

# POSSIBILITÀ GIURIDICA ED ESECUZIONE COATTIVA DELL'OBBLIGO DI CONTRARRE

ANTONIO MAGRÍ

## Sommario

SOMMARIO: 1. La possibilità giuridica come requisito attinente alla fase perfezionativa del rapporto contrattuale. - 2. L'alienazione del bene promesso in vendita quale causa immediata di impossibilità giuridica del trasferimento. - 3. Rilevanza della disciplina della trascrizione nel giudizio relativo alla possibilità di esecuzione coattiva dell'impegno traslativo. - 4. Possibilità giuridica e trascrizione della domanda giudiziale, ovvero del preliminare. - 5, Possibilità giuridica e pubblicità della sentenza di esecuzione specifica in assenza di preventiva trascrizione della domanda o del contratto preliminare. - 6. Alienazione a terzi, possibilità giuridica e vendita di cosa altrui. - 7. Differimento dell'effetto traslativo e possibilità di esecuzione coattiva. - 8. Conclusioni.

### 1. - *La possibilità giuridica come requisito attinente alla fase perfezionativa del rapporto contrattuale*

L'art. 2932 c.c. subordina l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre a due limiti di ordine generale <sup>1</sup>consentendo di ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso esclusivamente qualora sia *possibile* e non *sia escluso dal titolo*. Mentre il requisito della non esclusione dal titolo non sembra suscitare interrogativi di particolare rilievo<sup>2</sup>, non altrettanto può dirsi in relazione al secondo requisito, con riguardo al quale i dubbi e le incertezze hanno investito finanche la natura della possibilità cui l'art. 2932 c.c. allude. Secondo parte della dottrina, infatti, essa andrebbe intesa in senso strettamente giuridico, escludendosi ogni valutazione intorno alla possibilità di fatto<sup>3</sup>. Al riguardo non si è tuttavia mancato di obiettare come la lettera dell'art. 2932 c.c. non consenta di operare alcuna distinzione fra i vari tipi di possibilità, rendendo preferibile un'interpretazione non restrittiva dei presupposti per l'accoglimento della domanda <sup>4</sup>.

Mentre il profilo della possibilità di fatto sembra non essere stato in grado di attrarre l'attenzione degli interpreti, di particolare interesse è il dibattito svoltosi intorno a quello della possibilità giuridica, per la varietà delle interpretazioni di cui ha costituito oggetto.

Secondo un'autorevole dottrina<sup>5</sup>, siffatta possibilità difetterebbe nell'ipotesi di contratti aventi per oggetto un *facere* infungibile per il noto principio secondo cui *nemo ad factum cogi potest*. In tal modo tuttavia si confonde la possibilità di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre con la possibilità di esecuzione coattiva delle obbligazioni nascenti dal contratto non concluso e si fa avanzare il termine di riferimento del giudizio di possibilità addirittura oltre la fase esecutiva del contratto non concluso per giungere fino alla successiva fase dell'inadempimento. Un simile esito sembra contraddetto dal dato normativo, dal quale emerge che presupposto per l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre non è la possibilità di esecuzione coattiva delle obbligazioni nascenti dal contratto non concluso, bensì la possibilità di conseguire gli effetti di questo attraverso una sentenza che tenga luogo del consenso non prestato.

Sembra dunque doversi escludere ogni valutazione attinente alla fase esecutiva del contratto, assumendo unicamente rilievo la fase perfezionativa, in relazione alla quale il requisito della possibilità giuridica impone di valutare se la sentenza di cui all'art. 2932 sia in grado di realizzare gli effetti del contratto non concluso garantendo la valida costituzione del rapporto contrattuale.

Nel caso concreto l'esclusione di un simile risultato può dipendere da ragioni attinenti alla fase perfezionativa del negozio ovvero da ragioni attinenti all'oggetto dello stesso. Con riguardo alle prime, deve rilevarsi la tendenziale compatibilità fra requisiti del procedimento di formazione del contratto e sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre, ben potendo di regola il consenso essere sostituito dalla pronuncia del giudice <sup>6</sup>.

