, nella quale il venditore avrebbe, tuttavia, già consegnato il bene e, dunque, si assisterebbe al trasferimento del possesso in favore dell'acquirente senza che egli sia divenuto titolare del diritto di proprietà.

La vendita a rischio e pericolo del compratore potrebbe, dunque, produrre effetti analoghi rispetto al trasferimento del mero possesso, questa è tuttavia una mera eventualità dato che a tal fine sarà necessario che il venditore non sia proprietario del bene, in quanto, altrimenti, verrebbe trasferito anche il diritto e non solo il mero possesso.

La vendita a rischio e pericolo del compratore, tuttavia, si differenzia dal trasferimento del mero possesso perché un elemento costitutivo della prima è rappresentato dalla consapevolezza circa la possibilità che l'alienante non sia l'effettivo titolare del bene, tale requisito non è, invece, necessariamente presente nell'ipotesi di trasferimento del mero possesso.

Anche la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, restie nel ritenere il possesso direttamente negoziabile, riconoscono l'ammissibilità di atti negoziali funzionali ad immettere nel possesso di un determinato bene un soggetto terzo.

In particolare, è stato ritenuto ammissibile un contratto con cui si alieni il possesso e che produca i medesimi effetti della c.d. vendita a rischio e pericolo del compratore,

---

<sup>253</sup> MAISTO, *op. cit.*, p. 738.

consistenti nell'obbligo di effettuare la *traditio* del bene e nella possibilità, per l'acquirente, di avvalersi del meccanismo dell'accessione del possesso ex art.1146, secondo comma, c.c.<sup>254</sup>.

Parte della dottrina, nel tentativo di ammettere la configurabilità di vicende dispositive del mero possesso, ha ricondotto la vendita del possesso all'istituto della cessione in precario<sup>255</sup>.

Caratteristica della cessione in precario è data dall'assenza di durata nel godimento del bene e, dunque, esso è revocabile *ad nutum* dal proprietario del bene, il quale, in ogni momento, potrebbe rivendicare la proprietà su tale *res*.

Altra parte della dottrina, diversamente, ha riconosciuto una vicenda traslativa del possesso nell'accordo con cui il possessore rinunci all'esercizio della tutela possessoria avverso il soggetto che ad esso subentrerà nella relazione materiale con il bene, situazione che potrebbe avvenire tanto dietro il versamento di un corrispettivo quanto in modo gratuito<sup>256</sup>.

Secondo tale ultima concezione, i paciscenti stipulerebbero un accordo rilevante solo *inter-partes*, esclusivamente opponibile al precedente possessore e non ai soggetti terzi, mediante il quale verrebbe ad esser acquistato, a titolo originario, il possesso sul bene.

La circostanza in forza della quale il possesso verrebbe ad esser acquisito a titolo originario e non a titolo derivativo, inoltre, escluderebbe la possibilità che tale negozio venga concluso in danno del terzo proprietario dato che sarebbe esclusa la possibilità per l'attuale possessore di cumulare al proprio possesso quello del suo dante causa e, dunque, il termine necessario ai fini del perfezionamento dell'usucapione dovrà necessariamente decorrere *ex novo*.

L'accordo in questione, dunque, non determinerebbe il trasferimento del possesso ma, piuttosto, darà vita ad un nuovo possesso in capo ad un diverso soggetto, reso possibile da una "autorizzazione" a possedere con cui il precedente possessore rinuncia ad avvalersi della tutela prevista nei suoi confronti.

Esclusa la presenza di una cessione del possesso, è possibile qualificare tale accordo come un contratto ad effetti obbligatori piuttosto che reali, non avendo ad oggetto il

---

<sup>254</sup> CATERINA e SACCO, *op. cit.*

<sup>255</sup> BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993.

<sup>256</sup> GRASSO, *op. cit.*, p. 291.

trasferimento di alcun diritto reale e, inoltre, determinando l'acquisto a titolo originario in favore del nuovo possessore<sup>257</sup>.

Taluno, nonostante il possesso venga qualificato quale situazione di fatto, ha ritenuto ammissibile il trasferimento del c.d. *ius possessionis* – consistente nell'insieme di poteri giuridici che traggono fondamento nel possesso stesso – ritenendo come esso dia vita ad un diritto soggettivo<sup>258</sup>.

La tutela giuridica riconosciuta in favore del possessore, opponibile *erga omnes*, ha indotto a configurare l'esistenza del c.d. *ius possessionis*, al quale è stata attribuita la natura di diritto soggettivo e, di conseguenza, ne è stata ammessa la trasferibilità anche mediante il ricorso allo schema negoziale della vendita. La vendita dello *ius possessionis*, pertanto, sarebbe ammissibile ancorché richiederebbe la presenza della condizione sospensiva consistente nell'immissione dell'acquirente nella situazione di fatto sul bene<sup>259</sup>.

La concezione in esame si fonda su una considerazione dinamica del possesso, in forza della quale ad esso viene attribuito un valore economico, distinto rispetto al bene posseduto, e determinato dalle prerogative e dai vantaggi che emergono dalla situazione possessoria.

Tale soluzione è stata criticata nella misura in cui si è sottolineato come la vendita dello *ius possessionis* sarebbe una vendita impossibile, in quanto esso altro non sarebbe che una conseguenza della relazione con il bene che abbia i requisiti per poter esser qualificata quale possesso; perciò, si è evidenziato come i poteri del possessore derivino da un mero comportamento e non abbiano, invece, fonte in alcun titolo<sup>260</sup>.

La tutela giuridica prevista in favore del possessore, dunque, non è stata ritenuta idonea a far sì che il possesso venisse qualificato quale diritto soggettivo, né idonea a tal fine sarebbe l'idoneità a produrre effetti giuridici quali, ad esempio, l'usucapione. L'elemento giuridico nella concezione del possesso si sostanzia in una tutela giurisdizionale.

Parte della dottrina ha ravvisato la presenza di situazioni nelle quali si verifica la circolazione del possesso in modo del tutto indipendente rispetto al trasferimento del

---

<sup>257</sup> GRASSO, *La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contr. e Impr.*, 2002, p. 703.

<sup>258</sup> DUSI, *La successione nel possesso negli atti*, Torino, 1894.

<sup>259</sup> La qualifica dello *ius possessionis* quale diritto soggettivo viene condivisa anche in giurisprudenza, in particolare Cass. Civ., Sez.II, 5 luglio 1997, n.6093, in *Giur. It.*, 1998.

<sup>260</sup> PADULA, *op. cit.*, p. 831.

diritto reale e, dunque, configurabili quali situazioni di vendita del possesso, nelle ipotesi di acquisto di un bene proprio ovvero nella vendita a rischio e pericolo del compratore.

L'acquisto di un bene proprio è un'ipotesi che potrebbe configurarsi qualora il proprietario del bene intenta riacquisire il possesso dello stesso, ciò in quanto ha perduto la materiale disponibilità della cosa.

L'ammissibilità di una simile fattispecie è stata, tuttavia, notevolmente criticata. In particolare, è stato ritenuto nullo l'atto negoziale con cui si acquisterebbe un bene proprio in virtù della mancanza della causa, elemento essenziale del contratto, in quanto la compravendita presuppone l'altruità del diritto oggetto del contratto.

La regola appena riportata risulterebbe esser derogata nell'ipotesi in cui il proprietario sia stato vittima di uno spoglio e, di conseguenza, intenda riacquisire la materiale disponibilità del bene, nonché nell'eventualità in cui vi sia una situazione di incertezza circa la proprietà della *res*. In questi casi il soggetto, già proprietario del bene, devolvrebbe una somma di denaro, quale corrispettivo, nei confronti del terzo al fine di ristabilire la situazione di fatto con il bene, ottenendone la restituzione.

La vendita a rischio e pericolo del compratore, invece, è connotata dall'anticipata rinuncia, da parte dell'acquirente, alla garanzia per l'evizione, in tal modo, dunque, viene assunto il rischio che il bene non appartenga alla parte venditrice.

Qualora l'alienante non sia l'effettivo titolare del bene, allora, successivamente alla consegna, si assisterebbe al trasferimento del mero possesso in modo del tutto indipendente dal trasferimento del diritto di proprietà, del quale non è titolare il venditore e che, dunque, non potrà esser trasferito all'acquirente.

Le due ipotesi appena riportate vengono menzionate dalla dottrina maggioritaria quali ulteriori indici funzionali ad escludere l'ammissibilità di una autonoma cessione del possesso, evidenziando come l'atto negoziale avrebbe ad oggetto il trasferimento del diritto e non del possesso, inteso quale mera situazione di fatto<sup>261</sup>.

In particolare, l'ipotesi di acquisto di un bene proprio non rappresenterebbe un'ipotesi di vendita del possesso, quanto, piuttosto, integrerebbe figure negoziali diverse dalla vendita ciò in quanto il corrispettivo versato sarebbe funzionale alla restituzione del bene e non già all'acquisto.

---

<sup>261</sup> BIANCA, *op. cit.*



La fattispecie della vendita a rischio e pericolo del compratore non sarebbe idonea a dar vita ad un'ipotesi di vendita del possesso. Qualora l'acquirente fosse in buona fede e, dunque, non avesse avuto conoscenza del fatto che il venditore non fosse titolare del bene, allora egli sarà convinto di aver validamente acquistato il bene. Diversamente, nell'ipotesi in cui l'acquirente fosse stato a conoscenza dell'altruità del bene rispetto al venditore, allora si integrerebbero gli estremi della c.d. vendita di cosa altrui. Entrambe le ipotesi, ad ogni modo, non avranno ad oggetto il possesso ma, piuttosto, il diritto di proprietà.

La questione attinente alla circolazione del possesso emerge, inoltre, in diversi casi in cui si prendano in considerazione dei contratti tipici finalizzati al trasferimento di un diritto reale, ancorché formalmente qualificabili quali contratti ad effetti meramente obbligatori<sup>262</sup>.

In tali fattispecie si assiste ad una mera scissione temporale fra il trasferimento del possesso e quello della proprietà, per cui il trasferimento della situazione possessoria costituirà un risultato provvisorio fintanto che non si addiverrà all'acquisto della proprietà. La *traditio* del bene, dunque, risulterà esser funzionale al futuro trasferimento del diritto.

L'esame della fattispecie in questione, diversamente da quanto precedentemente analizzato, induce a porsi l'interrogativo circa l'ammissibilità del trasferimento del possesso in una fase precedente rispetto all'effetto traslativo. Tali situazioni sono state emblematicamente definite da autorevole dottrina quali ipotesi di "pseudo-vendita del possesso"<sup>263</sup>.

Le fattispecie relative alla c.d. vendita obbligatoria possono esser ascritte all'interno del novero degli atti giuridici appena descritti, in quanto ipotesi caratterizzate per prevedere un *discrimen* temporale fra il perfezionamento del contratto e la produzione dell'effetto traslativo, il quale si produrrà successivamente e i cui effetti non saranno retroattivi, ma decorreranno dal momento in cui si siano effettivamente prodotti.

In particolare, ai fini che qui rilevano, assumono rilievo solo quelle fattispecie di vendita obbligatoria in cui è ammissibile la consegna del bene in una fase anteriore rispetto alla produzione dell'effetto reale, per tale motivo non si considerano a tal fine rilevanti le

---

<sup>262</sup> PETRONE, *op. cit.*, p. 1059.

<sup>263</sup> PADULA, *op. cit.*, p. 831.

situazioni aventi ad oggetto la vendita di beni futuri ovvero di cose determinate solo nel genere.

La vendita di cosa futura non consentirebbe di concepire l'anticipata consegna del bene rispetto alla produzione dell'effetto traslativo in quanto tale bene, al momento della conclusione dell'accordo, non è ancora giuridicamente venuto ad esistenza. Nel momento in cui, tuttavia, il bene venga ad esistenza allora si assisterà all'automatica produzione dell'effetto traslativo e, dunque, non residuano spazi per poter concepire una anticipata consegna del bene rispetto al trasferimento della proprietà.

La vendita di cose individuate solo nel genere non consentirebbe di effettuare anticipatamente la consegna dei beni in quanto, ai fini della loro individuazione, sarà necessaria la c.d. specificazione, al verificarsi della quale si produrrà automaticamente l'effetto traslativo.

Un'ipotesi che, invece, può validamente dar vita ad una situazione nella quale si produrrà il trasferimento del possesso in modo anticipato rispetto al trasferimento del diritto può esser ravvisata nella c.d. vendita di cosa altrui<sup>264</sup>. La fattispecie in questione, infatti, viene ricondotta all'interno della categoria della vendita obbligatoria in quanto sul venditore graverà l'obbligo di procurare l'acquisto al compratore e, solo nel momento in cui il venditore acquista la proprietà del bene, allora l'acquirente ne diverrà proprietario.

Il venditore, come ha avuto modo di evidenziare la giurisprudenza, potrà adempiere l'obbligo su di sé gravante anche inducendo il proprietario a prestare il consenso al trasferimento della proprietà in favore dell'acquirente<sup>265</sup>.

Nelle ipotesi in esame sarà ben possibile che il venditore, qualora abbia la materiale disponibilità della cosa altrui, provveda a consegnare tale bene all'acquirente, il quale non ne è ancora proprietario, essendo l'effetto traslativo subordinato al momento successivo in cui l'alienante acquisti la proprietà del bene ovvero essa venga direttamente trasferita dal proprietario in favore dell'acquirente a seguito dell'attività svolta dall'alienante. In tutti questi casi, dunque, ci si interrogherà sulla qualificazione giuridica della posizione dell'acquirente immesso nell'anticipato godimento del bene, con l'accortezza di sottolineare come tale situazione sarà destinata a mutare nel momento in cui egli acquisterà la proprietà del bene.

---

<sup>264</sup> Disciplinata all'art.1478 c.c.

<sup>265</sup> Cass. Civ., Sez.II, 26 giugno 2006, n.14751, in *Impr.*, 2006.

Attribuendo ruolo centrale all'elemento soggettivo del possesso rappresentato dell'*animus*, si è distinta l'ipotesi in cui l'acquirente sia a conoscenza dell'altruità del bene da quella in cui tale consapevolezza faccia difetto. Il primo caso ha portato a ritenere come l'acquirente sia qualificabile in termini di mero detentore del bene, anticipatamente consegnatogli. Diversamente, invece, nella seconda ipotesi è stata ritenuta configurabile una situazione possessoria in capo all'acquirente dal momento che egli è convinto di aver acquistato il bene dal legittimo proprietario.

Alcuni autori hanno avuto modo di specificare come in tali ipotesi si configuri un acquisto a *non domino*, prescindendo dalla rilevanza dell'elemento soggettivo del possesso e, dunque, l'acquirente diverrà proprietario della *res* attraverso l'applicazione del principio del possesso vale titolo, qualora si tratti di beni mobili, ovvero mediante il perfezionamento dell'usucapione abbreviata, nelle altre ipotesi<sup>266</sup>.

La vendita di cosa altrui, tuttavia, non è ritenuta una ipotesi idonea a configurare una fattispecie di c.d. vendita del possesso, in quanto si tratterà, pur sempre, di un contratto ad effetti reali, sia pur differiti, e, dunque, vi sarebbe la presenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto.

La vendita del possesso, inoltre, è stata esclusa anche nelle ipotesi in cui non si verifichi il successivo effetto traslativo, in quanto il venditore abbia fallito nel procurare all'acquirente l'acquisto del bene, in questi casi, invece, si ritiene configurabile un mero inadempimento contrattuale<sup>267</sup>.

Ulteriore fattispecie contrattuale esaminata dalla dottrina al fine di identificare degli atti negoziali idonei a produrre il trasferimento del possesso, ancorché seguiti dal successivo effetto traslativo, è rappresentata dalla c.d. vendita con riserva di proprietà.

La vendita con riserva della proprietà, tuttavia, è stata da taluno ritenuta qualificabile quale vendita obbligatoria in senso atecnico, ciò al fine di evidenziare il differimento nella produzione dell'effetto traslativo, il cui verificarsi dipenderà da una condotta dell'acquirente e non, invece, dall'adempimento di una obbligazione da parte del venditore<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> BIANCA, *op. cit.*

<sup>267</sup> PADULA, *op. cit.*, p. 831.

<sup>268</sup> ALBANESE, *La vendita con riserva della proprietà*, in *Trattato dei Contratti*, diretto da Roppo e Benedetti, Milano, 2014, p. 471.

L'istituto in esame, disciplinato agli articoli 1523 e seguenti del Codice civile, si caratterizza per far sorgere obblighi giuridici in capo tanto all'acquirente quanto al venditore. In particolare, la parte venditrice assumerà l'obbligo di consegnare il bene al momento della conclusione dell'accordo, l'acquirente, invece, provvederà al pagamento rateizzato del prezzo.

La peculiarità della vendita con riserva della proprietà risiede nella deroga al principio generale *res perit domino*<sup>269</sup>, in quanto l'acquirente assumerà, dal momento della consegna, il rischio del perimento del bene ancorché né diverrà proprietario solo con il pagamento dell'ultima rata di prezzo.

L'anticipato godimento del bene in favore dell'acquirente non viene univocamente ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza, contrapponendosi le posizioni di coloro i quali ritengono sussistente una mera detenzione<sup>270</sup> e coloro i quali, invece, ravvisano una posizione possessoria<sup>271</sup>.

La differente ricostruzione della situazione giuridica facente capo all'acquirente, anticipatamente immesso nel godimento del bene anteriormente alla produzione dell'effetto traslativo, è diretta conseguenza della qualificazione giuridica della vendita a rate con riserva della proprietà. Differenti sono state, a tal proposito, le ricostruzioni fornite, in particolare vi è chi ha qualificato l'istituto in esame quale vendita obbligatoria<sup>272</sup>, vendita sottoposta a condizione sospensiva<sup>273</sup> o risolutiva nonché ricostruito l'istituto facendo ricorso al concetto di doppia proprietà in capo sia al venditore che all'acquirente.

