

CORTE DI CASSAZIONE; sezione unite civili; sentenza, 08-07-1993, n. 7481

* * *

Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche.

1. - L'analisi della sentenza in epigrafe può articolarsi in due momenti distinti, l'uno volto all'esame della concreta fattispecie sottoposta alla corte, l'altro incentrato sulle condizioni cui la corte stessa subordina l'eseguibilità in forma specifica del contratto preliminare sottoscritto soltanto da uno dei comproprietari del bene promesso.

Sotto il primo profilo, può osservarsi che la vertenza è risolta da Cass. 7481/93 esclusivamente sulla base della seconda delle due scritture evocate nel processo, cioè quella che, sottoscritta da un comproprietario «per sé e altri eredi», le parti espressamente dichiarano costituire l'«assenso definitivo di accettazione del compromesso del 6 gennaio 1974 alle condizioni già pattuite».

Questo riferimento ad un «assenso definitivo» desta un primo dubbio sulla motivazione della sentenza, non già perché le parole usate dai contraenti vincolino il giudice (v. infatti *infra* n. 3), ma perché un così esplicito segnale stride con la qualificazione dell'atto come preliminare senza neppure una parola di chiarimento sul punto. I dubbi sono destinati ad aumentare quando si osservi che la domanda proposta in primo grado dal (presunto) promittente acquirente non mirava ad una sentenza che tenesse luogo del contratto definitivo non concluso, ma all'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione ed alla dichiarazione che il comproprietario convenuto in giudizio «era tenuto a fargli acquistare la proprietà dei beni oggetto del contratto». Il contenuto di quest'ultima domanda diviene chiaro quando si rammenti che il convenuto aveva espresso l'anzidetto «assenso definitivo» con la specificazione che egli firmava «per sé ed altri eredi»: se letta in connessione con queste parole, la seconda domanda si rivela diretta all'accertamento che il convenuto o aveva promesso il fatto del terzo, ovvero aveva agito in qualità di rappresentante senza potere.

Si viene, in tal guisa, delineando la strategia processuale dell'attore (quanto meno) nelle fasi di merito. Egli è convinto di essere in possesso di una scrittura privata avente ad oggetto il trasferimento di un bene di proprietà di una pluralità di soggetti, uno solo dei quali ha sottoscritto l'atto: ha dunque interesse, da un lato, a far divenire trascrivibile il proprio titolo in relazione alla quota del convenuto, e dall'altro lato a far accertare che l'anzidetta scrittura contiene anche un effetto obbligatorio – attinente alla promessa adesione degli altri comproprietari – da far valere, in ipotesi di persistente inadempimento, al fine di ottenere i relativi danni.

Stando a quel che è dato desumere dalla narrativa del processo, a questa linea ricostruttiva si attengono i giudici di merito; solo la Corte di cassazione svolge le sue argomentazioni in chiave di contratto preliminare, senza avvedersi, peraltro, che tale impostazione è in contraddizione con la domanda di accertamento di autenticità della sottoscrizione, sulla quale, pure, è chiamata a soffermarsi. Al riguardo, infatti, la corte intravede l'interesse dell'attore all'accoglimento di detta domanda nel fine di «far valere la responsabilità del Giracca quale *falsus procurator*». Sennonché, la circostanza che quest'ultimo avesse partecipato al contratto di cui è causa è sempre stata assolutamente incontestata dal medesimo, il quale, anzi, ha svolto difese che presupponevano siffatta partecipazione. L'interesse all'accertamento *de quo* può, dunque, rinvenirsi solo con riferimento all'art. 2657 c.c.

Su queste basi i riferimenti delle sezioni unite al contratto preliminare appaiono obiettivamente svincolati dalla situazione concreta dedotta in giudizio, la quale, invece, è analoga (anche lì si dibatteva su una scrittura privata di vendita) a quella risolta da Cass. 10 marzo 1981, n. 1341, *Foro it.*, 1982, I, 508, con nota di F. MACARIO, nel senso che «la vendita del bene comune come proprio da parte del comproprietario ha efficacia reale per la quota dell'alienante ed efficacia obbligatoria come vendita di cosa altrui per il resto». La suddetta ultroneità è, peraltro, avvertita dalla stessa sent. 7481/93, che, infatti, sostanzialmente recepisce la decisione assunta da Cass. 18 settembre 1991, n. 9749, *id.*, Rep. 1992, voce *Vendita*, n. 82, in una fattispecie avente ad oggetto una vendita definitiva.