Con riguardo al secondo ordine di cause impedienti l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, vengono in rilievo gli ostacoli relativi al contenuto del rapporto contrattuale che si intenda costituire in via coattiva. Si tratta delle ipotesi in cui l'assetto di interessi programmato dalla legge o dal titolo negoziale <sup>7</sup>non possa essere realizzato per un impedimento operante sul piano dell'oggetto. Si pensi al caso di distruzione o di mancata costruzione del bene promesso in vendita, ovvero, con specifico riguardo alle ipotesi di impossibilità giuridica, al caso di espropriazione dello stesso per pubblica utilità <sup>8</sup>.

Fra i casi paradigmatici di impossibilità giuridica, suole segnalarsi quello di appartenenza a terzi del bene promesso in vendita <sup>9</sup>e, fra questi, particolare interesse

suscita l'ipotesi in cui l'altruità del bene dipenda dall'alienazione fattane dal promittente venditore successivamente alla stipulazione del preliminare. Al riguardo occorre tuttavia distinguere a seconda che essa abbia per oggetto beni mobili (dei quali ci si occuperà in seguito <sup>10</sup>) ovvero immobili o mobili registrati, in relazione ai quali l'art. 2932 c.c. deve essere coordinato con le norme dettate in materia di trascrizione della domanda giudiziale e di trascrizione del contratto preliminare.

Con riguardo alla prima, l'art. 2652 n. 2 c.c. stabilisce che la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda. Con riguardo alla seconda, la tutela del promissario acquirente è stata recentemente corroborata dall'introduzione della trascrizione del preliminare, in relazione alla quale l'art. 2645-bis comma 2 c.c. stabilisce che la trascrizione del contratto definitivo, come pure la trascrizione della sentenza di cui all'art. 2932 c.c., prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Di fronte a tali disposizioni sorge il dubbio che il concreto operare del sistema pubblicitario possa influire sul giudizio di possibilità condotto ai sensi dell'art. 2932 c.c. Al riguardo più d'una paiono le vie astrattamente percorribili. Potrebbe ritenersi, in primo luogo, che l'esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre sia giuridicamente impossibile per il sol fatto che il bene sia stato alienato a terzi. In secondo luogo potrebbe darsi rilievo al sistema di pubblicità immobiliare affermando che la paventata impossibilità si prospetti esclusivamente nell'ipotesi in cui l'alienazione sia stata debitamente trascritta. Ma nemmeno è da escludere che possa in ultima istanza affermarsi la possibilità di esecuzione specifica pur dopo la trascrizione dell'atto di alienazione.

Fra le soluzioni astrattamente ipotizzabili, mentre le prime due hanno incontrato consensi in dottrina e in giurisprudenza <sup>11</sup>, la terza non sembra aver sino ad ora suscitato particolare interesse negli interpreti, che paiono tacitamente concordi sulla necessità di escludere che all'alienazione tempestivamente trascritta del bene promesso in vendita possa seguire l'esecuzione dell'obbligo di contrarre inadempito.

Proprio in tale direzione sembra dunque doversi estendere l'indagine intorno alla possibilità giuridica, per verificare se essa incontri un limite davvero invalicabile nella trascrizione utile dell'atto di trasferimento del bene oggetto dell'impegno traslativo. A tal fine appare preliminarmente necessario tentare di tracciare la linea di confine fra alienazione a terzi e possibilità giuridica, non trascurando di vagliare se, in relazione ai beni soggetti a trascrizione, la sua posizione sia condizionata dal concreto operare del sistema pubblicitario.

2. - *L'alienazione del bene promesso in vendita quale causa immediata di impossibilità giuridica del trasferimento*

Secondo un primo orientamento <sup>12</sup>, l'alienazione a terzi del bene promesso in vendita determinerebbe in via assoluta quell'impossibilità giuridica che l'art. 2932 eleva a requisito negativo di fattispecie <sup>13</sup>.

A nulla rilevarebbe, in una simile ipotesi, la circostanza che la domanda sia stata tempestivamente trascritta, poiché, secondo l'orientamento in esame, l'art. 2652 n. 2 non sarebbe deputato a risolvere il conflitto fra promittente venditore e promissario acquirente, ma presupporrebbe quel conflitto già risolto in favore del secondo. Si afferma infatti che le norme sulla trascrizione sono chiamate ad operare unicamente nella soluzione dei conflitti fra più acquirenti del medesimo dante causa. Esse non potrebbero dunque essere invocate ove si controverta intorno all'adempimento del preliminare né potrebbero influire sulla possibilità di esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre.