Alcuni autori hanno diversamente ricostruito la posizione dell'acquirente definendola quale aspettativa reale all'acquisto della proprietà del bene. Tale soggetto, infatti, dovrebbe esser trattato come se già fosse proprietario del bene, dal momento che il godimento che egli ha del bene è destinato a durare nel tempo e non è, invece, temporalmente limitato<sup>274</sup>.

---

<sup>269</sup> Previsto all'art.1465 c.c.

<sup>270</sup> Cass. Civ., Sez.II, 25 novembre 1991, n.12629, in *Giust. Civ.*, 1992; GRASSO, *op. cit.*, p. 703.

<sup>271</sup> BIANCA, *op. cit.*; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2010, Vol. XIII-Tomo II.; CATERINA e SACCO, *op. cit.*

<sup>272</sup> CILLO, D'AMATO, TAVANI, *Dei singoli contratti*, in *Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2014.

<sup>273</sup> BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.

<sup>274</sup> CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 981.

Il compratore viene ritenuto titolare di una situazione soggettiva di aspettativa circa l'acquisto del diritto, tale circostanza lo legittimerà ad assumere iniziative sul bene purché non contrastino con i vincoli derivanti dalla riserva di proprietà in favore del venditore<sup>275</sup>. La posizione di aspettativa reale in capo all'acquirente farebbe sì che la situazione giuridica che fra lo stesso ed il bene verrebbe ad instaurarsi, a seguito della consegna e in un momento anteriore alla produzione dell'effetto traslativo, sia qualificabile in termini di situazione possessoria. Il trasferimento del possesso, tuttavia, deve esser inquadrato all'interno del complessivo schema negoziale e, dunque, non si tratterebbe di un'autonoma cessione del possesso quanto, piuttosto, sarebbe corredato dall'emersione di una aspettativa reale al successivo trasferimento della proprietà del bene che verrebbe a generarsi in capo all'acquirente.

Nella vendita con riserva della proprietà, l'acquirente, cui sia stato anticipatamente consegnato il bene rispetto alla produzione dell'effetto traslativo, godrà della *res* in virtù dello stesso titolo idoneo a generare l'effetto reale, in quanto il trasferimento della proprietà dipenderà da un comportamento unilaterale del compratore, coincidente con il pagamento dell'ultima rata di prezzo.

Il possesso, non potendo costituire l'oggetto di un contratto di compravendita in quanto esso risulta circoscritto al trasferimento di diritti e non, invece, di situazioni di fatti quali, per l'appunto il possesso, potrebbe esser trasferito con la consegna del bene posta in essere in esecuzione di un contratto, il quale rinvii ad un successivo atto negoziale per il trasferimento della proprietà su tale bene. In tali circostanze il trasferimento della situazione possessoria è finalizzato alla produzione dell'effetto reale e non, invece, indipendente da quest'ultimo.

Situazione in cui quanto appena riportato si potrebbe verificare è rappresentata dall'avvenuta stipulazione di un contratto preliminare ad effetti anticipati.

L'ultima questione da analizzare, dunque, attiene alla possibilità di qualificare il contratto preliminare ad effetti anticipati quale ipotesi riconducibile alla vendita del possesso.

La contrattazione preliminare ad effetti anticipati, è opportuno fin da subito evidenziarlo, non è direttamente riconducibile alle ipotesi di vendita del possesso, nelle quali il trasferimento di tale situazione di fatto costituirebbe la causa unica dell'atto negoziale. Il trasferimento del possesso, nell'ipotesi qui in esame, invece, andrebbe esaminato

---

<sup>275</sup> GAZZONI, *op. cit.*

tenendo conto del disegno complessivo che tale meccanismo è diretto a realizzare, ossia il successivo trasferimento del diritto ad opera del contratto definitivo posto in essere in esecuzione del preliminare. Il trasferimento del possesso, nell'ipotesi di contratto preliminare ad effetti anticipati, non costituirebbe la causa unica dell'accordo.

L'eventuale previsione di clausole ulteriori, all'interno del contratto preliminare, con cui le parti anticipino talune delle prestazioni che altrimenti sarebbero state eseguite in seguito alla conclusione del definitivo<sup>276</sup>, non potrà condurre a ritenere sussistente un solo contratto (il preliminare), ma, piuttosto, dovrà ravvisarsi la presenza di un ulteriore negozio, rappresentato dal contratto definitivo, cui è affidata la produzione dell'effetto traslativo.

Il contratto preliminare ad effetti anticipati, secondo la ricostruzione appena offerta, sarebbe qualificabile quale contratto ad effetti meramente obbligatori e, dunque, non idoneo a far emergere una posizione possessoria in capo al promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene. Tale conclusione deriva direttamente dall'impossibilità di concepire il trasferimento del possesso in modo scisso rispetto al trasferimento del diritto di cui costituisce l'esercizio.

Conseguenza ultima dell'accoglimento di tale ipotesi ricostruttiva è rappresentata dalla qualifica di mero detentore del promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene.

L'esclusione di una posizione possessoria in capo al promissario acquirente, derivante dalla consegna del bene in esecuzione del contratto preliminare, renderà impossibile il perfezionamento dell'usucapione in favore di tale soggetto qualora non si giunga alla successiva conclusione del contratto definitivo, salvo che, ovviamente, sia intervenuta un'ipotesi di interversione del possesso<sup>277</sup>.

L'inutile decorso del termine previsto per la stipula del definitivo, qualora venga fatto valere dal promittente venditore, obbligherà il promissario acquirente alla restituzione del bene nonché di tutti i frutti maturati a decorrere dalla data in cui è stato immesso nel godimento del bene. Il promissario acquirente, inoltre, non potrà esigere il rimborso delle

---

<sup>276</sup> Quali, ad esempio, l'anticipato pagamento totale o parziale del prezzo ovvero l'anticipata consegna del bene.

<sup>277</sup> Prevista all'art. 1141, secondo comma c.c.

spese sostenute per far fronte alle riparazioni straordinarie nonché non potrà richiedere l'indennità per i miglioramenti recati alla cosa<sup>278</sup>.

L'unico strumento di tutela di cui potrà valersi il promissario acquirente è rappresentato dall'azione di reintegrazione, esperibile entro il termine di un anno dallo spoglio avvenuto in modo violento od occulto, ovvero, nel caso di spoglio clandestino, tale termine decorrerà dal giorno della scoperta<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> Art.1150 c.c.

<sup>279</sup> Art.1168 c.c.

## Capitolo quinto: la tutela del promissario acquirente.

### 1.Premessa.

Del tutto peculiare è la posizione del promissario acquirente cui sia stato anticipatamente consegnato il bene in esecuzione del contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati, dal momento che essa non coincide esattamente con quella propria dell'acquirente *tout court*<sup>280</sup> e, d'altro canto, è diretta ad evolversi in una posizione analoga a quella propria dell'acquirente *tout court*<sup>281</sup>.

La consegna del bene, avvenuta in esecuzione del contratto preliminare ad effetti anticipati, consentirà al promissario acquirente di svolgere un'attività di controllo circa la conformità della *res* rispetto a quanto pattuito. In tutte le ipotesi in cui il promissario acquirente ravvisi la sussistenza di vizi o difetti sul bene, ovvero la presenza di pesi o vincoli che limitino il libero godimento dello stesso e che siano sorti successivamente alla conclusione del preliminare ovvero già precedentemente esistenti ma non comunicati dal promittente venditore, allora egli potrà agire giudizialmente per ottenere la risoluzione del contratto preliminare per grave inadempimento nonché il risarcimento dei danni patiti<sup>282</sup>.

La giurisprudenza si è concertata sull'elaborazione dei rimedi esperibili dal promissario acquirente in singoli e specifici casi, omettendo un tentativo di unitaria ricostruzione del fenomeno. In particolare, si è riconosciuta la possibilità, per il promissario acquirente, di esperire contestualmente l'azione ex art.2932 c.c. e l'azione di riduzione del prezzo per vizi e difformità del bene<sup>283</sup>.

Più problematica è la individuazione dei rimedi esperibili dal promissario acquirente qualora il bene, anticipatamente consegnato e oggetto del successivo contratto definitivo

---

<sup>280</sup> In quanto il promissario acquirente non è ancora proprietario del bene, ma ha esclusivamente la disponibilità materiale dello stesso, diversamente dall'acquirente di un contratto di compravendita che, in virtù dell'art.1376, diverrà titolare del diritto di proprietà per effetto del solo consenso delle parti legittimamente manifestato.

<sup>281</sup> TOSCHI VESPASIANI, *op. cit.*, p. 189.

<sup>282</sup> Cass. Civ., Sez.II, 12 marzo 2002, n.3565, in *Contr.*, 2002, dove si afferma: “*la possibilità concessa al compratore dall'art. 1482 c.c., applicabile analogicamente anche al contratto preliminare, di ottenere la liberazione dai pesi gravanti sulla cosa è una forma ulteriore di tutela concessa al compratore che non gli preclude di agire per la risoluzione del contratto se ricorrono gli estremi del grave inadempimento*”.

<sup>283</sup> PROTO, *op. cit.*



di compravendita, risulti esser viziato o, in ogni caso, difforme da quanto pattuito, in quanto è esclusa l'applicabilità degli articoli 1490 e seguenti del Codice civile.

## **2.La tutela del promissario acquirente: l'evoluzione giurisprudenziale.**

Il contratto preliminare ad effetti anticipati ha costituito, per lungo periodo, una fattispecie che ha posto il promittente venditore in una posizione di notevole vantaggio rispetto alla controparte negoziale, ciò in quanto la tradizionale ricostruzione di tale fenomeno riteneva come da esso derivasse l'esclusivo obbligo di prestare il consenso per la conclusione del contratto definitivo e non né discendesse, invece, il diritto alla prestazione che ne costituisse l'oggetto<sup>284</sup>.

La ricostruzione in questione, come sopra riportato, ha notevolmente inciso sui rimedi esperibili dal promissario acquirente qualora il bene fosse viziato o difforme rispetto a quanto pattuito. L'applicazione della disciplina prevista agli articoli 1490 e seguenti del Codice civile presuppone, infatti, l'avvenuta conclusione del contratto definitivo e, dunque, di essi non potrà valersi il promissario acquirente fintantoché non si sia prodotto l'effetto traslativo, il quale, è bene ricordarlo, si avrà solo con la stipula del contratto definitivo.

La giurisprudenza, in alcune ipotesi, è giunta a negare all'acquirente la possibilità di esperire la garanzia per i vizi nonostante fosse stato concluso il contratto definitivo, tale conclusione venne motivata ritenendo impossibile qualificare i vizi quali occulti, in quanto l'anticipato godimento del bene avrebbe fatto sì che egli né sarebbe potuto esser già a conoscenza.

In origine, inoltre, veniva accolto il c.d. "principio dell'intangibilità del contratto preliminare", in forza del quale veniva negata al giudice la possibilità, nell'emanare la sentenza costitutiva ex art.2932 c.c., di sostituire alla volontà manifestata dalle parti nel preliminare la propria volontà. L'esito dell'accoglimento di tale principio, dunque, inibiva l'emanazione di una pronuncia accessoria, rispetto alla sentenza ex art.2932 c.c., finalizzata a modificare il contenuto della pattuizione preliminare.

La giurisprudenza, accogliendo il principio in esame, emanò decisioni nelle quali venne negata la possibilità di esperire l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto nei casi in cui non fosse stato individuato l'oggetto ovvero nelle ipotesi di mancata perfetta identità, fra il preliminare ed il definitivo, delle parti o dell'oggetto del contratto; tutto ciò fu direttamente determinato dal "dogma" in forza del

---

<sup>284</sup> Cass. Civ., Sez.III, 16 ottobre 2001, n.12608, in *Giust. Civ.*, 2001.

quale la sentenza ex art.2932 c.c. doveva esser perfettamente coincidente con il contenuto del contratto preliminare<sup>285</sup>.

In un contesto quale quello appena riportato, l'istituto del contratto preliminare ad effetti anticipati dava vita ad una posizione di vantaggio in favore del promittente venditore, dal momento che il promissario acquirente, qualora il bene oggetto del contratto fosse stato viziato ovvero fosse difforme rispetto a quanto pattuito, avrebbe potuto alternativamente agire per la risoluzione del contratto ed il contestuale risarcimento del danno, ovvero procedere alla conclusione del contratto definitivo, in questo ultimo caso egli non avrebbe perso la materiale disponibilità del bene<sup>286</sup>.

L'indirizzo in questione è entrato in crisi nel momento in cui si è avvertita l'esigenza di offrire al promissario acquirente idonei strumenti di tutela nelle ipotesi in cui il bene fosse viziato ovvero difforme rispetto a quanto pattuito. Tale necessità è stata notevolmente acuita dalla sempre maggiore diffusione del contratto preliminare, in particolare nella sua forma "complessa" costituita dalla anticipazione di taluni effetti altrimenti relegati alla conclusione del definitivo.

Una prima rottura del dogma dell'intangibilità del preliminare si ebbe con una serie di pronunce con cui venne riconosciuto al giudice il potere di apportare modifiche al rapporto contrattuale, purché la difformità dell'oggetto non incidesse sulla sua identità. In particolare, è stato ammesso l'intervento modificativo del giudice qualora vi fossero state delle modifiche oggettive tali da far presumere che l'interesse delle parti non sarebbe stato realizzato qualora la sentenza ex art.2932 c.c. si fosse limitata ad una letterale riproduzione delle clausole contenute nel contratto preliminare<sup>287</sup>.

La giurisprudenza, successivamente, iniziò a distinguere i mezzi di tutela esperibili a seconda della presenza o meno, all'interno del contratto preliminare, di clausole con cui le parti anticipassero l'esecuzione di talune prestazioni; ciò in quanto si accolse un principio tale da ritenere come all'anticipata esecuzione dovesse corrispondere un'anticipata tutela in favore del promissario acquirente.

La necessità di fornire adeguati strumenti di tutela in favore del promissario acquirente è stata ritenuta maggiore nelle situazioni in cui egli sia stato anticipatamente immesso nel godimento del bene, ancorché per la produzione dell'effetto traslativo del diritto di

---

<sup>285</sup> Cass. Civ., 9 dicembre 1982, n.6730, in *Mass. Giur. It.*, 1982.

<sup>286</sup> DE MATTEIS, *op. cit.*

<sup>287</sup> Cass. Civ., 26 novembre 1971, n.3445, in *Mass. Giur. It.*, 1971.

proprietà sarà necessaria la collaborazione della controparte e, dunque, il perfezionamento del contratto definitivo.

La consapevolezza di dover tutelare maggiormente ed in modo più efficace il promissario acquirente, ha portato ad ammettere l'esperibilità dell'azione finalizzata a chiedere la risoluzione del contratto nonché, in via alternativa, la possibilità di ottenere la condanna del promittente venditore alla eliminazione dei vizi del bene a proprie spese. Conclusione, quest'ultima, alla quale si è giunti partendo dal presupposto in forza del quale l'anticipata consegna del bene sia una obbligazione derivante dal contratto preliminare e, di conseguenza, svincolata dalla disciplina dettata in materia di vendita<sup>288</sup>. La giurisprudenza, in particolare, ha avuto modo di precisare come l'obbligo di anticipata consegna del bene, assunto dal promittente venditore con la stipula del preliminare, debba esser esattamente adempiuto e, dunque, il promittente venditore debba procedere a consegnare un bene esente da irregolarità, siano esse materiali ovvero giuridiche. Il promissario acquirente, di conseguenza, non potendo avvalersi della disciplina relativa alla garanzia per vizi della cosa venduta<sup>289</sup>, ben potrà, tuttavia, pretendere che l'obbligazione di consegna anticipata del bene venga esattamente adempiuta.

Qualora, dunque, l'obbligo di consegna del bene non venga regolarmente adempiuto, il promissario acquirente potrà agire, oltre che chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, per ottenere l'eliminazione delle irregolarità del bene anticipatamente consegnatogli<sup>290</sup>.

La ricostruzione così prospettata ha portato a distinguere due differenti tipologie di contrattazione preliminare: il contratto preliminare "puro" ed il contratto preliminare ad effetti anticipati.

Il contratto preliminare "puro", in particolare, è stato ritenuto la fonte di una mera obbligazione di prestare il consenso necessario alla conclusione del contratto definitivo, al cui perfezionamento è subordinata la produzione dell'effetto traslativo<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> In particolare, agli artt.1492 e seguenti c.c.

<sup>289</sup> In quanto il contratto definitivo non è stato ancora stipulato, sicché l'effetto traslativo non si è prodotto.

<sup>290</sup> Cass. Civ., Sez.II, 9 aprile 1980, n.2268, in *CED Cassazione*, 1980. In tale pronuncia, in realtà, l'obbligo di consegnare il bene esente da vizi è stato collegato non già alla obbligazione con cui il promittente venditore si era impegnato a consegnare anticipatamente tale bene, ma, piuttosto, all'obbligazione di realizzare determinati lavori sul bene, dallo stesso assunta in veste di costruttore.

<sup>291</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 1640.

Dal contratto preliminare ad effetti anticipati, invece, sorgeva, oltre all'obbligo di prestare il consenso necessario ai fini del perfezionamento del contratto definitivo, anche uno specifico obbligo di *facere*<sup>292</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale mutò poco dopo<sup>293</sup>, si provvide, infatti, a negare la distinzione fra preliminare "puro" e preliminare ad effetti anticipati, riconoscendo come, in entrambe le situazioni, si sarebbe potuta esperire tanto l'azione di esatto adempimento, con la conseguente condanna alla rimozione dei vizi, quanto, in via alternativa, l'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo pattuito nel preliminare, tali possibilità vennero riconosciute all'interno dei giudizi ex art.2932 c.c.