Peraltro, l'evidenziato errore nella qualificazione dell'atto – oltre a costituire, come si vedrà, un dato non infrequente nelle vicende aventi ad oggetto contratti

definitivi conclusi per scrittura privata – ha almeno un riflesso positivo sulla specifica problematica in esame: infatti, contribuisce a dimostrare quanto sia fuorviante l'orientamento teso ad ancorare all'art. 2932 c.c., e segnatamente ai limiti da questo posti ai poteri del giudice, l'ostacolo all'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di vendita sottoscritto da un solo comunista. In particolare, la sentenza contribuisce a chiarire che il problema da essa esaminato investe in realtà il perfezionamento di qualsiasi atto di disposizione del bene in comunione, e prescinde, pertanto, vuoi dalla efficacia immediatamente definitiva, o solo preliminare, dell'atto medesimo, vuoi dalla natura del diritto oggetto della specifica disposizione. In altre parole, la norma rilevante per la soluzione del problema non è in ogni caso l'art. 2932 c.c., ma l'art. 1103 c.c., del quale, a ben vedere, le sezioni unite – non importa quanto consapevolmente – propongono una lettura estremamente restrittiva, quasi che esso fosse un'eccezione rispetto ad altra norma, fondante una regola generale idonea a configurare l'atto di disposizione del bene in comunione come atto complesso di tutti i comunisti.

Una norma siffatta, tuttavia, non esiste e la regola generale è espressa proprio dall'art. 1103, con la conseguenza che l'impostazione seguita da Cass. 7481/93 deve essere capovolta, nel senso che l'atto di disposizione sottoscritto da un solo comproprietario è efficace *pro quota* a meno che non emerga inequivocabilmente la volontà del quotista di condizionare il proprio consenso a quello degli altri: circostanza, quest'ultima, che nel caso in esame assolutamente non si dà.

Piuttosto, il vero problema posto da ipotesi siffatte concerne la determinazione del corrispettivo spettante al singolo quotista ed impegna il giudice di merito in una espressa motivazione sul punto quando sia dedotta nel processo una situazione di fatto tale da superare la presunzione di cui all'art. 1101 c.c. e non sia, pertanto, automatica l'individuazione del prezzo della sola quota interessata dal trasferimento.

2. - A più penetranti obiezioni si presta Cass. 14 marzo 1986, n. 1741, *id.*, Rep. 1987, voce *Contratto in genere*, n. 343, per esteso in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 673, con nota di CHIANALE, anch'essa apparentemente riferibile a fattispecie di preliminare di vendita di cosa parzialmente altrui.

Le linee essenziali della vicenda sono le seguenti: l'atto intercorso tra le parti ipotizzava un trasferimento «a misura» di un terreno di cui indicava le particelle; la consegna del fondo aveva avuto luogo subito dopo la conclusione del preliminare; i versamenti del prezzo erano proseguiti anche dopo la cennata consegna; a seguito del rifiuto del promittente venditore di porre in essere il contratto definitivo si instaurò il giudizio, nel corso del quale il fondo consegnato risultò *a)* essere inferiore per oltre la metà a quello descritto nel preliminare, *b)* costituire la sola parte di detto maggior fondo in piena proprietà del promittente venditore. Le parti incentrarono il dibattito processuale sul fatto che il promittente venditore non avesse la piena disponibilità dell'intero bene promesso e sul conseguente dubbio che il giudice non potesse emettere sentenza costitutiva avente ad oggetto soltanto quella parte del bene appartenente al promittente venditore.

La corte, sul presupposto che l'attore avrebbe spiegato «in una con l'azione ex art. 2932, l'azione di riduzione del prezzo di cui all'art. 1480», pronunciò la relativa sentenza con contestuale riduzione del prezzo.

Senonché, nella fattispecie il richiamo al preliminare di vendita di cosa parzialmente altrui non sembra esatto.