È dunque evidente come, in tale ottica, l'alienazione a terzi del bene promesso in vendita sia di per sé in grado di determinare la definitiva impossibilità di realizzare in via coattiva l'effetto promesso. Sicché, rilevata l'idoneità del semplice consenso alla produzione di effetti traslativi (art. 1376 c.c.) ed escluso il ricorso ai criteri di prevalenza operanti in materia di trascrizione, una logica formalmente ineccepibile induce ad affermare che l'alienante non possa trasferire quel medesimo diritto ad altri. Ciò sembrerebbe esigere il principio logico di non contraddizione da cui promana, secondo la migliore dottrina <sup>14</sup>, il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet*.

3. - *Rilevanza della disciplina della trascrizione nel giudizio relativo alla possibilità di esecuzione coattiva dell'impegno traslativo*

L'asserita irrilevanza delle norme sulla trascrizione rischia di generare alcuni inconvenienti di ordine pratico prima ancora che teorico.

Se la persistente titolarità in capo al promittente venditore fosse l'unico elemento in grado di decidere della possibilità di esecuzione in forma specifica, il promissario acquirente rischierebbe di vedere in ogni caso preclusa la via della realizzazione coattiva del proprio interesse. Qualunque alienazione, purché anteriore alla sentenza, sarebbe infatti in grado di incidere negativamente sulla possibilità di esecuzione specifica, a nulla rilevando la collocazione temporale dell'alienazione rispetto alla proposizione e all'eventuale trascrizione del contratto preliminare o della domanda giudiziale.

Sicché al promittente infedele che intendesse sottrarsi ai fastidi della soccom-

benza sarebbe consentito rendere giuridicamente impossibile l'accoglimento della domanda alienando il bene sino ad un istante prima della sentenza<sup>15</sup>. Si perverrebbe in tal modo ad una sostanziale espunzione degli artt. 2645-*bis* e 2652 n. 2 c.c. dal sistema, in quanto, accogliendo un'interpretazione che offra il destro a simili espedienti, ben difficilmente, nell'ipotesi di alienazione a terzi del bene promesso in vendita, potrebbe pervenirsi alla pronuncia di una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso e ben più raramente potrebbe realizzarsi quel conflitto che le norme sulla trascrizione del contratto preliminare e sulla trascrizione della domanda giudiziale paiono chiamate a risolvere.

Ciò impone di rivedere intorno all'esclusione di tali norme dal novero degli elementi rilevanti nel giudizio sulla possibilità giuridica di esecuzione in forma specifica. Al riguardo pare preliminarmente necessario stabilire se la circostanza che gli artt. 2645-*bis* e 2652 n. 2 c.c. siano chiamati a risolvere il conflitto fra più acquirenti dal medesimo dante causa sia davvero in grado di escluderne l'invocazione nel conflitto fra promissario acquirente e promittente venditore, potendosi sensatamente valutare solo in seconda battuta se le norme sulla trascrizione siano in grado di tramutare un'impossibilità logica (il trasferimento in via coattiva di un bene già alienato) in possibilità giuridica.

Ora, secondo l'orientamento sopra illustrato<sup>16</sup>, l'art. 2652 n. 2, essendo chiamato a risolvere il conflitto fra più acquirenti dal medesimo dante causa, nessun rilievo assumerebbe nel giudizio relativo all'esecuzione coattiva del preliminare, nel quale si controverte unicamente fra promittente venditore e promissario acquirente.

Al riguardo, deve osservarsi come la norma invocata per la soluzione del conflitto fra le parti del preliminare sia non già l'art. 2652 n. 2, né l'art. 2645-*bis* comma 2, bensì l'art. 2932 c.c. La disciplina relativa agli effetti della trascrizione assume rilievo unicamente in via mediata.

Il giudizio di possibilità giuridica richiesto in via preliminare dall'art. 2932 c.c., infatti, impone al giudice di verificare se la realizzazione dell'effetto programmato dalle parti incontri degli ostacoli di ordine giuridico. Ma è evidente come un simile accertamento debba essere condotto avendo riguardo all'intero sistema, vale a dire considerando, accanto alle norme in grado di dar luogo ad un'impossibilità giuridica, quelle che ad essa siano in grado di porre rimedio. E non v'è dubbio che se fra le prime può annoverarsi la regola dell'inefficacia dell'atto di disposizione compiuto dal non legittimato, fra le seconde devono collocarsi gli artt. 2645-*bis* e 2652 n. 2 c.c.