L'indirizzo in questione, dunque, riconosceva la possibilità al giudice, nell'emanare la sentenza costitutiva ex art.2932 c.c., di ristabilire l'equilibrio sinallagmatico fra le prestazioni qualora esso fosse stato viziato da sopravvenienze, successive rispetto alla conclusione del preliminare, quali, ad esempio, l'emersione di vizi nel bene.

In questo modo venne superato il precedente "dogma" dell'intangibilità del preliminare, anche evidenziando come l'art.2932 c.c. non preveda alcun obbligo di esatta coincidenze fra il preliminare e la sentenza costitutiva e che una siffatta regola non potesse derivare dalla previsione contenuta al secondo comma di tale disposizione, il quale, infatti, si limita a richiedere l'offerta della prestazione.

La soluzione appena riportata, tuttavia, non venne unanimemente accolta dalla giurisprudenza. In alcune sentenze, infatti, la Corte di cassazione ribadì il precedente principio dell'immodificabilità del preliminare. Più specificamente, venne affermato come la sentenza resa ex art.2932 c.c. dovesse realizzare una situazione identica rispetto a quella prevista nel contratto preliminare e, consequenzialmente, venne ritenuta inammissibile la domanda volta all'emanazione di una sentenza con cui si trasferisse solo una parte dell'oggetto stabilito nel preliminare<sup>294</sup>.

Le Sezioni Unite, al fine di comporre il contrasto giurisprudenziale emerso, intervennero affermando come la tutela in favore del promissario acquirente dovesse esser estesa prescindendo dall'eventuale anticipazione di talune prestazioni<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Solo successivamente venne riconosciuta la presenza dell'obbligazione, in capo al promittente venditore, di trasferire il bene in conformità rispetto a quanto pattuito, prescindendo dalla consegna anticipata del bene nonché da un ulteriore obbligo di *facere*.

<sup>293</sup> Cass. Civ., 16 dicembre 1981, n.6671, in *Foro Pad.*, 1982.

<sup>294</sup> Cass. Civ., 9 dicembre 1982, n.6730, in *Mass. Giur. It.*, 1982.

<sup>295</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 27 febbraio, 1985, n.1720, in *Foro It.*, 1985.

La Corte, in tale decisione, provvide a riconoscere la presenza di esigenze di tutela del promissario acquirente qualora fosse stata contestata la presenza di vizi sul bene all'interno del giudizio promosso ex art.2932 c.c., e ciò anche nell'ipotesi in cui le parti avessero stipulato un contratto preliminare c.d. "puro".

In particolare, la Cassazione, in tale decisione, provvede a ricostruire i differenti indirizzi giurisprudenziali succedutesi nel tempo in merito alla individuazione dei mezzi di tutela esperibili dal promissario acquirente qualora il bene oggetto del contratto presentasse dei vizi.

Il primo orientamento, seguito dalla giurisprudenza fino al 1976, inibiva la possibilità di applicare la disciplina sulla garanzia per vizi e difformità del bene in quanto non si era ancora prodotto l'effetto traslativo e, dunque, riconosceva la possibilità di agire, esclusivamente, per la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento nonché per ottenere il risarcimento del danno patito. Tale ricostruzione veniva motivata anche mediante la ricostruzione offerta alla sentenza ex art.2932 c.c., la quale, infatti, doveva necessariamente prevedere le medesime condizioni contenute nel contratto preliminare rimasto inadempito.

Il successivo indirizzo giurisprudenziale<sup>296</sup> ha riconosciuto al promissario acquirente, in presenza di vizi del bene, la possibilità di esperire, alternativamente, l'azione volta ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento ovvero la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi a proprie spese.

L'indirizzo da ultimo riportato è stato successivamente perfezionato<sup>297</sup>, riconoscendo al promissario acquirente la possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento con la conseguente condanna del promittente venditore all'eliminazione, a proprie spese, dei vizi del bene, ovvero di chiedere la riduzione del prezzo al fine di ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni sinallagmatiche. Le azioni appena descritte, inoltre, vennero ritenute esperibili contestualmente all'azione ex art.2932 c.c.

Al fine di comporre il contrasto giurisprudenziale appena riportato, si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno aderito all'indirizzo da ultimo esaminato al fine di riconoscere una più ampia tutela al promissario acquirente.

---

<sup>296</sup> Inaugurato con la sentenza Cass. Civ., 26 novembre 1976, n.4478.

<sup>297</sup> Cass. Civ., 23 aprile 1980, n.2679, in *Giur. It.*, 1981.

Le Sezioni Unite, in particolare, ritengono come non sia di rilievo, al fine di determinare la tutela esperibile dal promissario acquirente, la distinzione fra contratto preliminare “puro” e contratto preliminare “complesso”.

La Corte, nella sentenza in esame, provvede ad affermare come la sentenza ex art.2932 c.c. non possa produrre l’effetto traslativo su un bene differente rispetto a quello sul quale le parti hanno raggiunto l’accordo consacrato nel contratto preliminare. Ma, a tal proposito, è necessario indagare quando effettivamente un bene possa dirsi diverso rispetto a quello preso in considerazione nella pattuizione preliminare. Non ogni difformità, infatti, è tale da rendere il bene diverso rispetto a quello individuato dalle parti, piuttosto, affinché una siffatta difformità sussista, sarà necessario che essa incida sulla funzione ovvero sulla struttura del bene.

Qualora, invece, i vizi sul bene non incidano sulla utilizzabilità dello stesso in conformità alla pattuizione contrattuale, ma, piuttosto, si limitino a modificarne il valore, allora l’eventuale preclusione, per il promissario acquirente, all’esperimento dell’azione ex art.2932 c.c. si tradurrebbe in un ingiusto vantaggio per il promittente venditore, il quale, infatti, si sottrarrebbe all’adempimento degli obblighi pattuiti.

L’accoglimento del c.d. dogma dell’intangibilità del preliminare, inoltre, condurrebbe – come ha avuto modo di evidenziare la Cassazione – alla paradossale preclusione, per effetto della ingiustificata opposizione del promittente venditore, della produzione dell’effetto traslativo, attuato *ope iudicis*, anche qualora il promissario acquirente sia disposto ad accettare i vizi o le difformità del bene senza che reputi necessario procedere ad alcun adeguamento del corrispettivo. Così facendo, si genererebbe un indebito vantaggio in favore del promittente venditore, il quale, oltre all’inadempimento dell’obbligo di consegna di un bene esente da vizi, potrebbe rifiutarsi di trasferire il bene in questione nonostante la controparte sia disposta ad eseguire integralmente la controprestazione pattuita.

La presenza nel bene di difformità rispetto a quanto concordato fra le parti non inibisce, dunque, l’applicazione dell’art.2932 c.c., salvo che i vizi in questione siano tali da rendere il bene radicalmente diverso rispetto a quanto pattuito<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> Una siffatta valutazione sarà rimessa all’apprrezzamento del giudice.

L'articolo 2932 c.c., inoltre, individua nell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo un rimedio esperibile, il quale, tuttavia, non esaurisce la tutela contro l'inadempimento.

Alla parte attrice, per l'appunto, è stata sempre riconosciuta la possibilità di domandare, all'interno del giudizio ex art.2932 c.c., il risarcimento del danno<sup>299</sup> subito in conseguenza della mancata conclusione del definitivo.

Più dibattuta è, invece, la possibilità di domandare la riduzione del prezzo in sede di esecuzione specifica. La tesi negativa trae fondamento dalla circostanza in forza della quale l'esperimento dell'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo determini una modifica delle condizioni contrattuali rispetto a quanto convenuto dalle parti e che, inoltre, siffatta azione non potrebbe trovar applicazione con riferimento al contratto preliminare, presupponendo, invece, la vendita definitiva.

Come le Sezioni Unite hanno avuto modo di evidenziare, le argomentazioni addotte da coloro i quali ritengono impossibile esperire l'azione di riduzione del prezzo all'interno del giudizio introdotto ex art.2932 c.c., sono facilmente confutabili.

In primo luogo, infatti, l'esigenza di identità fra la regolamentazione contrattuale contenuta nel preliminare e la sentenza costitutiva ex art.2932 c.c. non può esser intesa in termini assoluti, ma, piuttosto, si deve ammettere la possibilità che vengano apportate delle modifiche all'accordo preliminare ancorché esse non siano tali da modificare l'oggetto del contratto, il quale, dunque, finirebbe per avere ad oggetto un bene diverso rispetto a quello originariamente previsto dalle parti.

In secondo luogo, l'eventuale impossibilità nella riduzione del prezzo previsto quale corrispettivo, qualora il bene oggetto del contratto risulti esser viziato, farebbe sì che il contratto definitivo non sia rispondente allo schema previsto e voluto dalle parti, in quanto obbligherebbe il promissario acquirente ad eseguire in modo immutato l'obbligazione su di sé gravante a fronte, tuttavia, di un adempimento difforme da parte del promittente venditore, il quale ha consegnato un bene non esente da vizi o difformità.

Da ultimo, è opportuno evidenziare come l'eventuale limitazione dei rimedi esperibili alla risoluzione del contratto e all'alternativa accettazione senza riserve, potrebbe portare ad un diniego di tutela nei confronti del promissario acquirente in tutti quei casi in cui

---

<sup>299</sup> In applicazione della regola generale prevista all'art.1218 c.c.



l'inadempimento della controparte venisse ritenuto di scarsa importanza e, di conseguenza, egli vedrebbe respinta l'azione di risoluzione<sup>300</sup>.

Le Sezioni Unite, dunque, provvedono ad affermare come il promissario acquirente, all'interno del giudizio di esecuzione specifica, possa contestualmente agire al fine di ottenere la riduzione del prezzo in modo tale da riequilibrare il valore delle prestazioni sinallagmatiche alla luce dei vizi e delle difformità riscontrate sul bene.

Come ha avuto modo di sottolineare la Cassazione, la questione attinente la compatibilità dell'azione ex art.2932 c.c. con i differenti mezzi di tutela esperibili dal promissario acquirente, emerge solo qualora l'obbligo di concludere il contratto definitivo sia divenuto attuale.

In una fase anteriore rispetto alla mancata conclusione del definitivo e qualora siano state anticipatamente eseguite talune prestazioni, infatti, il promissario acquirente potrà valersi degli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento per far fronte alle ipotesi di inadempimento<sup>301</sup>.

Qualora l'obbligo di concludere il contratto definitivo diventasse attuale, invece, il promissario acquirente, contestualmente all'azione ex art.2932 c.c., potrebbe esperire l'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo previsto quale corrispettivo per il bene viziato.

Il superamento della distinzione fra preliminare "puro" e "complesso", accolto dall'orientamento giurisprudenziale in esame, è circoscritto all'ipotesi in cui l'inadempimento del contratto preliminare avvenga in una fase in cui l'obbligo di concludere il contratto definitivo sia attuale. Solo in tale circostanza, infatti, il promissario acquirente potrà esperire, in via ulteriore rispetto all'azione ex art.2932 c.c., l'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo.

Diversamente, invece, l'eventuale inadempimento del contratto preliminare, avvenuto in una fase in cui l'obbligo di concludere il definitivo non fosse ancora attuale, potrebbe consistere in un mero inadempimento di un obbligo derivante dal preliminare stesso e,

---

<sup>300</sup> L'art.1455 c.c., infatti, prescrive come il contratto non si possa risolvere qualora l'inadempimento di una delle parti abbia scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

<sup>301</sup> In particolare, la possibilità di agire al fine di ottenere il risarcimento del danno patito, la possibilità di agire per la risoluzione del contratto qualora l'inadempimento non sia di scarsa importanza avuto riguardo all'interesse della parte non inadempiente, nonché l'eventuale esperimento dell'azione di esatto adempimento.

dunque, la parte non inadempiente potrà avvalersi degli ordinari rimedi previsti in caso di inadempimento.

La distinzione, così delineata, fra contratto preliminare “puro” e “complesso” è stata recepita dalla giurisprudenza successiva. In particolare, si è riconosciuto come il promissario acquirente, al quale, anticipatamente rispetto alla stipula del definitivo, sia stato consegnato un bene difforme rispetto a quanto pattuito, potrà agire – in modo analogo ad un qualsiasi creditore – al fine di ottenere l’esatto adempimento della prestazione, ovvero agire per la risoluzione del contratto, senza potersi avvalere della disciplina prevista dalla garanzia per vizi della cosa venduta, la quale richiederà, necessariamente, l’intervenuto perfezionamento del contratto definitivo<sup>302</sup>.

Le Sezioni Unite, dunque, collegano la tutela in favore del promissario acquirente all’inadempimento dell’obbligazione di consegna del bene in modo conforme a quanto pattuito, obbligazione gravante sul promittente venditore, e ciò indipendentemente dall’eventuale anticipata consegna della *res*.

Tale ricostruzione, inoltre, ha il merito di ampliare il contenuto del contratto preliminare, dal quale deriverebbe sia l’obbligo di prestare il consenso necessario ai fini della conclusione del contratto definito che l’obbligo di trasferimento del bene conforme a quanto pattuito.

La considerazione del contratto preliminare quale fonte negoziale idonea ad impegnare le parti alla realizzazione della vicenda traslativa, oltre che all’obbligo di concludere il successivo contratto definitivo, ha consentito di riconoscere analoghi mezzi di tutela in favore del promissario acquirente indipendentemente dall’esecuzione anticipata di talune prestazioni.

L’ampliamento dei mezzi di tutela esperibili nell’ipotesi di inadempimento del contratto preliminare c.d. “puro” ha rivestito un ruolo cruciale al fine di qualificare propriamente tale fattispecie negoziale.

La tutela più ampia era, inizialmente, circoscritta alle ipotesi in cui le parti avessero stipulato un contratto preliminare ad effetti anticipati. Tale previsione veniva motivata attraverso l’avvertita esigenza di tutela delle previsioni intermedie e aventi funzione di garanzia rispetto alla produzione dell’assetto di interessi finale. L’obbligo di concludere

---

<sup>302</sup> Cass. Civ., Sez.II, 6 novembre 1987, n.8820, in *Mass. Giur. It.*, 1987; Cass. Civ., Sez.II, 16 febbraio 2015, n.3029, in *Notariato*, 2015.

il contratto definitivo, invece, veniva tutelato mediante l'esclusivo ricorso al meccanismo previsto all'art. 2932 c.c.

Il fenomeno che ha portato ad estendere la tutela anche nei casi in cui vi sia stata la conclusione di un contratto preliminare c.d. "puro" ha avuto, quale immediata conseguenza, quella di riconoscere come anche tale fattispecie negoziale fosse idonea a far sorgere una situazione giuridica che si qualificasse quale preparatoria rispetto agli effetti finali<sup>303</sup>.

Il fine perseguito dalle parti con la conclusione di un contratto preliminare "puro", dunque, non è circoscritto alla conclusione del contratto definitivo, ma, piuttosto, consiste nell'acquisto del bene che si verificherà in seguito al perfezionamento del successivo negozio<sup>304</sup>.

Le Sezioni Unite<sup>305</sup>, conformemente a quanto appena riportato, hanno provveduto a descrivere la prestazione del promittente alienante come una obbligazione che non si limiti alla manifestazione del consenso necessario per la conclusione del contratto definitivo, ma, piuttosto, richieda che venga trasferito il bene oggetto della pattuizione contrattuale e che tale bene abbia le caratteristiche concordate nel contratto preliminare. L'estensione dei mezzi di tutela esperibili dal promissario acquirente è stata conseguita mediante l'applicazione, al contratto preliminare, degli strumenti dettati per i contratti sinallagmatici e, di conseguenza, si è potuto affermare come la consegna di un bene viziato o difforme rispetto a quanto pattuito costituisca una violazione dell'impegno traslativo assunto dal promittente venditore.

Il risultato di un ampliamento dei mezzi di tutela in favore del promissario acquirente, invece, non è stato conseguito facendo ricorso all'applicazione analogica dei mezzi di tutela dettati dal legislatore in materia di vendita, ciò in quanto l'applicazione di quest'ultimi presuppone, necessariamente, l'avvenuta produzione dell'effetto traslativo. Le prestazioni, anticipatamente eseguite rispetto alla conclusione del contratto definitivo, non sono state ritenute qualificabili quali anticipate esecuzioni del definitivo ma, piuttosto, quali obbligazioni derivanti dal preliminare stesso, con la conseguenza che, qualora il bene consegnato sia viziato, i mezzi di tutela cui si potrà far ricorso saranno

---

<sup>303</sup> GAZZONI, *op. cit.*

<sup>304</sup> AMBROSOLI, *Tutela del promissario acquirente e vizi del bene*, in *I contratti*, 2002, p. 563.

<sup>305</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 27 febbraio, 1985, n.1720, in *Foro It.*, 1985

quelli previsti dalle norme dettate in materia di inadempimento e non, invece, quelli previsti dalle disposizioni specifiche per la compravendita<sup>306</sup>.

In particolare, come hanno sottolineato le Sezioni Unite, è stata affermata l'esistenza di un principio generale volto a ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni quando esso sia stato turbato tanto da circostanze sopravvenute, quanto da condotte imputabili al promittente venditore. Conseguenza immediata e diretta di tale assunto consiste nel fatto che l'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo non deve esser intesa quale garanzia specifica, ma, piuttosto, discende dalla violazione dell'impegno traslativo assunto dal promittente venditore – consistente nell'aver consegnato un bene viziato o difforme rispetto a quanto convenuto – e, in tal modo, viene legittimato il promissario acquirente all'esperimento dei rimedi generali previsti per il caso di inadempimento<sup>307</sup>.