Invero, al fine di stabilire se realmente nella vicenda in discorso si dovesse affrontare il tema della parziale alienità della cosa promessa, si deve innanzi tutto procedere ad una esatta ricognizione dell'oggetto del contratto attraverso l'interpretazione del medesimo condotta con particolare attenzione al comportamento dei contraenti. In questa prospettiva assume decisiva rilevanza il fatto che: I) dopo il contratto preliminare fu immediatamente consegnata al compratore quella parte del bene promesso di proprietà del venditore, II) i versamenti del prezzo proseguirono anche dopo la consegna del terreno. Le riferite circostanze attestano il sostanziale accordo di entrambe le parti in ordine all'oggetto del loro affare, atteso che l'un contraente manifesta la propria volontà con la consegna di quel determinato bene e l'altro esprime una volontà corrispondente con la puntuale prosecuzione nel pagamento delle rate del prezzo anche dopo aver ricevuto il bene predetto.

A questo punto il fatto che in contratto il terreno fosse descritto come avente una ampiezza diversa da quella effettiva costituisce un dato rilevante non al fine della ricostruzione della volontà delle parti sull'oggetto del trasferimento, ma esclusivamente al fine di stabilire il prezzo del trasferimento medesimo: al riguardo – rammentato che trattavasi di vendita a misura – è decisivo il riferimento all'art. 1537 c.c., il quale rileva nella vicenda anche al fine di qualificare come mero errore di fatto (art. 1430 e 1431 c.c.) l'indicazione in contratto di particelle diverse da quelle effettivamente pertinenti al bene scambiato.

Ne segue che, una volta posta la domanda attorea in linea con le effettive dimensioni del bene risultanti dalla esperita consulenza tecnica, nella vicenda non si poneva alcun problema di diversità tra bene promesso e bene da trasferire ai sensi dell'art. 2932, dal momento che in entrambi i casi ci si riferiva al terreno effettivamente consegnato dal promittente al promissario. Con l'ulteriore conseguenza che, con il ritenere trasferibile detto bene a prescindere dalle (errate) indicazioni contrattuali, non è stato operato alcun ampliamento della tutela del promittente acquirente (1), ma si è semplicemente promossa un'esecuzione del contratto conforme ad una interpretazione del medesimo in linea con la vigente disciplina codicistica.

3. - La sentenza appena esaminata, oltre a ridimensionare la questione relativa agli interventi del giudice sul contratto preliminare di vendita di cosa parzialmente altrui, ha introdotto il tema del contratto preliminare ad esecuzione anticipata (2). Al riguardo si propongono i seguenti casi:

– Cass. 5 novembre 1980, n. 5940, *Foro it.*, 1981, I, 1113, con nota di SFORZA, ha ritenuto che né l'immediata consegna del bene, né l'integrale pagamento del prezzo sono sufficienti a configurare una vendita definitiva qualora dalle clausole dell'atto emerga che l'alienante acquisti la proprietà del bene dieci anni dopo la conclusione del contratto medesimo, e le parti rinviino a tale data la conclusione dell'atto pubblico.

La sunteggiata motivazione non è, tuttavia, soddisfacente poiché al contratto *de quo* può adattarsi perfettamente lo schema delineato dagli art. 1470, 1477 e 1478 c.c., i quali collegano anche temporalmente (art. 1477) la realizzazione dello scambio al perfezionamento di una vendita definitiva, ammettendo uno iato temporale tra fattispecie ed effetto traslativo (art. 1478, 2° comma).

– Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, *id.*, 1985, I, 1697, con nota di F. MACARIO, ha stabilito che il promittente acquirente può domandare, contestualmente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità della cosa. La sentenza – come noto – ha avuto vasta eco (3), ed è stata generalmente ritenuta un decisivo contributo a favore vuoi della tesi secondo la quale sarebbero applicabili al preliminare forme di tutela proprie del corrispondente definitivo, vuoi a favore dell'altra tesi – collegata alla precedente – secondo cui il giudice, nell'emettere la sentenza costitutiva, non sarebbe vincolato alla riproduzione delle condizioni del preliminare, potendo invece procedere alle integrazioni ed agli adattamenti ritenuti congrui in rapporto alla situazione nel frattempo determinatasi.