Sicché, nell'ipotesi di alienazione a terzi del bene promesso in vendita, l'accertamento della possibilità di esecuzione in forma specifica si traduce in un giudizio

prognostico in cui da un lato si ipotizza l'accoglimento della domanda e dall'altra si prospetta l'esito del conflitto fra terzo avente causa dal promittente venditore e promissario resosi, in ipotesi, acquirente *ex art. 2932 c.c.*

Ad un simile conflitto non potrà darsi soluzione che invocando gli artt. *2645-bis* comma 2 e 2652 n. 2 c.c., chiamati così a svolgere, ancorché in via ipotetica, quella funzione di criterio di prevalenza che il sistema pubblicitario loro assegna.

#### 4. - *Possibilità giuridica e trascrizione della domanda giudiziale, ovvero del preliminare*

Accertata la rilevanza degli artt. *2645-bis* e 2652 n. 2 c.c. nel giudizio relativo alla possibilità di esecuzione in forma specifica, deve valutarsi se ed in quale misura tali norme siano in grado di tramutare in possibilità giuridica l'impossibilità logica generata dall'alienazione a terzi del bene promesso in vendita. A tal fine è necessario accertare la natura e gli effetti della trascrizione della domanda di esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre, nonché della trascrizione del contratto preliminare.

Secondo un primo orientamento <sup>17</sup>, la pubblicità della domanda attribuirebbe effetto retroattivo alla sentenza di accoglimento anche nei confronti del terzo avente causa dal promittente venditore. L'art. 2652 n. 2 c.c. non mirerebbe dunque alla soluzione del conflitto fra più acquirenti dal medesimo dante causa <sup>18</sup>, bensì si limiterebbe ad assicurare la retroazione degli effetti della sentenza in danno dei terzi.

In contrario deve osservarsi come il numero 2 dell'art. 2652 c.c. incida non già sugli effetti della sentenza, bensì unicamente sugli effetti della relativa trascrizione. Si rammenterà infatti come l'art. 2643 n. 14 c.c. prescriva la pubblicità delle sentenze produttive di effetti costitutivo-traslativi relativamente a diritti reali immobiliari, e come a tale norma l'art. 2644 c.c. faccia rinvio nel descrivere gli effetti della trascrizione. Sicché, di regola, la trascrizione della sentenza costitutiva prevarrà *ex art. 2644 c. 2 c.c.* unicamente sulle trascrizioni successivamente curate. Ebbene, l'art. 2652 n. 2 c.c. deroga a tale principio consentendo alla trascrizione della sentenza pronunciata *ex art. 2932 c.c.* di prevalere sulle formalità pubblicitarie, che, sebbene ad essa anteriori, siano state curate successivamente alla trascrizione della domanda giudiziale <sup>19</sup>.

In tal senso l'art. 2652 n. 2 c.c. rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale di retroattività degli effetti, si badi, non già della sentenza, bensì della trascrizione di questa <sup>20</sup>. La norma svolge dunque una funzione del tutto analoga a quella di cui all'art. 2644 c.c. <sup>21</sup>, dal quale si differenzia unicamente per la retroattività degli

effetti della trascrizione, resa necessaria dall'esigenza di evitare che la durata del processo si risolva in danno dell'attore.

Sicché, a prescindere dalla ricostruzione dogmatica cui s'intenda aderire circa la natura degli effetti della trascrizione<sup>22</sup>, si dovrà riconoscere che la prevalenza assicurata dall'art. 2644 c.c. al secondo acquirente primo trascrivente in nulla differisce, sotto il profilo qualitativo, da quella che l'art. 2652 n. 2 c.c. garantisce a chi si sia reso acquirente in virtù di una sentenza di esecuzione specifica debitamente trascritta<sup>23</sup>, avendo curato la trascrizione della domanda in data anteriore alla trascrizione dell'atto di alienazione in ogni tempo compiuto dal promittente venditore.