Le Sezioni Unite, con la sentenza sopra esaminata, hanno evidenziato come l'art.2932 c.c. non imponga alla sentenza costitutiva di replicare fedelmente il contenuto del contratto preliminare e, inoltre, l'asserito dogma della c.d. intangibilità del preliminare non potrebbe derivare dal secondo comma della disposizione in questione, il quale, infatti, si limita a prevedere l'esigenza che la prestazione sia stata offerta.

Con la decisione del 1980, la Cassazione ha superato la distinzione tra preliminare "puro" e "complesso" e, inoltre, ha definitivamente superato il dogma, precedentemente diffuso, in forza del quale vi sarebbe dovuta essere perfetta coincidenza fra la sentenza costitutiva resa all'esito del giudizio ex art.2932 c.c. ed il contratto preliminare. In tale decisione, infatti, è stata riconosciuta al giudice la possibilità di prendere in considerazione, nell'emanazione della sentenza costitutiva, tutte le sopravvenienze idonee ad incidere sulla situazione giuridica delineata nel preliminare e, in questo modo, la sentenza resa all'esito del giudizio ex art.2932 c.c. sarà conforme all'effettivo valore delle prestazioni che dovranno esser eseguite dalle parti.

L'esito fondamentale cui l'innovativa ricostruzione fornita dalla Cassazione consente di pervenire consiste nel riconoscimento, in favore del promissario acquirente, della possibilità di agire per ottenere la riduzione del prezzo oltre ai rimedi già in precedenza contemplati, consistenti nella conclusione del definitivo in modo fedele al preliminare,

---

<sup>306</sup> Cass. Civ. Sez.II, 13 aprile 1999, n.3626, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

<sup>307</sup> BIANCA, *op. cit.*

nella risoluzione di quest'ultimo ovvero nella possibilità di veder condannato il promittente venditore alla eliminazione dei vizi a proprie spese.

Parte della dottrina ha ritenuto come la decisione in esame fosse rilevante anche per aver dato concreta attuazione al principio dell'economia dei giudizi, ciò in quanto è stata riconosciuta la possibilità di chiedere, contestualmente alla sentenza costitutiva, la riduzione del prezzo<sup>308</sup>.

L'estensione della tutela in favore del promissario acquirente, nell'eventualità che il bene oggetto del contratto presenti dei vizi ovvero sia difforme rispetto a quanto previsto nel preliminare, fa sì che il rapporto di corrispettività fra le prestazioni resti invariato rispetto allo schema contenuto nel preliminare, ciò in quanto, ad esempio, a fronte dell'eventuale minor valore del bene verrà, proporzionalmente, ridotto il prezzo che costituisce il corrispettivo per il trasferimento della proprietà del bene in questione<sup>309</sup>.

L'intervento del giudice, al fine di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico fra le prestazioni qualora vi siano state delle sopravvenienze che lo abbiano alterato, deve, pur sempre, rispettare l'assetto di interessi voluto dalle parti e, dunque, non potrà spingersi a tal punto da determinare il trasferimento di un bene diverso da quello su cui le parti avevano concordato.

L'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo in presenza di vizi o difformità del bene, in tanto è esperibile in quanto le divergenze fra le caratteristiche del bene pattuite e quelle effettive dello stesso, non siano tali da rendere la *res* oggettivamente diversa<sup>310</sup>.

Peculiare e meritevole di attenzione è, altresì, il percorso che ha condotto al riconoscimento dell'esperibilità dell'azione di esatto adempimento da parte del promissario acquirente, quale alternativa rispetto alla riduzione del prezzo.

L'originaria preclusione nel riconoscere, in favore del promissario acquirente, l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento era determinata dalla diretta applicazione, al contratto preliminare, della disciplina prevista in materia di garanzia per vizi nella compravendita<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> COGGI, *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre: rivista di diritto privato*, 1987, p. 693.

<sup>309</sup> Cass. Civ., 29 marzo 1982, n.1932, in *Foro It.*, 1983.

<sup>310</sup> Cass. Civ., 5 giugno 1979, n.3179, in *Giur. It.*, 1980.

<sup>311</sup> Artt.1492 ss. c.c.

L'orientamento tradizionale in materia di compravendita, infatti, non riconosce la possibilità di agire esperendo un'azione volta all'eliminazione dei vizi del bene<sup>312</sup>.

In particolare, il fatto che le obbligazioni in capo al venditore, scaturenti dalla conclusione di una compravendita, siano circoscritte a degli obblighi di dare, non contemplando, invece, degli obblighi di *facere*, ha fatto sì che in ciò venisse identificata la *ratio* della mancata previsione dell'azione di esatto adempimento, il cui esperimento farebbe sorgere un obbligo di fare consistente nell'agire al fine di eliminare le difformità del bene.

Alcuni autori hanno riconosciuto l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento purché non sia necessaria una attività esterna al fine di eliminare il vizio del bene e, dunque, quanto sarà chiamato ad eseguire il venditore dovrà esser ricompreso nell'oggetto originario del contratto<sup>313</sup>.

Il carattere speciale dell'azione di esatto adempimento nell'ambito del contratto di compravendita è stato, altresì, motivato facendo riferimento alla disciplina prevista tanto nella Convenzione di Vienna<sup>314</sup>, quanto nel c.d. Codice del consumo<sup>315</sup>. In entrambe le fonti riportate, infatti, è espressamente contemplata la possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento. Dalla presenza di tali disposizioni si è evinto come una siffatta previsione non sarebbe stata necessaria qualora tale azione avesse costituito un rimedio generale esperibile in materia di compravendita.

Quanto appena riportato ha condotto, in un primo momento, a diffidare nella possibilità, per il promissario acquirente, di esperire l'azione di esatto adempimento.

L'intervento della Cassazione, con la sentenza del 26 novembre 1976, n.4478, ha rappresentato il primo segnale di apertura, avendo, infatti, riconosciuto la possibilità per il promissario acquirente di agire giudizialmente per chiedere la condanna del promittente venditore alla eliminazione dei vizi del bene in via cumulativa rispetto all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto<sup>316</sup>.

Il limite della decisione in esame è costituito dalla ricostruzione dell'istituto del contratto preliminare, qualificato quale contratto idoneo a far sorgere esclusivamente l'obbligo di prestare il consenso necessario alla conclusione del definitivo. In un tale contesto, l'esperibilità dell'azione di esatto adempimento è stata circoscritta ai casi in cui le parti,

---

<sup>312</sup> Cass. Civ., Sez.II, 19 maggio 1995, n.5541, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

<sup>313</sup> LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2021.

<sup>314</sup> Convenzione che ha ad oggetto la vendita internazionale di beni mobili.

<sup>315</sup> D.Lgs. 206/2005, artt.128 ss.

<sup>316</sup> Ex art.2932 c.c.

nel concludere il contratto preliminare, avessero previsto delle obbligazioni ulteriori, quali, ad esempio, la consegna anticipata del bene.

Alcuni autori, accogliendo la ricostruzione prospettata dalla Cassazione nel 1976, hanno ritenuto esperibile l'azione di esatto adempimento solo nei casi in cui le parti avessero concluso un contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati purché, tuttavia, vi fosse la presenza di un obbligo di *facere*.

Nel caso di contratto preliminare c.d. "puro", invece, non vi sarebbe alcun obbligo di porre in essere quanto necessario al fine di trasferire il bene conformemente a quanto pattuito e, di conseguenza, risulterebbe preclusa la possibilità di agire esperendo l'azione di esatto adempimento<sup>317</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, ha evidenziato delle criticità nella decisione della Cassazione. In particolare, la distinzione fra contratto preliminare "puro" e "complesso" ed il contestuale ampliamento dei mezzi di tutela esperibili dal promissario acquirente solo qualora siano state previste delle obbligazioni ulteriori, sono state ritenute delle conclusioni inammissibili, non potendo prevedere tutele differenziate in favore del promissario acquirente in virtù, esclusivamente, della forma assunta dal contratto preliminare, in quanto, sia che si tratti di preliminare "puro" che "complesso", verrebbero in rilievo le medesime problematiche<sup>318</sup>.

Ulteriori mezzi di tutela finalizzati a garantire il trasferimento di un bene conforme a quanto pattuito<sup>319</sup> sono stati, successivamente, ritenuti compatibili con il rimedio previsto all'art.2932 c.c.<sup>320</sup>.

Il riconoscimento, in favore del promissario acquirente, della possibilità di esperire l'azione di esatto adempimento, è stato determinato dall'acquisita consapevolezza delle diversità intercorrenti fra la compravendita il contratto preliminare.

La presenza di un obbligazione di *facere*, consistente, ad esempio, nell'eliminazione delle difformità del bene, è incompatibile con il contratto di compravendita, il quale si limita a far sorgere un mero obbligo di dare.

Il contratto preliminare, invece, è un contratto ad effetti meramente obbligatori ed è connotato per prevedere un obbligo di *facere*, consistente nel prestare il consenso alla

---

<sup>317</sup> LENER, *op. cit.*, p. 669.

<sup>318</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 1640.

<sup>319</sup> Tale obbligo deriva dalla stipula di un contratto preliminare indipendentemente dalla sua forma "pura" ovvero "complessa".

<sup>320</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 27 febbraio, 1985, n.1720, in *Foro It.*, 1985.

conclusione del contratto definitivo, tale obbligo implica, in via ulteriore, l'assunzione di un impegno affinché il bene oggetto dell'accordo sia conforme a quanto pattuito dalle parti nell'accordo preliminare.

Sulla base delle osservazioni svolte è stata, dunque, riconosciuta la possibilità di esperire l'azione volta a condannare il promittente venditore all'eliminazione, a proprie spese, dei vizi presenti sul bene.



### **3.L'applicabilità dell'art.1495 c.c. al contratto preliminare.**

Un'ultima questione particolarmente rilevante e oggetto di ampi dibattiti è rappresentata dalla necessità, per il promissario acquirente qualora il bene sia viziato, di rispettare i termini e le condizioni previste all'art.1495 c.c.

La questione problematica in merito all'esigenza o meno di attenersi a tali termini prescrizionali e decadenziali riguarda esclusivamente l'ipotesi in cui sia stato concluso un contratto preliminare ad effetti anticipati. Nel caso in cui, invece, vi sia stata la conclusione di un preliminare "puro", infatti, non si pone alcun problema al riguardo, in quanto la consegna del bene avverrà solo quando l'obbligo di concludere il contratto definitivo sarà attuale.

Il contratto preliminare ad effetti anticipati, d'altro canto, caratterizzandosi per la previsione relativa all'immediata consegna del bene, potrebbe esser sussunto all'interno dell'ambito applicativo dell'art.1495 c.c., dal momento che tale norma ha il suo fondamento nell'esigenza di poter ricondurre i vizi sul bene all'una ovvero all'altra parte contraente.

La questione, tuttavia, è tutt'altro che pacifica e vede contrapposte differenti correnti di pensiero all'interno della dottrina.

Alcuni autori ritengono applicabile l'art.1495 c.c. al contratto preliminare ad effetti anticipati. Conclusione, quest'ultima, che deriva dalla ricostruzione dell'accordo preliminare in termini di un vera e propria compravendita, cui, tuttavia, non seguirebbe l'immediato effetto traslativo. In un siffatto contesto, l'interesse del promittente alienante alla certezza del rapporto contrattuale, fa sì che siano ritenuti applicabili i termini dettati dall'art.1495 c.c. in materia di vendita<sup>321</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, non ritiene applicabile la disciplina dettata all'art.1495 c.c. al contratto preliminare ad effetti anticipati, il quale verrebbe a rappresentare un mero atto provvisorio all'interno del più complesso procedimento finalizzato a culminare con la produzione dell'effetto traslativo. Qualora, tuttavia, il promissario acquirente presti il proprio consenso, necessario ai fini della conclusione del contratto definitivo, nonostante

---

<sup>321</sup> DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 839.

fosse a conoscenza dei vizi del bene, allora egli sarà privato della possibilità di agire successivamente per contestare l'inesatto adempimento dell'obbligo traslativo<sup>322</sup>.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, i termini di prescrizione<sup>323</sup> e decadenza<sup>324</sup> non decorreranno dalla data dell'anticipata consegna del bene, ciò in quanto è necessario che sia avvenuto il trasferimento del diritto affinché possa sorgere l'onere di tempestiva denuncia<sup>325</sup>.

In diverse pronunce l'applicazione dell'art.1495 c.c. al contratto preliminare ad effetti anticipati è stata esclusa ritenendo come l'anticipata consegna del bene costituisca una prestazione direttamente derivante dal preliminare e non, invece, un'anticipata esecuzione del contratto definitivo. L'anticipata consegna del bene, dunque, costituisce un obbligo regolato dalle disposizioni generali dettate in materia di inadempimento delle obbligazioni e, pertanto, non sarà possibile richiamare le norme previste in materia di compravendita<sup>326</sup>.

In conclusione, sembrerebbe opportuno accogliere la tesi che nega la possibilità di applicare l'art.1495 c.c. – disposizione con carattere eccezionale e dettata con riguardo alla compravendita – al contratto preliminare, valorizzando, in questo modo, il carattere provvisorio delle prestazioni accessorie che connotano il preliminare c.d. ad effetti anticipati.

Ad ogni modo, il promissario acquirente dovrà eccepire la presenza di vizi sul bene nel momento perfezionativo del contratto definitivo ovvero in sede di esperimento dell'azione ex art.2932 c.c., l'eventuale inerzia nel far ciò costituirà, infatti, un contegno tale da suggerire la tacita accettazione del bene viziato.

La preclusione nell'agire per contestare la presenza di vizi o difformità sul bene, dunque, non sarebbe derivante dall'applicazione dell'art.1495 c.c., quanto, piuttosto, dalla condotta inerte del promissario acquirente che varrà quale accettazione del parziale inadempimento dell'obbligo di consegnare un bene conforme a quanto concordato nel preliminare, gravante sul promittente venditore.

---

<sup>322</sup> BIANCA, *op. cit.*

<sup>323</sup> Il termine di prescrizione riguarda l'azione giudiziale ed ha una durata di un anno dalla consegna.

<sup>324</sup> Il termine decadenziale è relativo alla tempestiva denuncia dei vizi, la quale dovrà avvenire entro otto giorni dalla scoperta degli stessi, salvo che la parti o la legge prevedano diversamente.

<sup>325</sup> Cass. Civ., Sez.II, 16 febbraio 2015, n.3029, in *Notariato*, 2015.

<sup>326</sup> Cass. Civ., Sez.II, 13 aprile 1999, n.3626, in *Mass. Giur. It.*, 1999.

Il riconoscimento di una pluralità di rimedi esperibili da parte del promissario acquirente ha consentito di porre in evidenza come dal contratto preliminare derivino una serie di obblighi, non circoscrivibili esclusivamente all'obbligo di stipulare il definitivo, ma, piuttosto, contemplando anche ulteriori obbligazioni funzionali a consentire alle parti di realizzare l'effetto voluto conformemente a quanto pattuito. Si è, dunque, riconosciuto come il contratto preliminare sia fonte di una obbligazione complessa dalla quale originerebbe il dovere, per le parti, di porre in essere quanto necessario affinché possa esser raggiunto il risultato finale voluto<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup> Cass. Civ., Sez.II, 3 gennaio 2002, n.29, in *Giust. Civ.*, 2002.

#### **4. Interventi legislativi.**

Il legislatore è intervenuto al fine di predisporre dei rimedi funzionali alla realizzazione dell'assetto di interessi convenuto dalle parti. Il fatto che sia stata avvertita tale esigenza ha portato a ritenere come sia invalsa una differente ricostruzione della contrattazione preliminare, la quale, infatti, verrebbe a rappresentare una porzione di un più ampio disegno negoziale funzionale alla realizzazione dell'assetto di interessi concordato, tale esito si produrrà in seguito al perfezionamento del contratto definitivo.

Quanto appena riportato, nonché le considerazioni svolte in precedenza, depongono univocamente verso un ripensamento del contratto preliminare, il quale vedrà ampliato il suo contenuto, non più circoscritto al mero obbligo di concludere il definitivo – che, tuttavia, continuerà a rappresentare la funzione principale di tale schema negoziale – ma facendo sorgere ulteriori obblighi diretti a far sì che il contratto definitivo sia conforme a quanto precedentemente pattuito.

Un primo rilevante intervento legislativo in materia si ebbe con l'introduzione, nel Codice civile del 1942, dell'articolo 2932 c.c., il quale riconosce alla parte non inadempiente la possibilità di agire in giudizio al fine di ottenere una sentenza costitutiva che produca gli effetti del contratto definitivo non concluso. L'introduzione di tale disposizione è stata motivata dalla necessità di bilanciare due interessi contrapposti, ossia tutelare l'affidamento delle parti e preservare l'autonomia negoziale.

L'introduzione dell'art.2932 c.c. spine la dottrina ad esaminare quali potessero essere gli effetti di una siffatta disposizione sul contenuto e sulla natura del contratto preliminare<sup>328</sup>. Alcuni autori, nonostante il dato letterale della norma, ritennero come l'art.2932 c.c. dovesse trovare applicazione solo qualora le parti avessero concluso un preliminare c.d. ad effetti anticipati, solo in tale fattispecie, infatti, il meccanismo traslativo veniva ritenuto già perfezionato e, dunque, le parti si sarebbero esclusivamente impegnate ad attuare dei successivi comportamenti<sup>329</sup>.