Senonché, nella valutazione della sentenza non si è tenuto conto delle seguenti caratteristiche della fattispecie: già alla conclusione del presunto preliminare fu corrisposto ben il settantuno per cento del prezzo complessivamente pattuito per la vendita dell'immobile; al tempo di detto contratto, l'immobile era pressoché ultimato, tanto da poter essere consegnato appena tre mesi dopo; sempre nel primo contratto era espressamente previsto che le parti avrebbero dato luogo a «consegna dell'immobile e contestuale pagamento del residuo prezzo indipendentemente dalla stipula del contratto definitivo».

A ben vedere, con il primo contratto le parti hanno dato in pratica subitaneo corso all'affare attraverso la corresponsione e l'accettazione di gran parte del prezzo, a fronte, del resto, di un bene prossimo al completamento, delle cui caratteristiche e del cui valore, pertanto, entrambi i contraenti avevano potuto ormai acquisire una chiara nozione. Il secondo contratto, invece, lungi dall'essere finalizzato all'introduzione di un assetto di interessi ancora inesistente (previa verifica della persistente convenienza del medesimo), o comunque dall'essere preordinato ad un qualsivoglia controllo (4), sarebbe anche potuto intervenire – secondo le parti – ad

«operazione» ormai conclusa: in tal senso è inequivocabile la (sopra ricordata) espressa previsione che «consegna dell'immobile e contestuale pagamento del residuo prezzo» avrebbero potuto aver luogo «indipendentemente dalla stipula del contratto definitivo». Insomma, lo scambio della cosa contro il prezzo è ascrivibile al primo e non al secondo contratto, cui non residua altra ragion d'essere se non quella di munire le parti di un documento trascrivibile, a sua volta surrogabile, non con l'azione costitutiva, ma con la più modesta verifica giudiziale della scrittura.

Ne segue che le sezioni unite, con il riconoscimento all'acquirente (presunto promittente) dell'azione «estimatoria», non hanno operato la «svolta epocale» intravvista da taluni commentatori, ma si sono semplicemente limitate ad applicare meccanismi giuridici coerenti con l'effettivo assetto di interessi posto in essere da un normale contratto di vendita redatto per scrittura privata, cui non può non applicarsi l'art. 1492 c.c.

– Nella vicenda decisa da Trib. Pavia 1° aprile 1992, *id.*, 1992, I, 3119, con osservazioni di N. COSENTINO, contestualmente al primo contratto, denominato dalle parti «contratto preliminare», avevano avuto luogo integrale pagamento del prezzo e «trasferimento del possesso e del godimento» del bene; sempre in detto contratto era previsto che «a semplice richiesta dell'acquirente» si desse luogo «alla firma dell'atto notarile d'intestazione in capo ad esso acquirente» del bene medesimo. Il tribunale ha qualificato il primo contratto «preliminare ad esecuzione anticipata», ritenendo a tal fine decisivo: I) che in detto contratto si «menziona soltanto il possesso, e non anche la proprietà sul bene oggetto del contratto»; II) che «sono la stessa parte acquirente, il suo legale ed il notaio rogante i primi ad essere convinti che la scrittura dedotta in giudizio contiene un preliminare vero e proprio». A seguito di questa decisione un soggetto è stato costretto a retrocedere il bene ricevuto dal venditore poi fallito, pur avendo corrisposto un prezzo ritenuto congruo dallo stesso curatore (ché altrimenti avrebbe esercitato l'azione revocatoria), nonché a far valere come chirografo il diritto alla restituzione del prezzo medesimo (con quali speranze di recupero, ognuno può immaginare).

Il comun denominatore dei casi da ultimo riportati (ed in quelli in tutto analoghi di cui è traccia nei repertori) consiste nel fatto che lo scambio della cosa contro il prezzo si è realizzato successivamente al primo contratto, esaurendo lo spettro delle reciproche prestazioni delle parti. Ciò malgrado, la natura di scrittura privata dell'atto, l'utilizzazione di locuzioni come «contratto preliminare», «prometto di vendere» e simili, la previsione di un successivo rogito notarile – altre spiegazioni «forti» non si intravedono – ha indotto la giurisprudenza ad escludere che contratti siffatti potessero avere anche un effetto reale, preferendosi immaginare l'apposita categoria del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati.