Allo stesso modo l'art. 2645-bis c. 2 costituisce un'ulteriore ipotesi di retroattività degli effetti della trascrizione, potendosi fondatamente ritenere che la prevalenza assicurata alla trascrizione del contratto definitivo o alla trascrizione della sentenza di esecuzione in forma specifica rispetto alle trascrizioni ed iscrizioni ad esse anteriori, ma successive alla trascrizione del preliminare, si realizzi secondo modalità del tutto analoghe a quelle indicate dall'art. 2644 c.c.<sup>24</sup>.

Ora, con riguardo a tale norma, la migliore dottrina<sup>25</sup> non manca di segnalare come la prevalenza del secondo acquirente prima trascrivente *valga a trasformare un'impossibilità giuridica* (quella di fare un acquisto da chi ha già alienato o costituito a favore di altri il dato diritto) in una *possibilità giuridica*. Sicché, stante la rilevata identità di funzione intercorrente fra l'art. 2644 c.c. da un lato e gli artt. 2645-bis e 2652 n. 2 c.c. dall'altro, anche con riguardo alla pubblicità del contratto preliminare e della domanda di esecuzione in forma specifica potrà affermarsi l'idoneità della trascrizione a rimuovere quell'impossibilità giuridica cui la precedente alienazione a terzi del bene promesso in vendita parrebbe dar luogo<sup>26</sup>.

Può dunque affermarsi che la tempestiva trascrizione della domanda, come pure la preventiva trascrizione del preliminare, sia in grado di incidere sulla possibilità di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e che gli artt. 2645-bis e 2652 n. 2 c.c. assumano in tale sede il massimo rilievo, essendo in grado di incidere in modo decisivo sull'esito del giudizio. Tutto ciò a dimostrazione della rilevanza che le norme sulla trascrizione assumono nel conflitto fra promittente e promissario e della loro necessaria incidenza nel giudizio circa la possibilità giuridica della sentenza traslativa in presenza di un'antecedente alienazione a terzi del bene promesso.

Deve, dunque, senz'altro ritenersi che il giudice possa accogliere la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre regolarmente trascritta, ovvero assistita dalla trascrizione del contratto preliminare, ove non constino trascrizioni anteriori contro il promittente relativamente al medesimo diritto<sup>27</sup>. Gli artt.

2645-*bis* e 2652 n. 2 c.c., infatti, garantiscono, con un grado di probabilità che si avvicina alla certezza, che la sentenza emessa *ex art.* 2932 c.c. realizzi, anche in confronto dei terzi, un effetto traslativo reso possibile dalla retroattività degli effetti della trascrizione.

5. - *Possibilità giuridica e pubblicità della sentenza di esecuzione specifica in assenza di preventiva trascrizione della domanda o del contratto preliminare*

Verificata l'influenza che la trascrizione del contratto preliminare e la trascrizione della domanda giudiziale esercitano sulla possibilità di cui all'art. 2932 c.c., è sensato chiedersi se esse debbano elevarsi al rango di condizioni dell'azione. Ci si domanda, in altre parole, se, nell'ipotesi in cui né il preliminare, né l'atto introduttivo del giudizio siano stati trascritti, il giudice possa accogliere l'istanza avanzata dal promissario acquirente <sup>28</sup>.

Al riguardo deve rammentarsi che l'art. 2643 n. 14 c.c. prevede la trascrizione della sentenza costitutiva e che a questa l'art. 2644 c.c. assicura la prevalenza sulle trascrizioni successivamente curate garantendo all'attore, resosi acquirente in via giudiziale, di prevalere su chi, anche in data anteriore alla pronuncia della sentenza, abbia acquistato il medesimo diritto dal convenuto soccombente.

Nell'ipotesi in cui l'alienazione del bene promesso in vendita non sia stata trascritta, dunque, l'art. 2644 c.c. rende possibile il conseguimento del medesimo risultato assicurato dall'art. 2652 n. 2 c.c.. Infatti, ove la trascrizione della sentenza preceda quella avente per oggetto l'alienazione del terzo acquirente dal promittente venditore, il promissario acquirente conseguirà la titolarità del bene oggetto del preliminare, ancorché alienato anteriormente alla sentenza.