Particolare è la distinzione fra contratto preliminare “aperto” e “chiuso” operata da parte della dottrina. In particolare, il contratto preliminare “aperto” viene identificato in quell'accordo che necessita di una successiva negoziazione, sicché, qualora resti inadempito, l'unico rimedio esperibile sarà il risarcimento del danno. Nei contratti

---

<sup>328</sup> SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro It.*, 1950, p. 73.

<sup>329</sup> PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

preliminari “chiusi”, invece, la parte non inadempimento potrà beneficiare di un ampliamento nei mezzi di tutela esperibili, potendo far ricorso all’azione volta ad ottenere l’esecuzione specifica ex art.2932 c.c. Tale conclusione deriva dalla circostanza in forza della quale il preliminare “chiuso” rappresenterebbe un contratto definito in tutti i suoi elementi e che, dunque, ben potrebbe costituire un contratto definitivo se non fosse che le parti avessero inteso differire ad un momento successivo la produzione dell’effetto reale<sup>330</sup>.

L’attenzione della dottrina fu, quantomeno inizialmente, incentrata sulla natura della sentenza ex art.2932 c.c. In tale contesto riemerse la contrapposizione fra coloro i quali ritenevano il provvedimento giudiziale qualificabile quale sentenza costitutiva<sup>331</sup> e coloro i quali, invece, qualificano tale sentenza quale atto di esecuzione forzata<sup>332</sup>.

L’orientamento prevalente ravvisò nella provvedimento reso ex art.2932 c.c. una sentenza costitutiva, finalizzata a rendere definitiva la volontà negoziale già manifestata dalle parti e, inoltre, venne esclusa la possibilità per il giudice di intervenire modificando l’accordo raggiunto dalle parti in via preliminare<sup>333</sup>.

La ricostruzione riportata è stata, tuttavia, successivamente superata nel momento in cui si è appurato come la sentenza ex art.2932 c.c. non si limitasse a rendere definitivo il preliminare, ma, piuttosto, rappresentasse un provvedimento sostitutivo del contratto definitivo non concluso.

L’introduzione dell’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto ha generato l’effetto di rafforzare il vincolo derivante dal preliminare dal momento che, qualora esso rimanga inadempito, il contraente non inadempiente potrà agire giudizialmente ed ottenere una sentenza che produca i medesimi effetti che sarebbero derivati dal contratto definitivo, qualora concluso<sup>334</sup>.

Il successivo intervento legislativo in materia di contrattazione preliminare si è avuto la legge, 28 febbraio 1997, n.30, con cui è stato convertito il D.L. 31 dicembre 1996, n.669. Il legislatore ha così innovato il Codice civile prevedendo la trascrivibilità dei contratti

---

<sup>330</sup> MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, Milano, 1986.

<sup>331</sup> Riprendendo quanto precedentemente sostenuto da Chiovenda.

<sup>332</sup> Sulla base di quanto sostenuto in precedenza da Calamandrei.

<sup>333</sup> DENTI, *L’esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.

<sup>334</sup> GABRIELLI, *op. cit.*

preliminari funzionali al trasferimento della proprietà su beni immobili, ovvero con cui vengano costituiti, trasferiti o modificati diritti reali di godimento su beni immobili.

L'introduzione della trascrivibilità dei contratti preliminari, da tempo auspicata da parte della dottrina<sup>335</sup>, ha contribuito all'attuazione del disegno giurisprudenziale, avviato con il superamento del dogma dell'intangibilità del preliminare e volto al rafforzamento della posizione del promissario acquirente, specialmente di beni immobili.

L'esigenza di prevedere la trascrivibilità del contratto preliminare era già stata precedentemente avvertita, dal momento in cui si ritenne necessario tutelare maggiormente il promissario acquirente, il quale, fintantoché non si fosse addivenuti alla stipula del definitivo, non disponeva di alcuno strumento atto a inibire che il promittente venditore disponesse del bene e che, inoltre, gli consentisse di tutelarsi avverso gli atti posti in essere dai terzi sul bene in questione.

L'esperibilità del rimedio previsto all'art.2932 c.c. era, infatti, inidoneo a tutelare efficacemente il promissario acquirente in tutti quei casi in cui una persona diversa dal promittente venditore fosse titolare del bene oggetto di alienazione, ovvero qualora il promittente venditore avesse alienato a terzi tale bene ed il titolo di acquisto fosse stato trascritto anteriormente rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale.

Per tutelare il promissario acquirente, tuttavia, si diffuse la prassi di trascrivere, immediatamente dopo il perfezionamento del preliminare, la domanda giudiziale ex art.2932 c.c., ciò in quanto alla trascrizione di tale domanda consegue la c.d. efficacia prenotativa dell'eventuale successiva trascrizione della sentenza costitutiva<sup>336</sup>.

Il limite di una siffatta prassi era ravvisabile nell'esposizione del promissario acquirente alla condanna per lite temeraria, ex articolo 96, secondo comma, del Codice di procedura civile.

Una *escamotage* a tale eventuale sanzione fu ravvisata nell'eliminare alcun riferimento al termine previsto per la stipula del contratto definitivo. In questo modo, infatti, la prestazione sarebbe stata immediatamente esigibile<sup>337</sup> e, dunque, si sarebbe potuta legittimamente notificare la domanda di esecuzione in forma specifica, in un momento immediatamente successivo al perfezionamento del contratto preliminare.

---

<sup>335</sup> MARICONDA, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 129.

<sup>336</sup> Art.2652, n.2, c.c.

<sup>337</sup> Come previsto all'art.1183 c.c.

La necessità di un intervento legislativo è stata determinata dall'esigenza di assicurare un'adeguata tutela ai promissari acquirenti, specialmente nei casi in cui sia stato convenuto l'anticipato pagamento del prezzo senza che ad esso corrisponda la consegna del bene, andando, in questo modo, ad accentuare la disparità intercorrente fra le parti contraenti.

La *ratio* della previsione codicistica diretta a consentire la trascrivibilità del contratto preliminare è stata ravvisata nell'esigenza di tutelare adeguatamente il promissario acquirente, inteso quale parte debole del rapporto contrattuale avente ad oggetto beni immobili<sup>338</sup>.

L'introduzione dell'art.2645-bis c.c. ha consentito di trascrivere i contratti preliminari il cui oggetto sia compreso fra quelli previsti ai numeri da 1) a 4) dell'art.2643 c.c., purché redatti per atto pubblico ovvero mediante scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

La *ratio* alla base della preclusione per alcune tipologie di preliminari dalla trascrivibilità è stata, da taluno, ravvisata nella necessità di fornire una maggior tutela ai promissari acquirenti di beni immobili<sup>339</sup>.

Altri autori, invece, hanno fortemente contestato la scelta legislativa volta a circoscrivere l'ambito applicativo della trascrivibilità dei preliminari, provvedendo ad evidenziare l'irrazionalità di una siffatta decisione e, inoltre, prospettando anche dubbi di legittimità costituzionale, ritenendo del tutto priva di fondamento la preclusione in questione<sup>340</sup>.

Ad ogni modo, la trascrizione del contratto definitivo ovvero della sentenza ex art.2932 c.c., qualora sia stata preceduta dalla trascrizione del contratto preliminare, prevarrà su tutte le trascrizioni eseguite contro il promittente alienante successivamente alla trascrizione del preliminare. L'effetto, così come riportato, viene comunemente identificato con l'espressione "funzione prenotativa"<sup>341</sup>.

L'esigenza di ricollegare alla trascrizione del preliminare il c.d. effetto prenotativo deriva dalla natura meramente obbligatoria di tale accordo, per tale motivo, infatti, saranno gli

---

<sup>338</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 1° ottobre 2009, n.21045, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010.

<sup>339</sup> SALVADORI, SCALITI, *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti della nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. e Impr.*, 1997, p. 671.

<sup>340</sup> GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile – La parte generale del diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012.

<sup>341</sup> Cass. Civ., Sez.II, 26 giugno 2006, n.14739, in *Imm. e Propr.*, 2006.

effetti propri del definitivo ad esser opponibili *erga omnes*, ancorché a far data dalla trascrizione del preliminare, e non, invece, gli effetti derivanti da quest'ultimo.

Parte della dottrina<sup>342</sup> ha ritenuto come dalla trascrizione del preliminare derivi anche l'effetto dell'opponibilità a terzi<sup>343</sup>, sicché l'acquisto del bene, avvenuto in esecuzione di un contratto definitivo ovvero della sentenza ex art.2932 c.c., consentirà all'acquirente di prevalere nei confronti dei terzi aventi causa dell'alienante qualora il preliminare ed il definitivo, ovvero la sentenza costitutiva in questione, siano stati trascritti entro i termini previsti.

L'effetto prenotativo derivante dalla trascrizione del preliminare è stato, inoltre, ritenuto applicabile non solo alla successiva trascrizione del definitivo che riproduca fedelmente il contenuto dell'accordo preliminare, ma, piuttosto, tale effetto è stato ritenuto invocabile anche qualora il contratto definitivo coincida solo parzialmente con il contenuto del contratto preliminare. Una siffatta conclusione è stata motivata richiamando la formulazione del secondo comma dell'art.2645-bis c.c., il quale si riferisce anche ad ogni "altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari". Secondo tale ricostruzione, dunque, l'effetto prenotativo sarebbe invocabile anche nel caso in cui il contratto definitivo contenga delle variazioni meramente quantitative dell'oggetto rispetto al preliminare, con l'accortezza che, qualora l'oggetto del definitivo sia più ampio rispetto a quello del preliminare, allora l'effetto prenotativo sarà circoscritto alla parte del bene già precedentemente trascritta. Anche tale ricostruzione, tuttavia, identifica dei limiti entro cui l'effetto prenotativo potrà operare ancorché il definitivo differisca dal preliminare, è, infatti, necessario che i due negozi siano destinati a produrre il medesimo effetto nonché coinvolgano i medesimi diritti, anche se l'ampiezza degli stessi potrà variare<sup>344</sup>.

L'espressione, precedentemente riportata, contenuta nel secondo comma dell'art.2645-bis c.c. viene, invece, da altra parte della dottrina ritenuta quale specifico riferimento al contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati e, di conseguenza, riconoscono al contratto definitivo una funzione solutoria del preliminare, che costituirebbe la fonte di tutte le prestazioni anticipatamente eseguite<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> GAZZONI, *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Notariato*, 1997, p. 19.

<sup>343</sup> Così come previsto all'art.2644 c.c.

<sup>344</sup> GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, p. 529.

<sup>345</sup> SALVADORI, SCALITI, *op. cit.*, p. 671.



Differente è, invece, la ricostruzione prospettata da coloro i quali ravvisano come, il legislatore, nel far ricorso al termine “atto” abbia inteso riferirsi ad un atto unilaterale<sup>346</sup>. L’immediata conseguenza di tale interpretazione consiste nel riconoscere la possibilità di eseguire il contratto preliminare, senza che venga modificato, mediante un atto unilaterale trascrivibile, sicché tale ricostruzione collega direttamente al contratto preliminare l’emersione di un obbligo di dare.

L’effetto derivante dalla trascrizione del preliminare è temporalmente limitato, i suoi effetti, infatti, cesseranno e si considereranno come mai prodotti, qualora, entro un anno dalla data prevista per la conclusione del definitivo<sup>347</sup> e, in ogni caso, entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, il contratto definitivo non sia stato trascritto.

La previsione di un siffatto stringente limite temporale di efficacia del c.d. effetto prenotativo derivante dalla trascrizione del preliminare deriva dall’esigenza di limitare i vincoli che potrebbero inficiare la libera circolazione dei diritti immobiliari.

Il legislatore, intervenendo nel 1997 con la legge n.30, ha, inoltre, innovato il Codice civile introducendo l’art.2775-bis c.c., il quale ha riconosciuto un privilegio speciale sull’immobile oggetto del contratto, in favore dei crediti del promissario acquirente qualora il contratto preliminare, validamente trascritto, non sia stato eseguito. Il privilegio speciale, volto a garantire i crediti del promissario acquirente derivanti dal mancato adempimento del contratto preliminare da parte del promittente venditore, sarà riconosciuto purché gli effetti della trascrizione non siano venuti meno al momento della risoluzione del contratto ovvero dell’evento che costituisce la causa del credito.

In dottrina, alcuni autori, hanno asserito l’illegittimità costituzionale di una siffatta previsione, ritenendo come essa sia fonte di un trattamento disparitario rispetto al caso in cui l’inadempimento del venditore determini la risoluzione di un contratto di compravendita. In tale ultima ipotesi, infatti, i crediti vantati dall’acquirente per la restituzione del prezzo e degli eventuali danni non saranno assistiti da alcuna causa di prelazione rispetto ai diversi creditori del venditore<sup>348</sup>.

Altra parte della dottrina ha evidenziato come la previsione di un privilegio speciale che assista i crediti vantati dal promissario acquirente in caso di inadempimento del

---

<sup>346</sup> GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998.

<sup>347</sup> Purché, ovviamente, le parti ne abbiano pattuita una.

<sup>348</sup> CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998.

preliminare, abbia determinato l'emersione di una nuova situazione di squilibrio in sfavore, in questo caso, del promittente alienante, il quale, infatti, conserverà la proprietà del bene ma potrebbe subire danni rilevanti in conseguenza dell'inadempimento del promissario acquirente. Tale situazione di squilibrio, secondo la dottrina in questione, deriva dal fatto che il rapporto fra le parti fosse già stato riequilibrato mediante il riconoscimento della trascrivibilità del preliminare, con una siffatta previsione, infatti, il legislatore aveva ovviato il pericolo che il diritto del promissario acquirente alla realizzazione degli effetti del preliminare venisse vanificato<sup>349</sup>.

Nonostante la formulazione della norma, alcuni autori ritengono come il privilegio speciale non possa esser riconosciuto in tutti quei casi nei quali l'inadempimento del preliminare sia esclusivamente imputabile al promissario acquirente, in quanto, diversamente, egli potrebbe trarre beneficio da un comportamento *contra ius*<sup>350</sup>.

Ad ogni modo, indipendentemente dai rilievi critici sopra riportati, è opportuno identificare quali possano essere, in concreto, i crediti, vantati dal promissario acquirente, assistiti dal privilegio speciale. Il credito garantito potrà, dunque, esser identificato nella restituzione di tutto o parte del prezzo che sia stato anticipatamente versato, ovvero nelle somme vantate a titolo di risarcimento danni o, ancora, ai fini del pagamento di caparre penitenziali ovvero della restituzione di caparre confirmatorie.

Il privilegio in questione è stato posizionato come ultimo nella lista dei privilegi speciali degli immobili<sup>351</sup> e, inoltre, ha generato notevoli dubbi la previsione inerente all'ordine di preferenza del privilegio speciale in esame rispetto all'ipoteca sul medesimo bene e iscritta anteriormente rispetto alla trascrizione del preliminare.

A tal fine, assume rilievo la previsione contenuta nel secondo comma dell'art.2775-bis c.c., il quale prevede come il privilegio speciale sia inopponibile ai creditori garantiti da ipoteche in merito ai mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile oggetto dell'accordo preliminare. Tale previsione, come è stato validamente osservato dalla giurisprudenza<sup>352</sup>, sembrerebbe far riferimento alla rara ipotesi in cui il promittente venditore, prima del perfezionamento del definitivo, abbia acconsentito all'iscrizione di un'ipoteca, sul bene immobile oggetto del preliminare, a garanzia del

---

<sup>349</sup> BOZZA CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. Fall.*, 1997, p. 323.

<sup>350</sup> LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998.

<sup>351</sup> Art.2780, n.5-bis, c.c.

<sup>352</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 1° ottobre 2009, n.21045, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010.

credito derivante dal mutuo erogato in favore del promissario acquirente, il quale, non essendo ancora proprietario dell'immobile, non avrebbe, altrimenti, potuto concedere ipoteca su tale bene.

Il problema derivante dal silenzio legislativo in merito all'ordine di preferenza fra il privilegio speciale ex art.2775-bis c.c. e l'ipoteca, concessa sullo stesso immobile, iscritta anteriormente rispetto alla trascrizione del preliminare, ha portato all'emersione di orientamenti discordanti, i quali sono stati notevolmente influenzati dalla previsione residuale in forza della quale, salvo che sia diversamente previsto, il privilegio immobiliare prevale sui crediti ipotecari<sup>353</sup>.

Ritengono prevalere il credito privilegiato del promissario acquirente, coloro i quali ritengono come la regola della prevalenza del privilegio speciale sull'ipoteca costituirebbe una deroga al principio della priorità temporale delle trascrizioni, previsto all'art.2644 c.c.<sup>354</sup>

In dottrina, coloro che hanno ritenuto prevalente il credito privilegiato, hanno ritenuto come sia necessario, al fine di risolvere tale questione, far riferimento alla causa del credito piuttosto che al criterio della priorità temporale<sup>355</sup>. L'accoglimento di una siffatta concezione produrrebbe quale effetto quello di ritenere come la regola ex art.2775-bis, secondo comma, c.c. costituisca una deroga all'art.2748, secondo comma, c.c. piuttosto che al principio della priorità temporale.

Secondo un diverso orientamento<sup>356</sup>, invece, al privilegio speciale riconosciuto al promissario acquirente non sarebbe applicabile la regola, prevista all'art.2748, secondo comma c.c., in forza della quale, salvo che sia diversamente disposto dalla legge, i creditori che abbiano un privilegio su un bene immobile siano preferiti ai creditori ipotecari. I fautori di tale ricostruzione prendono le mosse dalla particolare forma di pubblicità costitutiva che deve sussistere affinché il credito vantato dal promissario acquirente possa esser assistito da privilegio speciale, tale pubblicità consiste, per l'appunto, nella trascrizione del contratto preliminare. Proprio questa peculiarità, secondo tale dottrina, farebbe sì che il privilegio speciale in questione rientri all'interno dell'art.2745 c.c., in particolare nella parte in cui si afferma come "il privilegio [...] può

---

<sup>353</sup> Art.2748, secondo comma, c.c.