Già il nome è significativo indice dell'equivocità della figura, atteso che un effetto realizzatosi in anticipo rispetto alla relativa fattispecie è un «non senso». Esso, d'altra parte, riflette il connotato negativo fondamentale di detta figura, consistente nell'essere l'effetto giuridico (il trasferimento della proprietà) svincolato dalle attribuzioni patrimoniali poste in essere, cioè dalla distribuzione tra le parti di costi, benefici e rischi conseguenti al contratto: in breve, dall'assetto di interessi. In tal guisa viene meno l'indispensabile aderenza del «dover essere» all'«essere», del dato formale (si ripete: il trasferimento della proprietà) alla concretezza dello scambio della cosa con il suo prezzo: sembra disperdersi, insomma, quel richiamo alla realtà, al *factum*, più che al *dictum* delle parti, periodicamente rinnovato dalla migliore dottrina (5), che diviene un imperativo irrinunciabile se si vuole che gli schemi giuridici esistenti siano in grado di metabolizzare efficacemente l'accresciuto ruolo del contratto nell'era post-industriale (6).

Alla dottrina non è sfuggita la singolarità di un contratto definitivo che suggella un assetto di interessi già realizzatosi (7). Sennonché, essa – malgrado autorevoli ammonimenti (8) – ha avallato la giurisprudenza in esame, celebrando il ritorno al formalismo del «nudo» atto traslativo (9), il quale è tanto più ingiustificato perché non solo si pone in conflitto con i vigenti meccanismi di circolazione giuridica – sicuramente indisponibili per i privati perché espressione dei principi fondanti della comunità (10) –, ma non sembra neppure tutelare interessi concreti: i casi fin qui riportati dimostrano che le esigenze sostanziali in conflitto avrebbero avuto analoga (se non migliore: v. il caso deciso da Trib. Pavia) soddisfazione dalla applicazione di

criteri maggiormente radicati nella realtà delle cose. Né, sotto tale profilo, pare convincente individuare detto interesse concreto nella garanzia per l'alienante «a che venga corrisposto il prezzo concordato», ovvero nella effettuazione, durante l'intervallo tra preliminare e definitivo, di un controllo ed una verifica dei presupposti ritenuti essenziali (ad es., scoperta di oneri sulla cosa, vizi, difetti di qualità) (11): nel primo caso, non son chiare le insufficienze sostanziali al riguardo imputate alla ipoteca legale e al patto di riservato dominio; nel secondo, non si capisce quale migliore tutela possa accordare un preliminare rispetto ad un definitivo, per il soggetto che, dopo aver pagato il prezzo (cioè, dopo aver adempiuto), sopra vizi, oneri ecc.

4. - Non coincidono con le precedenti, le vicende risolte dalle seguenti decisioni:

– Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, *id.*, 1981, I, 177, con nota di LONERO: pattuita la vendita di un appartamento ancora in costruzione, insorse contrasto tra promittente acquirente e costruttore circa le rifiniture promesse. Il secondo si oppose alla domandata sentenza costitutiva con riduzione del prezzo, sul rilievo che, a causa della diversità del bene esistente rispetto a quello prestabilito, non sarebbe stato possibile riprodurre in sentenza il contenuto del contratto non concluso.

– Cass. 29 marzo 1982, n. 1932, *id.*, 1983, I, 1053: un'area fu ceduta con l'intesa che il cessionario avrebbe costruito un edificio riservando ai cedenti un appartamento di dimensioni specificate. Venuto ad esistenza un appartamento più grande, questi ultimi ne richiesero il trasferimento per un prezzo proporzionalmente maggiore di quello originariamente concordato. Anche in questo caso il costruttore oppose l'impossibilità per il giudice di discostarsi dalla pedissequa riproduzione di quanto previsto nel preliminare.

Il dato peculiare di questi casi consiste nell'impegno del (presunto) promittente venditore a costruire un bene secondo un progetto predeterminato (12); egli, inoltre, riceve la massima parte del corrispettivo in anticipo rispetto alla consegna del bene: più precisamente, il versamento del prezzo è correlato (anche temporalmente) al progredire della prestazione di *facere*. Questi elementi inducono, in primo luogo, a ribadire l'insufficienza dello schema del «preliminare», atteso che il versamento del prezzo costituisce la prestazione dell'acquirente e non del promittente acquirente; e, in secondo luogo, accentuano l'urgenza di salvaguardare le aspettative riposte da detto soggetto nell'esatto adempimento della controparte (13). In particolare, l'acquirente – adempita (si ripete) la propria obbligazione prima di ricevere alcuna attribuzione patrimoniale dalla controparte – si attende che il bene abbia le caratteristiche pattuite e che esso, una volta venuto ad esistenza, non sia ceduto a terzi.