È tuttavia evidente come l'art. 2644 c.c. non neutralizzi il rischio di una prevalenza della trascrizione curata dal terzo anteriormente alla trascrizione della sentenza, in quanto, nell'intervallo occorrente fra la sentenza e la pubblicità di questa, il terzo potrebbe presentare il proprio atto di acquisto alla conservatoria dei registri immobiliari, rendendo *inutiliter data* la sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre. In una simile ipotesi, infatti, sarebbe a questa impedito di dispiegare quegli effetti traslativi che al momento della decisione al giudice siano parsi possibili *ex art.* 2644 c.c., in ragione del difetto di trascrizione dell'acquisto del terzo.

Ciò tuttavia non può indurre di per sé a ritenere che la pubblicità del preliminare e la trascrizione della domanda siano *conditiones sine qua non* dell'accoglimento di questa <sup>29</sup>.

Gli artt. 2645-*bis* e 2652 n. 2 c.c., infatti, si differenziano dall'art. 2644 c.c. per



il sol fatto di consentire di valutare anticipatamente se la trascrizione della sentenza avrà prevalenza su eventuali altri atti di acquisto, in quanto la pubblicità del preliminare e la trascrizione della domanda già individuano il termine di decorrenza degli effetti di quella trascrizione. In tali norme potrebbe ravvisarsi un dislivello qualitativo rispetto all'art. 2644 c.c., solo se esse fossero in grado di consentire alla sentenza di produrre di per sé effetti traslativi: ma a tal fine è al contrario necessario che questa sia altresì resa pubblica. La sua prevalenza rispetto ad alienazioni non trascritte o trascritte successivamente alla curata pubblicità della domanda o del preliminare sarà fino a quel momento solo virtuale.

Ciò significa che gli artt. 2652 n. 2 e 2645-bis differiscono dall'art. 2644 c.c. esclusivamente per il diverso e più elevato grado di probabilità con cui garantiscono il verificarsi di effetti traslativi opponibili *erga omnes*, in ragione della possibilità di valutare anticipatamente il risultato della soluzione del conflitto che dovesse instaurarsi fra sentenza di cui all'art. 2932 c.c. ed altri titoli di acquisto.

Ma, in entrambe le ipotesi, di probabilità comunque si tratta: essa mai potrà tramutarsi in certezza nemmeno con riguardo al caso di tempestiva trascrizione della domanda, in quanto è pur sempre ipotizzabile che della sentenza non venga, per avventura, curata la trascrizione. Ciò renderebbe vana la pubblicità della domanda, in quanto provvisoria e strumentale alla trascrizione principale, condannando la sentenza all'improduttività di quegli effetti che al giudice siano parsi assicurati dagli artt. 2645-bis e 2652 n. 2 c.c.. Come già rilevato, dunque, la possibilità di conseguire effetti traslativi opponibili *erga omnes* garantita da queste norme non è qualitativamente diversa da quella ravvisabile in relazione all'art. 2644 c.c.. Sicché ogni soluzione che al contrario presupponga l'esistenza di un divario fra tali norme non può che ritenersi inaccettabile.

Del resto, se il rischio che altre trascrizioni prevalgano su quella della sentenza fosse sufficiente ad affermare che, in difetto di trascrizione del preliminare, la domanda non resa pubblica debba essere respinta, si dovrebbe per coerenza sostenere che la trascrizione sia necessaria ai fini dell'accoglimento della domanda persino nell'ipotesi in cui il promittente non si sia già spogliato del diritto promesso. In questo caso, infatti, non differentemente che nell'altro, potrebbe accadere che di un'alienazione, questa volta posteriore alla pronuncia, sia curata la trascrizione anteriormente a quella della sentenza.

Già questo esito, configgendo con la premessa secondo la quale il problema della possibilità del trasferimento si pone esclusivamente con riguardo all'ipotesi di precedente alienazione a terzi del bene promesso, mostra la contraddizione in cui si cadrebbe affermando che la trascrizione è condizione di accoglimento della domanda.

Ma a ciò si aggiunga che per quella via si finirebbe col sopprimere quella parte del contenuto precettivo dell'art. 2644 c.c. che risolve il contrasto fra titolo d'acquisto del terzo e sentenza costitutiva, poiché mai un simile conflitto potrebbe venire ad esistenza.