<sup>354</sup> Cass. Civ., Sez.I, 11 maggio 1978, n.2294, in *CED Cassazione*, 1978.

<sup>355</sup> BALESTRA, *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 998.

<sup>356</sup> LUMINOSO, PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998.

anche essere subordinato a particolari forme di pubblicità”, e, dunque, non sarebbe invocabile la regola stabilita al secondo comma dell’art.2748 c.c., ma, piuttosto, si dovrebbe applicare il principio di priorità temporale.

Le Sezioni Unite<sup>357</sup>, accogliendo l’orientamento da ultimo riportato, hanno affermato come la previa trascrizione del preliminare, quale condizione necessaria affinché possa sorgere il privilegio speciale per i crediti del promissario acquirente, imponga di far applicazione del principio di priorità temporale stabilito in materia di pubblicità degli atti e, di conseguenza, non sarebbe invocabile la regola generale di prevalenza del privilegio sull’ipoteca ex art.2748, secondo comma, c.c.

La Cassazione, in particolare, ha avuto modo di osservare come il principio di prevalenza del privilegio sull’ipoteca, in tanto possa trovar applicazione in quanto non sia diversamente previsto dalla legge, specificando come la deroga a tale principio, non dovendo necessariamente derivare da una norma, ben possa esser desunta ed individuata nell’ordinamento nel suo complesso, mediante la lettura e l’interpretazione della normativa al fine di coordinare, in modo armonioso, l’istituto in esame con l’intero sistema.

L’eventuale accoglimento della tesi che ritiene applicabile la regola sancita nell’articolo 2748, secondo comma, c.c. all’ipotesi di privilegio speciale in favore del promissario acquirente, condurrebbe ad un risultato inaccettabile. L’assurda conseguenza sarebbe, infatti, rappresentata dalla soccombenza, nel conflitto con il promissario acquirente assistito da privilegio speciale, del creditore garantito che abbia iscritto ipoteca sul bene immobile in un momento precedente rispetto alla trascrizione del preliminare, in tutti i casi in cui vi sia stato l’inadempimento del contratto preliminare, mentre, invece, verrebbe garantito qualora il contratto definitivo venisse concluso. In quest’ultima circostanza, infatti, l’esecuzione del contratto preliminare trascritto farebbe venir meno il requisito richiesto dall’art.2775-bis c.c. per far sorgere il privilegio speciale a garanzia dei crediti del promissario acquirente.

Ulteriore circostanza che depone in senso favorevole all’esclusione dell’applicazione della regola sancita al secondo comma dell’art.2748 c.c. è costituita dal fatto che il creditore che abbia iscritto ipoteca sul bene immobile, anteriormente alla trascrizione del preliminare, vedrebbe la propria posizione soccombere rispetto a quella dei successivi

---

<sup>357</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 1° ottobre 2009, n.21045, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010.

promissari acquirenti, la cui presenza è imprevedibile al momento dell'iscrizione dell'ipoteca. Quest'ultimi, invece, al momento del perfezionamento del preliminare, sarebbero perfettamente a conoscenza di eventuali ipoteche iscritte sul bene che intendono acquistare.

Ritenere applicabile il principio di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, salvo che sia diversamente previsto dalla legge, all'ipotesi in esame, potrebbe, inoltre, consentire l'emersione di accordi fraudolenti fra il promittente venditore ed il promissario acquirente funzionali ad impedire ai creditori che avessero precedentemente iscritto ipoteca di soddisfare il proprio credito. In particolare, le parti potrebbero, ad esempio, simulare un contratto preliminare, avente ad oggetto un immobile su cui fosse già iscritta ipoteca, e risolvere consensualmente tale accordo in un momento anteriore rispetto alla data pattuita per la conclusione del definitivo. Così facendo, il ricavato dalla vendita forzata del bene andrebbe a soddisfare il credito privilegiato del promissario acquirente e, di conseguenza, vedrebbe soccombere i creditori privilegiati in virtù della previsione contenuta nell'art.2748, secondo comma, c.c.

Il privilegio speciale, riconosciuto al promissario acquirente, è stato definito dalla dottrina quale fattispecie complessa, ciò in quanto affinché esso possa venire ad esistenza è necessario che ricorrano cumulativamente due condizioni, ossia la trascrizione del contratto preliminare e l'inadempimento dello stesso<sup>358</sup>. Il venir meno degli effetti della trascrizione del preliminare, dovuto al decorso dei limiti temporali<sup>359</sup>, determinerà, di conseguenza, il venir meno del privilegio speciale riconosciuto al promissario acquirente. Il ruolo costitutivo della trascrizione del preliminare ai fini della nascita del privilegio speciale consente la composizione del conflitto, tra creditore privilegiato e creditore ipotecario, mediante l'applicazione del principio della priorità temporale nell'adempimento alle formalità pubblicitarie.

La previsione della trascrivibilità del contratto preliminare ha consentito di rafforzare la posizione di coloro i quali tendono a ricondurre tale figura negoziale all'interno del paradigma delle vendita obbligatoria.

Ad ogni modo, prescindendo da questioni attinenti la natura giuridica del preliminare, è necessario porre in evidenza il ruolo del c.d. effetto prenotativo nel rafforzare la posizione

---

<sup>358</sup> GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile – La parte generale del diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012.

<sup>359</sup> Previsti all'art.2645-bis, terzo comma, c.c.

del promissario acquirente e, inoltre, nel costituire una efficace garanzia circa l'attuazione del risultato finale voluto dalle parti e manifestato all'interno del preliminare stesso.

## **5. Il contratto preliminare di immobili da costruire: una disciplina a tutela del promissario acquirente.**

Il contratto preliminare avente ad oggetto beni immobili da costruire ha da sempre rappresentato una fattispecie connotata dalla debolezza del promissario acquirente rispetto al costruttore determinata da asimmetrie sia informative che contrattuali.

Il legislatore, consapevole di tale disequaglianza nel rapporto contrattuale, ha manifestato interesse nell'intervenire a tutela del contraente debole al fine di riequilibrare il rapporto negoziale e, di conseguenza, consentire il corretto esercizio dell'autonomia negoziale.

Il Decreto Legislativo, 20 giugno 2005, n.122<sup>360</sup>, ha perseguito – mediante l'introduzione di disposizioni a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire – l'obiettivo di predisporre una tutela effettiva e adeguata a protezione della parte contraente debole nell'ipotesi di sopravvenuta insolvenza del costruttore.

L'intervento legislativo in esame ha perseguito gli obiettivi sopra riportati attraverso diverse disposizioni. In particolare, come sarà successivamente approfondito, il costruttore è stato obbligato a rilasciare una garanzia fideiussoria nonché una polizza indennitaria decennale, è stata, inoltre, sancita la nullità del negozio in caso di mancata consegna della fideiussione e, da ultimo, è stato previsto un diritto di prelazione in favore del promissario acquirente<sup>361</sup>. L'eventuale carenza della polizza assicurativa decennale, inoltre, costituisce una causa di nullità relativa, tale previsione è stata motivata dall'esigenza di limitare il pregiudizio per il promissario acquirente qualora vi sia la crisi del costruttore<sup>362</sup>.

Il legislatore è, altresì, intervenuto disciplinando la forma di tale contratto preliminare, prescrivendo come la stipula dello stesso debba avvenire per atto pubblico ovvero mediante scrittura privata autenticata. L'imposizione di siffatti vincoli di forma per il perfezionamento del preliminare avente ad oggetto beni immobili da costruire è dovuta all'esigenza che venga accertata l'effettività delle garanzie imposte a tutela del promissario acquirente. Il notaio, dunque, sarà chiamato, in sede di perfezionamento del preliminare, ad accertare la presenza della fideiussione – di cui dovrà inserirne gli estremi

---

<sup>360</sup> Attuativo della legge delega 2 agosto 2004, n.210

<sup>361</sup> Art.9, D.Lgs. 122/2005.

<sup>362</sup> GIORDANO, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: le modifiche del 2019*, in *Dir. Imm.*, 2021.

nel contratto – nonché verificare come la polizza assicurativa sia rispondente ai requisiti previsti nel modello standard.

Alcuni autori<sup>363</sup>, facendo riferimento alle disposizioni introdotte con il D.Lgs. 122/2005, hanno individuato una ulteriore fattispecie di contratto preliminare immobiliare.

In particolare, si è evidenziato come a tale negozio, qualora rientri nell'ambito applicativo della disciplina in questione, oltre agli elementi necessari previsti per il c.d. preliminare "tradizionale", verrebbe ad aggiungersi l'esigenza di previsione delle specifiche obbligazioni assunte dalle parti, consistenti, per il costruttore, nell'obbligo di costruire e trasferire il bene immobile e, per il promissario acquirente, nell'obbligo di corresponsione del prezzo pattuito. Più precisamente, l'art.6 del D.Lgs. 122/2005 prevede come il contratto dovrà contenere la descrizione dell'immobile e delle sue pertinenze di uso esclusivo; le caratteristiche tecniche ed i termini massimi di esecuzione della costruzione; l'indicazione del prezzo complessivo, nonché termini e modalità per il suo versamento e l'importo di eventuali somme devolute a titolo di caparra; gli estremi della fideiussione e l'attestazione della conformità al modello standard; l'eventuale presenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli sull'immobile; gli estremi del permesso di costruire o, se ancora non rilasciato, della sua richiesta e, da ultimo, la presenza di eventuali imprese appaltatrici.

L'esigenza che le parti prevedano espressamente quanto appena riportato all'interno del preliminare di immobili da costruire andrebbe ad incidere tanto sull'oggetto del contratto, quanto nella individuazione degli obblighi reciprocamente assunti dalle parti.

La fattispecie del preliminare di immobili da costruire rappresenterebbe, dunque, una variante rispetto al contratto preliminare *tout court*, caratterizzata dal fatto che l'obbligo a contrarre si configurerebbe quale vero e proprio obbligo a trasferire. Le regole previste dal legislatore a tutela del promissario acquirente, dirette ad imporre vincoli nella determinazione del contenuto del negozio, finirebbero, dunque, per rendere attuale l'obbligo a contrarre che, invece, nelle altre "tipologie" di contratto preliminare assume un rilievo in termini meramente programmatici<sup>364</sup>.

Le norme in questione, dettate dal legislatore nel disciplinare gli accordi preliminari finalizzati al successivo trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento

---

<sup>363</sup> DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case d'abitazione*, in *Contr. e Impr.*, 2012, p. 464.

<sup>364</sup> DE MATTEIS, *op. cit.*



su immobili da costruire, prevedendo l'obbligo di pagamento del prezzo e di consegna del bene nonché la predeterminazione del loro contenuto, non consentirebbero di desumere, da ciò solo, l'esistenza di una particolare categoria di contratti preliminari nei quali l'obbligo al trasferimento del bene sarebbe attuale.

L'intervento legislativo in esame, infatti, è stato motivato dall'esigenza di tutelare adeguatamente il promissario acquirente, ritenuto parte debole del rapporto contrattuale, mediante la previsione di strumenti tali da ridurre il rischio dell'eventuale mancato perfezionamento del definitivo e ciò, in realtà, evidenzia la posizione di "quasi proprietario" del promissario acquirente e, di conseguenza, il fatto che esso non possa esser ritenuto un vero e proprio proprietario fintantoché non si concluda il definitivo e, dunque, si assista alla produzione dell'effetto traslativo<sup>365</sup>.

La previsione di una disciplina volta a tutelare unicamente il promissario acquirente di immobili da costruire, escludendo, invece, gli acquirenti di immobili già realizzati, si giustifica tenendo conto della situazione di particolare debolezza dei primi, i quali risultano maggiormente esposti alle conseguenze negative derivanti dall'eventuale fallimento del costruttore.

La posizione di debolezza in cui si verrebbe a trovare il promissario acquirente di immobili da costruire deriva, infatti, dalla prassi con cui viene previsto il pagamento, totale o parziale, del prezzo pattuito quale corrispettivo per il trasferimento dell'immobile al momento del perfezionamento del preliminare, ciò al fine di consentire al costruttore di reperire le risorse economiche necessarie per poter finanziare la costruzione dell'immobile. L'eventuale fallimento del promittente alienante, in una situazione quale quella appena descritta, esporrebbe il promissario acquirente tanto al rischio di non recuperare le somme anticipatamente versate, quanto al pericolo di non acquistare la proprietà del bene dal momento che, secondo l'orientamento prevalente, l'esperibilità dell'azione ex art.2932 c.c. sarebbe preclusa in tutti quei casi in cui la costruzione dell'immobile non sarebbe ultimata.

Il legislatore, consapevole dell'esigenza di rafforzare la posizione del promissario acquirente, era già intervenuto, attraverso l'emanazione del d.l. 669/1996, convertito successivamente nella l. 30/1997, prevedendo la possibilità di trascrivere i contratti preliminari di contratti definitivi con cui si sarebbe trasferito, costituito ovvero modificato

---

<sup>365</sup> MUSTARI, *op. cit.*

un diritto reale su beni immobili, anche qualora sottoposti a condizione ovvero aventi ad oggetto edifici da costruire o in corso di costruzione. L'intervento in esame, dunque, ha riconosciuto al promissario acquirente di beneficiare del c.d. effetto prenotativo derivante dalla trascrizione del contratto preliminare e, inoltre, ha previsto un privilegio speciale sull'immobile oggetto del contratto.

La disciplina in questione, tuttavia, non fu ritenuta sufficiente a tutelare adeguatamente il promissario acquirente, specialmente nelle ipotesi di fallimento del costruttore, in quanto lasciava tale soggetto esposto al rischio di subire l'esercizio, da parte del curatore, dell'azione revocatoria<sup>366</sup>.

Acquisita, dunque, consapevolezza circa l'inadeguatezza della disciplina introdotta con il d.l. 669/1996 e preso atto della sempre maggiore diffusione di operazioni relative alla vendita di immobili la cui costruzione non fosse ancora iniziata ovvero ultimata e che prevedevano, comunque, il pagamento del prezzo in parte al momento della conclusione del preliminare e in parte il pagamento dilazionato determinato in relazione allo stato di avanzamento dei lavori, il legislatore è intervenuto dettando una disciplina specifica, contenuta nel D.Lgs. 122/2005, al fine di tutelare il promissario acquirente a fronte dei rischi cui esso risulterebbe esposto tanto anteriormente quanto successivamente alla produzione dell'effetto traslativo.

L'intervento fondamentale a tutela dell'acquirente di beni immobili da costruire ovvero in corso di costruzione è rappresentato dal D.lgs. 122/2005. L'ambito applicativo di tale decreto è circoscritto ai contratti con cui si intenda trasferire, non immediatamente, la proprietà ovvero altro diritto reale di godimento di beni immobili per cui sia stato richiesto il permesso di costruire, siano in attesa del rilascio del certificato di agibilità ovvero siano ancora da costruire.

Il legislatore, inoltre, all'art.5 del d.lgs. 122/2005, ha previsto come le norme che impongono obblighi in merito alla fideiussione e all'assicurazione decennale si applichino anche ai contratti aventi ad oggetto beni immobili da costruire per i quali il titolo abitativo edilizio sia stato richiesto o presentato dal costruttore in un momento successivo rispetto all'entrata in vigore del decreto in questione.

L'intento perseguito dal legislatore è stato quello di tutelare la parte contraente debole, tentando di ricomporre le disparità fra i contraenti mediante l'introduzione di differenti

---

<sup>366</sup> BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 241.

obblighi e cautele. Nel tentativo di perseguire tale finalità, il legislatore ha introdotto delle importanti novità, fra cui la previsione dell'obbligo per il costruttore di consegnare al promissario acquirente una garanzia fideiussoria, prevista all'art.2, per le somme o per il valore di ogni altro corrispettivo versato dal promissario acquirente in un momento anteriore rispetto alla produzione dell'effetto traslativo, tale obbligo è stato previsto a pena di nullità del contratto, la quale può esser fatta valere unicamente dell'acquirente. La fideiussione in questione è stata prevista a garanzia della restituzione delle somme anticipatamente versate qualora vi sia una situazione di insolvenza dell'impresa, purché, ovviamente, non vi sia stato il trasferimento definitivo del bene.

La nullità del contratto nel caso in cui non venga rilasciata la garanzia fideiussoria anteriormente o contestualmente alla stipula del preliminare, rientra all'interno della categoria rappresentata dalla c.d. nullità di protezione, funzionale a tutelare il contraente debole qualora vi sia l'insolvenza del costruttore.

La giurisprudenza di legittimità, in una recente decisione<sup>367</sup>, ha ritenuto come la domanda di nullità del preliminare non possa esser accolta qualora la fideiussione sia stata rilasciata in un momento successivo rispetto al perfezionamento del preliminare e, inoltre, non vi sia stata alcuna forma di insolvenza da parte del promittente venditore, né sia stato altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente. La decisione in questione, caratterizzata dalla consegna tardiva della fideiussione, ha consentito ai giudici di affermare un principio generale di fondamentale importanza, sancendo come sia necessario confrontare gli strumenti di tutela predisposti dal legislatore – la nullità di protezione nel caso di specie – con lo scopo cui essi tendono – rappresentato, nella fattispecie in esame, dall'esigenza di tutelare il promissario acquirente nel caso di insolvenza del costruttore. I giudici, dunque, hanno avuto modo di evidenziare come la proposizione della domanda di nullità del contratto – nel caso in cui l'interesse protetto non abbia subito, né possa subire, alcun pregiudizio – non sia diretta ad attuare la finalità di protezione che sottostà a tale strumento, quanto, piuttosto, si faccia ad essa ricorso al fine di liberarsi da un vincolo contrattuale reputato non più conveniente, determinando così uno sviamento delle finalità perseguite dalla legge e, di conseguenza, integrando gli estremi dell'abuso di diritto.