A tal fine occorre muovere dal fatto che, nell'ambito dell'assetto di interessi realizzato, l'obbligazione di *facere* del costruttore assume una rilevanza almeno pari a quella di dare, atteso che alla evidenziata correlazione col prezzo si aggiunge la constatazione che senza di essa il bene promesso neppure verrebbe ad esistenza. Sul piano della qualificazione giuridica, ciò, innanzi tutto, conferma ancora una volta l'irriducibilità al preliminare di uno schema negoziale caratterizzato da obbligazioni già assunte in via definitiva; e, al tempo stesso, proietta seri dubbi sulla figura della vendita di cosa futura: anch'essa, infatti, non assicura adeguata rilevanza all'evidenziato obbligo di *facere* del costruttore (14), se è vero che in detta vendita «il venditore si obbliga a procurare la proprietà dell'edificio (e quindi a costruirlo)» e l'obbligo di *facere* integra «un'obbligazione unilaterale che non sta in relazione sinallagmatica con l'obbligazione del compratore al prezzo».

La pluralità di funzioni assolute depone, piuttosto, a favore dell'atipicità del contratto (15). Al riguardo, l'autorevole opinione che non intravede spazio per «una terza ipotesi negoziale», distinta dalla locazione d'opera e dall'appalto, da un lato, e dalla vendita di cosa futura dall'altro lato (16), non sembra soddisfacente: non indica, con riferimento all'art. 1322, 2° comma, c.c., quali siano i profili di immeritevolezza esibiti in una vicenda dove non è possibile configurare una locazione d'opere o un appalto perché il bene, o il suolo su cui il medesimo insiste, sono inizialmente del costruttore, e dove lo schema dello scambio di cosa contro prezzo appare troppo angusto rispetto al decisivo rilievo assunto nell'economia contrattuale dalla *faciendi necessitas* del venditore.

Su queste premesse, può darsi adeguata tutela all'acquirente. Infatti, in ipotesi di

difformità o di mancanza di qualità pattuite può darsi ingresso alle azioni descritte dagli art. 2931 e 2933 c.c., a favore delle quali milita l'atipicità di dette forme di tutela se riferite ad obblighi di origine contrattuale (17), secondo un'impostazione avvalorata per un verso dalla libertà nel regolamentare i propri interessi riconosciuta ai privati dagli art. 41 Cost. e 1322, 2° comma, c.c., e per altro verso dalla necessità di dare adeguata attuazione al principio di esatto adempimento sancito dagli art. 24 Cost. e 1218 c.c.

Quanto all'altro aspetto, concernente la possibile rivendita a terzi del bene stesso, dall'affermata definitività del contratto consegue l'automaticità dell'effetto traslativo non appena se ne crei il presupposto, vale a dire la venuta ad esistenza del bene. A questo punto il problema, al pari di qualsiasi altra vendita immobiliare, si traduce nella necessità di una tempestiva trascrizione onde evitare formalità pregiudizievoli.

Al riguardo, novellato l'art. 2826 c.c. dalla l. 27 febbraio 1985 n. 52, è venuto meno un argomento per sostenere l'intrascrivibilità della vendita di edificio in costruzione (18), dal momento che a tal fine sono ormai utilizzabili i dati catastali del terreno su cui insiste il bene in corso di edificazione. Pertanto, a contrastare l'immediata trascrivibilità dell'atto in discorso, residua il solo differimento dell'effetto traslativo al momento della venuta ad esistenza del bene (19). Sembra, peraltro, possibile dubitare di detto argomento (20): invero, se, almeno tendenzialmente, la trascrizione è volta a rafforzare la sicurezza del traffico (21) e nel sistema italiano vigente non attiene alla fattispecie sostanziale acquisitiva (22), non si intravedono ostacoli negli art. 2643 e 2645 c.c. all'immediata trascrivibilità di un atto con cui, a ben vedere, il soggetto legittimato imprime la definitiva destinazione ad un bene, la cui natura di cosa futura non esclude che possa essere oggetto di disposizione (art. 1348 c.c.) (23).