Infatti il combinato disposto degli artt. 2643 n. 14 e 2644 c.c. è chiamato ad operare proprio nell'ipotesi in cui né della domanda di esecuzione specifica né del preliminare si sia per avventura curata la trascrizione, mentre in presenza di questa troverebbero piena applicazione gli artt. 2645-bis e 2652 n. 2 c.c., che sottraggono la trascrizione della sentenza all'ambito di applicazione dell'art. 2644 c.c.. Sicché, riconoscendo alla trascrizione il ruolo di condizione dell'azione, si impedirebbe in ogni caso all'art. 2644 c.c. di operare in relazione alla trascrizione della sentenza, poiché delle due l'una: o si è curata la trascrizione del preliminare, ovvero della domanda di esecuzione specifica, e quindi l'art. 2644 c.c. non può trovare applicazione in quanto esautorato dall'art. 2645-bis o dall'art. 2652 n. 2 c.c.; o né la domanda, né il contratto preliminare sono stati trascritti, e dunque, considerando la pubblicità come condizione dell'azione, non potrebbe esservi sentenza d'accoglimento, con la conseguenza che l'art. 2644 c.c. non potrebbe operare, poiché difetterebbe l'oggetto stesso della trascrizione.

La qualificazione della pubblicità del preliminare o della domanda giudiziale come condizioni dell'azione conduce quindi all'inaccettabile risultato di determinare l'abrogazione del combinato disposto degli artt. 2643 n. 14 e 2644 c.c.. Ciò è a dire che alla configurazione della trascrizione come *conditio sine qua non* dell'esecuzione coattiva dell'impegno traslativo si oppone l'art. 2644 c.c. e il rinvio da questo operato anche all'art. 2643 n. 14, quale termine di riferimento del suo ambito di applicazione.

Deve dunque concludersi che tanto gli artt. 2645-bis e 2652 n. 2 c.c., quanto l'art. 2644 c.c. possano essere chiamati a deporre in favore della possibilità giuridica di un secondo trasferimento mediante sentenza costitutiva, poiché né la trascrizione della relativa domanda, né la trascrizione del preliminare costituiscono condizione necessaria ai fini del vittorioso esperimento dell'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre.

#### 6. - *Alienazione a terzi, possibilità giuridica e vendita di cosa altrui*

Accertata la positiva influenza che le norme del sistema pubblicitario sono in grado di esercitare sul giudizio di possibilità previsto dall'art. 2932 c.c., resta da chiedersi se nell'ipotesi in cui il terzo abbia curato la trascrizione del proprio atto di acquisto in modo da precedere tanto la pubblicità del preliminare, quanto la trascrizione della domanda, quanto la relativa sentenza, quelle stesse norme,

sancendo la prevalenza del terzo acquirente primo trascrivente, determinino la definitiva impossibilità di realizzare in via coattiva l'effetto traslativo promesso <sup>30</sup>.

Ad una simile conclusione potrà pervenirsi solo ove si accerti che l'efficacia reale della sentenza pronunciata *ex art. 2932 c.c.* possa realizzarsi esclusivamente nell'ipotesi in cui sia in suo favore invocabile la prevalenza assicurata degli artt. 2644, *2645-bis* e 2652 n. 2 c.c., escludendosi in pari tempo che ad essa possano per altra via riconnettersi effetti traslativi.

Al riguardo pare opportuno rilevare come sia sufficiente che il contratto stipulato fra promittente e terzo venga meno per risoluzione, rescissione o annullamento, affinché alla sentenza sia dato dispiegare quegli effetti che in un primo tempo paiano preclusi dalla tempestiva trascrizione dell'alienazione al terzo. Tale considerazione, tuttavia, non consente di per sé di affermare la possibilità di esecuzione coattiva del preliminare anche nell'ipotesi di trascrizione da quest'ultimo tempestivamente curata. Infatti, mentre nell'ipotesi di annullamento dell'atto di acquisto del terzo i diritti degli ulteriori terzi in favore dei quali egli abbia disposto di quanto acquistato dal promittente venditore sono fatti salvi degli artt. 1445 e 2652 n. 6 c.c. solo a certe condizioni, nel caso di risoluzione e di rescissione dello stesso, gli artt. 1458 comma 2 e 1452 c.c. garantiscono in via assoluta la salvezza dei diritti di quanti si siano resi acquirenti dal terzo. Ciò significa che, salvi gli effetti della trascrizione della domanda, nel caso in cui questi abbia disposto di quanto acquistato dal promittente venditore, neanche l'annullamento, la rescissione o la risoluzione del suo atto di acquisto garantiscono alla sentenza di esecuzione in forma specifica la possibilità di dispiegare l'effetto traslativo invocato dal promissario acquirente.