---

<sup>367</sup> Cass. Civ., Sez.II, 22 novembre 2019, n.30555, in *CED Cassazione*, 2019.

In una ulteriore pronuncia<sup>368</sup>, avente sempre ad oggetto la nullità del contratto nel caso di mancato rilascio della garanzia fideiussoria, la Cassazione ha precisato come non sia rilevante il momento in cui si produca l'effetto traslativo, quanto, piuttosto, il momento in cui il bene immobile venga ultimato. La *ratio* della disciplina a tutela del promissario acquirente risiede, infatti, nella circostanza rappresentata dall'oggetto del preliminare, il quale, essendo costituito da un immobile in costruzione, non consentirebbe, in caso di insolvenza, di esperire l'esecuzione in forma specifica. La garanzia fideiussoria, dunque, garantirebbe al promissario acquirente di poter recuperare le somme versate nell'eventualità che il bene immobile non sia ultimato a causa della crisi del costruttore e, di conseguenza, non si possa assistere alla produzione dell'effetto traslativo.

Ultimata la costruzione dell'immobile, viene meno la necessità della garanzia fideiussoria in quanto in questo caso, a fronte dell'eventuale insolvenza del costruttore, il promissario acquirente potrà procedere al perfezionamento dell'acquisto, in virtù della precedente trascrizione del preliminare. Il completamento della costruzione dell'immobile, dunque, fa venir meno le ragioni che sono alla base della specifica tutela dettata in favore del contraente debole, sicché egli si troverà nella medesima situazione di ogni altro promissario acquirente che abbia concluso un preliminare di compravendita avente ad oggetto un bene immobile già realizzato.

Il legislatore ha previsto, inoltre, una polizza assicurativa indennitaria decennale in favore dell'acquirente finalizzata al risarcimento dei danni derivanti dai danni materiali e diretti all'immobile, inclusi i danni a terzi, che siano derivati da rovina totale o parziale ovvero da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo ovvero per difetto della costruzione, e comunque emersi successivamente alla stipula del contratto definitivo.

La polizza assicurativa dovrà esser consegnata dal costruttore all'acquirente nel momento in cui si produrrà l'effetto traslativo della proprietà. La mancanza di tale requisito determinerà una situazione di nullità del contratto, la quale, tuttavia, può esser fatta valere solo dall'acquirente. La durata della polizza assicurativa è parametrata sui dieci anni decorrenti dalla data di ultimazione dei lavori<sup>369</sup>.

L'intervento legislativo in questione, sempre nel perseguire il dichiarato intento di tutela del contraente debole, ha previsto l'istituzione di un Fondo di solidarietà per i promissari

---

<sup>368</sup> Cass. Civ., Sez.II, Ordinanza, 8 febbraio 2023, n.3817, in *Giur. It.*, 2023.

<sup>369</sup> Art.4 D.Lgs. 122/2005.

acquirenti di immobili da costruire, i quali, in caso di crisi del costruttore, non abbiano potuto ottenere un'adeguata tutela dal ricorso agli ulteriori strumenti previsti dalla normativa. Il Fondo in questione non è finanziato mediante il ricorso a risorse pubbliche ma, piuttosto, a tal fine vengono riscossi i contributi versati dai costruttori in una percentuale non eccedente il cinque per mille del valore delle fideiussioni rilasciate. L'accesso al Fondo, inoltre, è subordinato alla prova del nesso causale intercorrente fra le perdite subite e la sottoposizione del costruttore ad una delle procedure che presuppongono la presenza di una situazione di crisi.

L'articolo 9 del D.Lgs. 122/2005, tutelando l'affidamento nella disponibilità dell'abitazione adibita ad abitazione principale dal promissario acquirente, ha riconosciuto un diritto di prelazione per l'eventualità che il bene immobile sia assoggettato ad espropriazione forzata.

L'esame della disciplina introdotta nel 2005, tuttavia, ha portato la dottrina ad evidenziarne i profili critici, rilevando come, in particolare, quanto previsto non consentisse di attuare a pieno lo scopo primario di tutela del contraente debole.

L'ambito operativo della garanzia fideiussoria, circoscritto alle sole ipotesi di crisi dell'imprenditore, è stato ritenuto inidoneo a tutelare efficacemente l'acquirente in tutte quelle ipotesi in cui non fosse propriamente sussistente una situazione di crisi del costruttore ma, ciononostante, egli non fosse in grado di procedere ad ultimare l'edificio e, di conseguenza, il contraente debole avrebbe difficilmente potuto recuperare gli acconti di prezzo versati.

La previsione della nullità del contratto qualora non fosse stata prestata la garanzia fideiussoria, è stata ritenuta inadeguata nei casi in cui si fosse ravvisata una situazione di crisi<sup>370</sup>. In tali circostanze, infatti, l'acquirente potrebbe non riuscire a recuperare quanto versato, nonostante egli abbia la possibilità di far valere la nullità del contratto per carenza della fideiussione, ciò in quanto la restituzione delle somme versate dall'acquirente dipenderà esclusivamente dalla solvibilità del costruttore.

La consapevolezza dei limiti della disciplina introdotta nel 2005 ha reso necessario un successivo intervento legislativo, il quale è avvenuto con l'emanazione del Decreto legislativo, 12 gennaio 2019, n.14, attuativo della legge delega, 19 ottobre, 2017, n.155. Il d.lgs. 14/2019 ha modificato la disciplina relativa alla garanzia fideiussoria,

---

<sup>370</sup> PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005.

prescrivendo come essa debba esser necessariamente rilasciata da una banca ovvero da un'impresa assicuratrice e, inoltre, sia necessaria la corrispondenza con il modello standard, contenuto nel decreto emanato dal Ministero della Giustizia e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze<sup>371</sup>. Il legislatore, inoltre, è intervenuto prescrivendo come la garanzia fideiussoria operi anche nell'ipotesi in cui il costruttore non abbia consegnato la polizza assicurativa decennale, in una siffatta ipotesi, dunque, l'acquirente potrà recedere dal contratto e ottenere il rimborso delle somme già corrisposte<sup>372</sup>.

La possibilità di escutere la fideiussione, salvo il caso in cui ricorra la crisi del costruttore, è subordinata al rilascio di un'attestazione da parte del notaio con cui dichiararsi di non aver ricevuto, al momento della stipula del contratto, una polizza conforme a quanto stabilito nel decreto ministeriale.

L'efficacia della garanzia fideiussoria verrà meno nel momento in cui sarà consegnata al fideiussore una copia dell'atto con cui si è prodotto l'effetto traslativo ovvero dell'atto definitivo di assegnazione nel quale sia fatta menzione degli estremi della polizza assicurativa<sup>373</sup>.

Il legislatore è altresì intervenuto sulla disciplina della polizza assicurativa decennale postuma prevedendo, a pena di nullità del contratto rilevabile solo su istanza dell'acquirente, come essa debba esser consegnata al momento della stipula del contratto. L'acquirente, qualora non sia stata consegnata la polizza assicurativa, potrà escutere la fideiussione purché egli abbia manifestato al venditore la volontà di recedere dal contratto e, inoltre, il notaio abbia attestato di non aver ricevuto alcuna polizza conforme al decreto ministeriale entro la data dell'atto di trasferimento della proprietà.

Ricorre un'ipotesi di nullità assoluta ed insanabile, invece, qualora il contratto preliminare di un immobile da costruire non sia stato stipulato per atto pubblico ovvero mediante scrittura privata autenticata.

Si avrà, diversamente, come già riportato in precedenza, una nullità relativa, rilevabile solo su istanza dell'acquirente, qualora non sia stata rilasciata la garanzia fideiussoria ovvero in mancanza della polizza assicurativa decennale.

L'imposizione di requisiti di forma, a pena di nullità, per la stipula del preliminare avente ad oggetto immobili da costruire consente di procedere alla trascrizione di tale negozio e,

---

<sup>371</sup> Art.3, comma 1, D.Lgs. 122/2005.

<sup>372</sup> Art.3, comma 3, D.Lgs. 122/2005.

<sup>373</sup> Art.3, comma 7, D.lgs. 122/2005.

dunque, farà sì che il promissario acquirente potrà beneficiare del c.d. effetto prenotativo della trascrizione, nonché del privilegio speciale ad egli riconosciuto in caso di inadempimento del preliminare dall'art.2775-bis c.c.

L'intento del legislatore è stato quello di circoscrivere il potere negoziale delle parti nella determinazione del contenuto dell'accordo, tale finalità è stata perseguita mediante la previsione del ruolo centrale del notaio, il quale dovrà appurare l'adempimento delle garanzie previste e ciò, come già auspicato dalla dottrina, risulta esser funzionale ad arginare la diffusione di accordi fraudolenti<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup> GIORGETTI, BONAFINE, *Le nuove garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Judicium*, 2019.

## Conclusioni.

Lo scopo perseguito con il presente lavoro è stato quello di illustrare e tentare di risolvere le notevoli questioni problematiche inerenti alla dibattuta fattispecie del preliminare c.d. ad effetti anticipati. Quest'ultimo, come si è avuto modo di analizzare *funditus*, costituisce una declinazione del contratto preliminare *tout court*, da cui si differenzia per l'anticipata esecuzione delle prestazioni che, in assenza di tale negozio, sarebbero eseguite solo successivamente alla stipula del contratto definitivo, a cui è pur sempre subordinata la produzione dell'effetto traslativo.

La notevole diffusione di tale schema negoziale, accompagnata dall'assenza di una specifica disciplina legislativa e dalla conseguente proliferazione di differenti ricostruzioni interpretative prospettate tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, al fine di sopperire all'inerzia legislativa, costituiscono indici dell'importanza del contratto preliminare ad effetti anticipati e delle necessità di fornirne un'approfondita ricostruzione. A conclusione del presente lavoro, è ben possibile affermare come le notevoli questioni relative al contratto preliminare ad effetti anticipati risultino tutt'altro che di semplice risoluzione, coinvolgendo profili particolarmente rilevanti.

Come si è avuto modo di evincere dal presente studio, le ragioni pratiche che si celano dietro al diffuso ricorso a tale negozio si sostanziano nella necessità di effettuare un controllo graduale sulla corretta esecuzione delle diverse prestazioni dovute dai contraenti in un momento anteriore rispetto alla stipula del definitivo e, dunque, alla produzione dell'effetto traslativo del diritto.

Per poter rispondere efficacemente all'interrogativo inerente all'ammissibilità o meno del contratto preliminare ad effetti anticipati, si è reso necessario esaminare la contrattazione preliminare nella sua forma "pura" e, solo in una fase successiva, introdurre l'esame della "variante" connotata dall'anticipata esecuzione delle prestazioni proprie del definitivo, individuandone i profili maggiormente critici e la sua natura giuridica.

Con un tentativo di semplificazione, necessario in questa sede, si può affermare che dal contratto preliminare derivi l'obbligo per le parti di porre in essere tutte quelle attività necessarie affinché l'assetto di interessi scaturente dal perfezionamento del definitivo possa essere corrispondente a quanto previamente pattuito.

Tale concezione del contratto preliminare, dunque, ha consentito di ritenere ammissibile l'anticipata esecuzione delle prestazioni proprie del definitivo. È necessario, tuttavia,



chiarire come gli ulteriori obblighi assunti dalle parti con la conclusione del contratto preliminare debbano essere intesi non come esecuzioni anticipate degli obblighi derivanti dal contratto definitivo, ma quali obbligazioni autonome che si affiancano all'obbligo di concludere il contratto definitivo. In questo modo, vengono ampliati esclusivamente gli effetti derivanti dal perfezionamento del contratto preliminare, senza che ne venga alterata la sua funzione, che resta quella di vincolare le parti alla stipula del contratto definitivo, ancorché arricchita dall'esecuzione di ulteriori prestazioni, quali, ad esempio, la consegna del bene ovvero il totale o parziale pagamento del prezzo.

L'analisi delle diverse pronunce giurisprudenziali sul tema, tuttavia, ha portato a ravvisare come, nella prassi, il ricorso ad un siffatto schema negoziale conduca essenzialmente alla scissione fra *titulus* e *modus acquirendi*, ciò in quanto dalla pattuizione preliminare deriva l'obbligo di eseguire integralmente le prestazioni che, altrimenti, sarebbero scaturenti dal contratto definitivo. Di conseguenza, il ruolo di quest'ultimo è circoscritto alla sola produzione dell'effetto traslativo.

La *ratio* principale che induce le parti a ricorrere ad un siffatto schema negoziale si rinviene nell'avvertita necessità di derogare al principio del consenso traslativo e, di conseguenza, di scindere gli effetti obbligatori derivanti dalla vendita da quelli reali.

Una corretta ricostruzione della natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati, dunque, richiede un esame caso per caso al fine di poter ricostruire la volontà effettiva delle parti e, di conseguenza, accertare se esse abbiano inteso attribuire o meno al contratto definitivo il compito esclusivo di realizzare l'effetto traslativo del diritto.

L'ulteriore profilo notevolmente rilevante e dibattuto, scaturente sempre dal contratto preliminare ad effetti anticipati, attiene alla qualificazione della situazione giuridica soggettiva in cui si viene a trovare il promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene. Le diverse ricostruzioni, infatti, oscillano nel ritenere sussistente una situazione qualificabile quale mera detenzione ovvero quale possesso, con conseguenze decisamente rilevanti.

Preso atto delle diverse ipotesi ricostruttive, la conclusione a cui il presente lavoro giunge è che il contratto preliminare non costituisce una fonte idonea a determinare il trasferimento del possesso in capo al promissario acquirente, che resta un mero detentore qualificato. Una siffatta conclusione, accolta anche dalle Sezioni Unite, trae fondamento dalla circostanza per cui solo il contratto definitivo costituisce la fonte dell'effetto

traslativo e, dunque, il contratto preliminare rimane produttivo esclusivamente di effetti obbligatori. Pertanto, quest'ultimo non risulta idoneo a determinare il trasferimento del possesso in favore del promissario acquirente anticipatamente immesso nel godimento del bene.

Un ulteriore profilo problematico, collegato direttamente alla contrattazione preliminare ad effetti anticipati, è costituito dalla individuazione dei mezzi di tutela esperibili da parte del promissario acquirente qualora il contratto preliminare resti inadempito ovvero il bene oggetto di tale accordo presenti vizi o difformità. L'inadempimento del contratto preliminare, in conformità con la previsione ex art.2932 c.c., legittimerebbe il contraente non inadempiente ad agire giudizialmente per ottenere una sentenza costitutiva che produca i medesimi effetti del contratto non concluso.

Un ulteriore profilo particolarmente rilevante e, fino ad un recente intervento giurisprudenziale, privo di adeguate tutele, è quello relativo alla contrattazione preliminare avente ad oggetto beni immobili da costruire. La fattispecie in questione, infatti, in virtù del particolare oggetto a cui si riferisce, ha reso necessario l'intervento legislativo al fine di predisporre adeguati mezzi di tutela in favore del promissario acquirente, specialmente tenendo conto della tutt'altro che remota ipotesi in cui si verifichi il fallimento del promittente venditore e, di conseguenza, la costruzione dell'edificio non venga ultimata.

In conclusione, dunque, è possibile affermare come il presente lavoro ha soddisfatto il dichiarato obiettivo di fornire una completa ricostruzione della contrattazione preliminare ad effetti anticipati, che costituisce una tematica ancora in fase di evoluzione. Infatti, attualmente non è possibile affermare che si sia giunti ad una sua univoca e pacifica ricostruzione, essendo ancora acceso ed animato il dibattito sulla stessa.

Al fine di poter validamente riconoscere un ruolo centrale ad un siffatto schema negoziale, si auspica un intervento legislativo che possa fornire un chiaro quadro giuridico dell'istituto per comporre una volta per tutte i diversi contrasti emersi relativamente ad esso.

## **Bibliografia.**

- Adilardi, Giulio, *Il contratto preliminare*, Padova, 2008.
- Agnino, Francesco, *Le Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sul conflitto tra privilegio del promissario acquirente ed ipoteche sull'immobile*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 173 ss.
- Al Mureden, Enrico, *Stipulazione del contratto preliminare e diritto del mediatore alla provvigione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, p. 799 ss.
- Alabiso, Aldo, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966.
- Albanese, Antonio, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Piacenza, 2022.
- Id., *La vendita con riserva della proprietà*, in *Trattato dei Contratti*, diretto da Roppo e Benedetti, Milano, 2014, p. 471 ss.
- Id., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008.
- Albertini, Lorenzo, *Esecuzione del preliminare di vendita tramite atto unilaterale e tutela del promissario acquirente contro i vizi del bene acquistato*, in *Jus Civile*, 2014, p. 441 ss.
- Alcaro, Francesco, *Il possesso. Artt. 1140-1143*, in *Il Codice civile commentario*, diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, 2014.
- Id., *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita Not.*, 1999, p. 487 ss.
- Alessi, Rosalba, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1972, p. 439 ss.
- Alpa, Guido, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014.
- Ambrosoli, Matteo, *Tutela del promissario acquirente e vizi del bene*, in *I contratti*, 2002, p. 563 ss.
- Anelli, Franco, *Alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1966.
- Arangio Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984.
- Archinà, Andrea, *La Corte di cassazione si pronuncia sul contratto preliminare di vendita di immobile "sulla carta": è valido, ma non rientra nell'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 122/2005*, in *Giur. It.*, 2012, p. 564 ss.
- Balante, Antonella, *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *I Contratti*, 2009, p. 527 ss.
- Balestra, Luigi, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2021.