5. - In chiusura, si propone lo spunto problematico offerto da Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, *id.*, 1990, I, 564, con nota di F. MACARIO: i promittenti venditori di un terreno agricolo ricevettero al momento del contratto preliminare circa il trenta per cento del prezzo complessivo, rinviando l'approfondimento di ogni ulteriore aspetto dell'affare alla conclusione del definitivo. In seguito, tuttavia, a causa del quadruplicarsi del valore del bene, chiesero la risoluzione del contratto preliminare per sopravvenuta eccessiva onerosità, ma la corte, in adesione alla domanda proposta dal convenuto, dispose la riduzione ad equità del prezzo.

Nel caso in esame si aggrava l'indistinzione tra preliminare e definitivo già ampiamente riscontrata nella precedente rassegna, nel senso che qui si applica la disciplina propria del definitivo ad un assetto di interessi che non può dirsi tale, tenuto conto della limitata quota di prezzo versata a seguito del primo contratto. Ma quel che rende paradigmatica la vicenda è il fatto che essa verte su un tema, quello della eccessiva onerosità sopravvenuta, particolarmente adatto a segnalare i riflessi della denunciata indistinzione tra preliminare e definitivo. Il tema, infatti, è strettamente connesso all'«alea contrattuale», cioè alla ripartizione, effettuata dalle parti attraverso l'adozione di uno specifico schema contrattuale, del rischio per avvenimenti incidenti sulle aspettative e sugli interessi coinvolti nel singolo affare (24).

Orbene, con questa sentenza la Corte di cassazione ha sancito che chi conclude un contratto preliminare si espone ai medesimi rischi accettati dal contraente di un contratto definitivo: il che equivale a dire che la promessa di vendita vale vendita!

Non è chi non veda come una siffatta conclusione (che esprime il *Leitmotiv* dell'analisi qui proposta) apra il campo ad una alternativa secca: o si prende atto che è in realtà priva di significato concreto la mancata recezione – sia nel codice civile previgente, sia in quello attuale – del precedente costituito dall'art. 1589 del *Code Napoleòn* (25); ovvero si ammette che lo stato attuale della giurisprudenza (e della riflessione teorica) sul contratto preliminare non può dirsi soddisfacente, dal momento che evidentemente difetta una descrizione del medesimo in grado di offrire, nel rispetto del complesso delle norme vigenti, una convincente individuazione delle differenze con il corrispondente definitivo.

GIOACCHINO LA ROCCA

--- Estremi documento ---

Archivio: foro italiano**Tipo documento:** nota a sentenza**Vai a:** sentenza, nota a sentenza, nota a sentenza**Voci e sottovoci Repertorio:**

Contratto in genere [1740]

*Contratto, preliminare***Autore:** Gioacchino La Rocca**Titolo:** Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche.**Giudicante:** CORTE DI CASSAZIONE; sezione unite civili; sentenza, 08-07-1993, n. 7481**Magistrati:** Pres. Brancaccio, Est. Triola, P.M. Di Renzo (concl. parz. diff.)**Parti e avvocati:** Buffa (Avv. Cersosimo, Nela) c. Gius. Giracca (Avv. Villani, Gogliano) e altro G. Giracca (Avv. Romanelli, Passeri) c. Buffa e altro.**Giudizio precedente:** Cassa App. Torino 5 maggio 1990.**Nella rivista:** anno 1993, parte I, col. 2457**--- Note ---**

(1) Così CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in nota a Cass. 1741/86, cit., 675.

(2) Su cui v., da ultimo, DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991.

(3) V. in proposito MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 238 ss.; CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 29 ss., spec. 45 ss.

(4) Così invece, CHIANALE, *op. cit.*, 696.

(5) E v. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, rist. 1990, 96 ss. e 229; GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, 6; i *consiliatores* del XVI secolo citati da ASTUTI, *Promesse de vente vaut vente*, in *Riv. st. dir. it.*, 1953-54, 247 ss., 262, n. 23; i giureconsulti romani cennati da FREZZA, *'Fides bona'*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 27 ss.

(6) V. AA.VV. *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazioni*, Bologna, 1993, spec. il saggio di GALGANO.