Id., *Sugli effetti della trascrizione del contratto preliminare con particolare riferimento alla trascrizione di pignoramenti*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 998 ss.

Barbiera, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.

Battelli, Ettore, *Obblighi di consegna del bene e passaggio del rischio*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 32 ss.

Bechini, Ugo, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 241 ss.

Benatti, Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

Benedetti, Alberto Maria, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2017, p. 379 ss.

Id., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

Benigni, Roberta, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*, in *Notariato*, 2015, p. 426 ss.

Bianca, Cesare Massimo, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, Milano, 2019.

Id., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di Diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Vol.1, Torino, 1993.

Id., *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, p. 535 ss.

Boldoni, Eugenio, *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1394 ss.

Bombelli, Monica e Iato, Matteo, *Trascrizione del preliminare e tutela dell'acquirente*, Padova, 2012.

Bozza Canzio, Enrico, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. Fall.*, 1997, p. 323 ss.

Branca, Giuseppe, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950.

Buset, Giacomo, *Le Sezioni Unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, p. 10601 ss.

Calvo, Roberto, *Contratto preliminare. Art.1351*, in *Il Codice civile commentario*, diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, 2016.

Id., *Situazioni di appartenenza e garanzia nella riserva di proprietà*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 863 ss.

Camardi, Carmelita, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 572 ss.

Camilleri, Enrico, *Alienazione in garanzia conclusa in forma preliminare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, p. 600 ss.

Campione, Riccardo, *Contratto preliminare ad effetti anticipati, vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, p. 10758 ss.

Capozzi, Guido, *Dei singoli contratti*, Milano, 1998.

Capponi, Bruno, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2019.

Carbone, Vincenzo, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 609 ss.

Carnelutti, Francesco, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1916, p. 3 ss.

Carrara, Giovanni, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

Castronovo, Carlo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, p. 29 ss.

Caterina, Raffaele e Sacco, Rodolfo, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Schlesinger, Milano, 2014.

Cattaneo, Giovanni, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1965, p. 981 ss.

Cavicchi, Davide, *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*, in *I Contratti*, 2008, p. 995 ss.

Celeste, Alberto, *Le dinamiche delle compravendite immobiliari tra "inconcludenti superfetazioni" e "esigenze volte a bloccare l'affare"*, in *Imm. e Propr.*, 2015, p. 416 ss.

Chianale, Angelo, *Il preliminare di preliminare. Intentio certa sese obligandi?*, in *Notariato*, 2010, p. 42 ss.

Id., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998.

Id., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

Id., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. It.*, 1987, p. 673 ss.

Chiosi, Alberto, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. Dir. Civ.*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2010, p. 543 ss.

Chioyenda, Giuseppe, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1911, p. 96 ss.

- Cian, Giorgio, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996, n.669 del 1996)*, in *Studium iuris*, 1997, p. 215 ss.
- Cilia, Linda, *Divieto del patto commissorio e negozi collegati*, in *I Contratti*, 2004, p. 979 ss.
- Cillo, Cristina; D'Amato, Antonietta e Tavani, Giuseppe, *Dei singoli contratti, in Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2014.
- Cipriani, Nicola, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- Coggi, Fiammetta, *Il contratto preliminare negli ultimi dieci anni di giurisprudenza*, in *Quadrimestre: rivista di diritto privato*, 1987, p. 693 ss.
- Colesanti, Vittorio, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, p. 93 ss.
- Id., *Fallimento del promittente e tutela del promissario: una "svolta" nella giurisprudenza?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 329 ss.
- Conte, Riccardo, *Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e "preliminare di preliminare"*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1067 ss.
- Corrias, Paolo Efisio, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, Milano, 1998.
- Cosco, Giusy, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*, Catanzaro, 2018.
- Coviello, Leonardo, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896.
- D'Amico, Giovanni, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 10040 ss.
- D'Arrigo, Cosimo, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 926 ss.
- Dalmartello, Arturo, *La consegna della cosa*, Milano, 1950.
- De Casamassimi, Veronica, *Contrattazione immobiliare e "preliminare di preliminare"*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 20248 ss.
- De Cristofaro, Marco, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 839 ss.

De Matteis, Raffaella, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e case d'abitazione*, in *Contr. e Impr.*, 2012, p. 464 ss.

Id., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991.

De Nova, Giorgio, *La trascrizione del preliminare*, in *I Contratti*, 1997, p. 5 ss.

De Rada, Dimitri, *Il contratto preliminare di diritti reali immobiliari*, Torino, 2010.

Delfini, Francesco, *Principi consensualistico e autonomia privata*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, p. 187 ss.

Id., *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del d.l. n. 669/1996*, in *I contratti*, 1997, p. 177 ss.

Id., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in *Riv. Not.*, 1991, p. 623 ss.

Denti, Vittorio, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953.

Di Majo, Adolfo, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. It.*, 2015, p. 1067 ss.

Id., *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 131 ss.

Id., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 512 ss.

Id., *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. Civ.*, 1985, p. 1640 ss.

Id., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985.

Diener, Maria Cristina, *Il contratto in generale*, in *Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2011.

Dusi, Bartolomeo, *La successione nel possesso negli atti*, Torino, 1894.

Eroli, Massimo, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, p. 67 ss.

Esposito, Maria Samantha, *La contrattazione preliminare ad esecuzione anticipata*, Pisa, 2020.

Farina, Marco, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 508 ss.

Farro, Vincenzo, *Il contratto preliminare*, Torino, 2006.

Fedele, Alfredo, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950.

Ferri, Giovanni Battista, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

Id., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, p. 192 ss.

Festi, Fiorenzo, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 609 ss.

Franzoni, Massimo, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 421 ss.

Fusaro, Andrea, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, p. 199 ss.

Gabrielli, Enrico, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 93 ss.

Id., *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1986, p. 312 ss.

Gabrielli, Giovanni, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile – La parte generale del diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012.

Id., *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, p. 793 ss.

Id., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, p. 529 ss.

Id., *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 445 ss.

Id., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata del preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 23.

Id., *Contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, p. 415 ss.

Id., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.

Galgano, Francesco, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2023.

Garofalo, Andrea Maria, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. Civ.*, 2012, p. 572 ss.

Gasperoni, Nicola, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, p. 357 ss.

Gazzara, Giacomo, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957.

Gazzoni, Francesco, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021.

Id., *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Vol. XIII-Tomo II, Torino, 2010.



Id., *La trascrizione immobiliare*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998.

Id., *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Riv. Not.*, 1997, p. 19 ss.

Gigliotti, Fulvio, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.

Giordano, Daniele, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: le modifiche del 2019*, in *Dir. Imm.*, 2021.

Giorgetti, Mariacarla e Bonafine, Alessandro, *Le nuove garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Judicium*, 2019.

Giorgianni, Luca, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 574 ss.

Giorgianni, Michele, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, 1961, p. 64 ss.

Giuliano, Gaetano, *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, in *Notariato*, 2008, p. 384 ss.

Gorgoni, Marilena, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007.

Gorla, Gino, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, p. 18 ss.; Id., *Il contratto*, Milano, 1955.

Grassi, Ugo, *La tutela esterna del possesso. Contributo allo studio della fattispecie di qualificazione plurima*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2006.

Grasso, Gianluca, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contr. e Impr.*, 2002, p. 703 ss.

Id., *L'assegnazione in godimento con patto di futura vendita: possesso o detenzione*, in *Dir. Giur.*, 2000, p. 349 ss.

Id., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir e Giur.*, 1998, p. 291 ss.

Guglielmucci, Lino, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fall.*, 1997, p. 229 ss.

Henrich, Dieter, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 691 ss.

Iaccarino, Giancarlo, *Clausole sul possesso nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, p. 64 ss.

Iamiceli, Paola, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e “trasferibilità” del possesso*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 162 ss.

Irti, Natalino, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 36 ss.

Id., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.

La Porta, Ubaldo, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Riv. Not.*, 2010, p. 40 ss.

Id., *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1993, p. 529 ss.

Lener, Angelo, *Contratto “preliminare”, esecuzione anticipata del “definitivo” e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, p. 669 ss.

Lipari, Marco, *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. Civ.*, 1994, p. 559 ss.

Loffredo, Flavia, *Contratto preliminare, trascrizione e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. It.*, 1991, p. 803 ss.

Longo, Lucio, *La mancanza dell’abitabilità è inadempimento del contratto*, in *Notariato*, 2002, p. 262 ss.

Longobucco, Francesco, *Contratto preliminare “ad effetti anticipati” e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*, in *Giur. It.*, 2011, p. 552 ss.

Lotta, Francesca, *Sul conflitto tra privilegio a favore del promissario acquirente di immobile e ipoteca*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2011, p. 70 ss.

Luminoso, Angelo e Palermo, Gianfranco, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998.

Luminoso, Angelo, *La compravendita*, Torino, 2021.

Id., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007.

Id., *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, p. 714 ss.

Id., *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998.

Id., *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 1998, p. 564 ss.

Magni, Francesco Alessandro, *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*, in *Giur. It.*, 1997, p. 11100 ss.

Maisto, Filippo, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2002, p. 738 ss.

Id., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico. Sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000.

Mantello, Marco, *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, p. 539 ss.

Marianello, Marco, *Consegna anticipata del bene e corresponsione degli interessi compensativi*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 117 ss.

Mariconda, Gennaro, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 129 ss.

Mariconda, Vincenzo, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 735 ss.

Martino, Marco, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011.

Martone, Luca, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 1354 ss.

Mazzamuto, Salvatore, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere n contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Vol. XX – Tomo II, Torino, 2008, p. 373 ss.

Mendola, Girolamo e Ludovici, Gianluca, *Il preliminare di vendita ad effetti anticipati. Una possibile interpretazione alternativa all'ipotesi giurisprudenziale del collegamento negoziale tra preliminare di vendita, Comodato e mutuo gratuito*, in *Judicium.it*, 2011.

Mengoni, Luigi, *La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 1998, p. 993 ss.

Id., *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1994.

Id., *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 3 ss.

Monteleone, Paolo, *Privilegio del promissario acquirente ex art.2775-bis ed ipoteca iscritta prima del preliminare ineseguito*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 331 ss.

Montesano, Luigi, *Contenuti e sanzioni delle obbligazioni da contratto preliminare*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 2001, p. 33 ss.

Id., *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza fra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1987, p. 239 ss.

Id., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, p. 1173 ss.

Morello, Umberto, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, Milano, 1986.

Mussi, Cesare Alberto, *Il contratto preliminare di vendita immobiliare ad “effetti anticipati”*, in *I Contratti*, 2015, p. 375 ss.

Mustari, Manuela, *Il lungo viaggio verso la “realità”. Dalla promessi di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007.

Napoli, Gaetano Edoardo, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 11252 ss.

Natoli, Ugo, *Il possesso*, Milano, 1992.

Navaretta, Emanuela, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

Nicoletti, Carlo Alberto, *Disciplina del preliminare e aspettativa sociale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, p. 60 ss.

Id., *Sul significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1970, p. 396 ss.

Nocera, Ivan Libero, *Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2013, p. 161 ss.

Id., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 10712 ss.

Oberto, Giacomo, *Vendita di “cose” e vendita di “diritti” nell'art.1740 cod. civ.*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, p. 504 ss.

Onano, Andrea, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*, in *Riv. Not.*, 2004, p. 1197 ss.

Padula, Luciano, *La vendita del possesso*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 831 ss.

Palermo, Gianfranco, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in Luminoso e Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998.

Id. *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

Palmieri, Sergio, *Vendita di possesso: un istituto “apolide” in cerca di cittadinanza*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 315 ss.

Patti, Salvatore, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012.

Id., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 284 ss.

Id., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 149 ss.

Perego, Enrico, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.

Perlingieri, Pietro, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Bologna-Roma, 1975.

Pirelli, Gaetano, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005.

Petrone, Paola, *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1059 ss.

Petti, Gianluca, *Preliminare ad effetti anticipati e revocatoria fallimentare*, in *I contratti*, 2012, p. 15 ss.

Piraino Leto, Angelo, *I contratti atipici e innominati*, Torino, 1974.

Pironti, Arturo, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *I contratti*, 2008, p. 1093 ss.

Pittella, Domenico, *Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina*, in *Notariato*, 2013, p. 59 ss.

Pittella, Domenico, *Il preliminare (ancora) nel limbo tra trattative e contratto*, in *Giustizia civile.com*, 2015.

Plaia, Armando, *Da "inconcludente superfetazione" a quasi contratto: la parabola ascendente del "preliminare di preliminare"*, in *Dir. Civ. Cont.*, 2015.

Id., *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*, Padova, 2000.

Proto, Massimo, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. Civ.*, 1997, p. 1895 ss.

Puce, Rocco Paolo, *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1085.

Puppo, Carlotta Anna, *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso "ad usucapionem"*, in *Foro It.*, 2009, p. 3158 ss.

Rascio, Raffaele, *Il contratto preliminare*, Milano, 1963.

Ravazzoni, Alberto, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 35 ss.

Id., *La formazione del contratto*, Milano, 1966.

Re, Alessandro, *Preliminare ed esecuzione specifica dell'obbligo ex art.2932 Codice civile*, in *Imm. e Propr.*, 2013, p. 365 ss.

Id., *Preliminare ad effetti anticipati*, in *Imm. e Propr.*, 2010, p. 619 ss.

Ricciuto, Vincenzo, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999.

Rizzi, Giovanni, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, p. 427 ss.

Rocchio, Flavio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1451 ss.

Romano, Salvatore, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

Roppo, Vincenzo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 971 ss.

Id., *Il contratto*, Milano, 2001.

Rubino, Domenico, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956.

Ruggeri, Luca, *L'intervento delle Sezioni Unite: l'ipoteca, iscritta in data anteriore, prevale sul privilegio del promissario acquirente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 275 ss.

Ruvolo, Michele, *Il contratto preliminare nella giurisprudenza. Questioni applicative e forme di tutela*, Milano, 2011.

Sacco, Rodolfo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Tomo I-II, Torino, 2016.

Salvadori, Maria Giulia e Scaliti, Gabriella, *La metamorfosi del contratto preliminare: riflessioni e spunti suggeriti dalla nuova disciplina sulla trascrizione*, in *Contr. e Impr.*, 1997, p. 671 ss.

Satta, Salvatore, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952.

Id. *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro It.*, 1950, p. 73 ss.

Scalfi, Giovanni, *Corrispettività e alea nei contratti*, Camerino, 1960.

Scaliti, Gabriella, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 1046 ss.

Scognamiglio, Claudio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

Semeraro, Maddalena, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. Civ.*, 2016, p. 333 ss.

Sereni, Cristina, *Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*, in *Notariato*, 2005, p. 169 ss.

Sicchiero, Gianluca, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.

Spada, Paolo, *Consenso e indici di circolazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, p. 393 ss.

Speciale, Renato, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990.

Id., *Il "Vorvertrag" nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, p. 45 ss.

Stefini, Umberto, *Il "preliminare di preliminare" e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 1230 ss.

Id., *Secondo le Sezioni Unite il "preliminare di preliminare" è valido; anzi no*, in *Dir. Civ. Cont.*, 9 giugno 2015.

Tamburrino, Giuseppe, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.

Tassinari, Federico, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Riv. Not.*, 1994, p. 49 ss.

Timpano, Eugenia, *Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 1089 ss.

Tomassetti, Claudio, *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 905 ss.

Tommasini, Maria, *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*, Milano, 2012.

Torrioni, Alessandro, *Il D.Lgs. n.122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. Not.*, 2007, p. 879 ss.

Toschi Vespasiani, Francesco, *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata"*, in *I contratti*, 2009, p. 986 ss.

Id., *La situazione soggettiva del promittente nel preliminare ad effetti anticipati*, in *I contratti*, 2008, p. 189 ss.

Id., *Il contratto preliminare. L'obbligo di dare ed i limiti di cumulabilità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. Civ.*, 2007, p. 792 ss.

Id., *Sull'efficacia di clausole del contratto preliminare non riprodotte nel definitivo*, in *I contratti*, 2007, p. 867 ss.

Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015.

Travaglino, Giacomo, *Il contratto con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (c.d. preliminare di preliminare) deve, o meno, ritenersi nullo per difetto di causa?*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1587 ss.

Trimarchi, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2023.

Triola, Roberto, *Contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014.

Id., *Contratto preliminare e garanzia per vizi*, in *Imm. e Propr.*, 2007, p. 657 ss.

Troisi, Bruno, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Camerino, 2003.

Tucci, Giuseppe, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2001, p. 476 ss.

Ugolini, Sonia, *Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione?*, in *Contr. e Impr.*, 2002, p. 86 ss.

Vaglio, Ermanno, *Il contratto preliminare e l'esatto adempimento*, in *I contratti*, 1995, p. 137 ss.

Valentino, Daniela, *La conclusione del contratto: alcune riflessioni*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2019, p. 497 ss.

Verdi Vanni, Matteo, *Patto commissorio e collegamento negoziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 509 ss.

Visalli, Nicolò, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art.2932 del Codice civile)*, Torino, 1995.

Vitalone, Vincenzo, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in Vitalone e Mosca, *I contratti preliminari*, Torino, 2014.

Volpe, Fabrizio, *Nuovi casi di diritto privato. Parte seconda*, Torino, 2014.



Zaccaria, Elena Christine, *Il conflitto fra il creditore privilegiato ex art.2775-bis Codice civile ed il creditore ipotecario*, in *I contratti*, 2004, p. 545 ss.