(7) V. in particolare A. LENER, nota a Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669.

(8) MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, 511.

(9) Tale sarebbe il definitivo secondo SPECIALE, *Il «Vovertrag» nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 45 ss.; CHIANALE, *op. cit.*, 673 ss.; ID., *L'esecuzione in forma specifica con riduzione del prezzo*, in *Resp. civ.*, 1987, 545 ss.; ID., *Obbligazione di dare ed atti traslativi 'solvendi causa'*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233 ss.; PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974; ID., *Contratto preliminare*, Padova, 1991; cui adde LENER, cit., col. 672.

(10) Cfr. MENGONI, *Gli acquisti 'a non domino'*, Milano, 1975, 41 ss.; SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 280 ss.; GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. I. La Costituzione economica*, Padova, 1977, 91, 99 s.

(11) Così SPECIALE, *op. cit.*, 89, e CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, cit., 696.

(12) Ai casi menzionati nel testo sembra potersi aggiungere Cass. 17 novembre 1990, n. 11126, *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 292, che, peraltro, qui non può sottoporsi ad analisi data l'indisponibilità della motivazione.

(13) Urgenza sottolineata da COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, in *Democrazia e diritto*, 1973, fasc. 4, 19 ss., e 1974, 269 ss., ma in una prospettiva diversa da quella qui adottata.

(14) La posizione subordinata, assunta da detto obbligo nel contesto della vendita di cosa futura, si avverte agevolmente nelle prospettazioni, sia della dottrina volta a

comprendere l'obbligo di fare in discorso nell'ambito della vendita di cosa futura, sia – a maggior ragione – di quella contraria a detta associazione: v. infatti GORLA, *La compravendita*, Torino, 1937, 246 s.; RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, 182 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972, 338; FURGIUELE, *Vendita di 'cosa futura' e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, 101 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita* in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 88. Per rilievi analoghi a quelli formulati anche poco oltre nel testo, v. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 827 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 279 ss. Posizione peculiare è quella di PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1962, I, 39 ss., 185 ss., che, pur nel contesto della vendita di cosa futura, perviene a conclusioni sostanzialmente concordi con quelle qui esposte.

(15) Cfr. sul tema BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, I, 65 s.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 231 ss., 352 ss.; e v. anche DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 151 ss.

(16) GRECO-COTTINO, *op. cit.*, 84.

(17) ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, III, 323.

(18) V. RUBINO, *op. cit.*, 190, n. 172; nel senso del testo, v. MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, 1 ss., spec. 6.

(19) L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 68; NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973, I, 90.

(20) E v. infatti lo scetticismo che l'accompagna in dottrina prestigiosa: RUBINO, *op. cit.*, 190; BIANCA, *op. cit.*, 342.

(21) PUGLIATTI, *La trascrizione*, Milano, 1957, I, 122 ss.; FERRI, *op. cit.*, 1 ss.; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 495 ss.

(22) PUGLIATTI, *op. cit.*, 429 s.; NICOLÒ, *op. cit.*, 118. *Contra*, MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1984, 347 ss.

(23) Cfr. PERLINGIERI, *op. cit.*, 260 ss.; FURGIUELE, *op. cit.*, 357 ss.; MARICONDA, in *Trattato* diretto da RESCIGNO, Torino, 19, 81 ss.; GABRIELLI, *op. cit.*, 437.

(24) V., anche per riferimenti, ALPA, *Rischio* (dir. vig.), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, XL, 1144 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

(25) Ma, in questo caso, occorre essere consapevoli, da un lato, che si percorre il mai affidabile sentiero di far carico al legislatore della stoltezza di non aver seguito il pur autorevole esempio, scegliendo una via estremamente faticosa e costosa per giungere al medesimo risultato; e, dall'altro lato, che si omette di tener conto quanto meno che, a ben leggere, l'art. 2932 c.c. non autorizza siffatta equazione, dal momento che espressamente subordina l'emissione della sentenza costitutiva a due condizioni (v. in proposito NICOLETTI, *Sul significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 396 ss.; ID., *Disciplina del preliminare ed aspettativa sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 60 ss., con conclusioni, peraltro, che non possono analizzarsi nel limitato spazio del presente scritto).