Le osservazioni svolte, sebbene non consentano di pervenire alla soluzione del quesito, hanno il pregio di indirizzare l'indagine verso l'analisi della fattispecie primaria <sup>31</sup> onde verificare se, nel caso di alienazione a terzi tempestivamente trascritta, a prescindere dalle norme sulla trascrizione, siano sul piano sostanziale rinvenibili argomenti in favore della possibilità di esecuzione coattiva dell'impegno traslativo.

Al riguardo è utile sottolineare come il requisito della possibilità prescritto dall'art. 2932 c.c. imponga di valutare se la sentenza di esecuzione in forma specifica consenta di realizzare la *valida costituzione* del rapporto contrattuale.

Come innanzi osservato <sup>32</sup>, un simile risultato può essere escluso in primo luogo per ragioni attinenti alla fase perfezionativa del rapporto, vale a dire per cause che si oppongano alla *costituzione* dello stesso mediante sentenza costitutiva. Ma la possibilità di costituzione coattiva degli effetti negoziali può altresì essere esclusa da cause che, operando in relazione all'oggetto, incidano sulla *validità* del rapporto.

Sotto quest'ultimo profilo, la possibilità di cui all'art. 2932 c.c. è espressione, in sede di esecuzione specifica, della possibilità quale requisito dell'oggetto del contratto <sup>33</sup>.

In altre parole, il preventivo giudizio di possibilità mira ad evitare la pronuncia di una sentenza che tenga luogo di un contratto che, se stipulato dalle parti, sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto.

Sicché, onde stabilire se, nel caso di alienazione a terzi tempestivamente trascritta del bene promesso in vendita, sia per il promissario in ogni caso esclusa la possibilità di ottenere l'esecuzione coattiva del preliminare, è sufficiente stabilire se in tale ipotesi, ove si pervenga alla spontanea stipulazione del contratto definitivo, questo possa ritenersi nullo per impossibilità dell'oggetto.

A tal fine è necessario procedere all'esatta qualificazione della seconda alienazione, potendosi solo successivamente stabilire se di essa possa predicarsi la nullità per impossibilità dell'oggetto. L'inesattezza di una simile conclusione si manifesta con tutta evidenza non appena si rammenti che, in applicazione del principio consacrato dall'art. 1376 c.c., l'alienante si priva del diritto di proprietà sin dal momento della prestazione del consenso della prima alienazione. L'effetto traslativo da questa realizzato consente di qualificare la seconda alienazione come vendita di cosa altrui <sup>34</sup>. Ora, con riguardo a tale figura è sicuro doversi escludere il ricorrere degli estremi della nullità. Mal si concilia, infatti, con l'insanabilità del contratto nullo l'efficacia traslativa dell'art. 1478 comma 2 riconnessa alla vendita di cosa altrui nell'ipotesi in cui il venditore acquisti la proprietà del bene dal titolare di questo.

È peraltro interessante osservare come l'art. 1478 comma 2 non si limiti a deporre in senso contrario alla nullità della vendita di cosa altrui, ma si renda altresì garante della validità di questa.

Il trasferimento del diritto, infatti, come del resto emerge dall'art. 1470 c.c., costituisce nella compravendita oggetto del contratto <sup>35</sup>. Se quando essa riguarda la cosa d'altri l'effetto traslativo fosse irrealizzabile, il contratto dovrebbe dirsi nullo per impossibilità dell'oggetto. Ma ciò è escluso dall'art. 1478 co. 2, secondo il quale l'acquisto della proprietà dal titolare di essa determina l'istantaneo trasferimento del diritto dalla sfera del venditore a quella del compratore.

La norma rende dunque giuridicamente possibile l'oggetto della vendita di cosa altrui, in quanto fa sì che questa possa comunque dispiegare effetti traslativi ancorché differiti al momento dell'acquisto del bene da parte del venditore. Infatti, anche in tale ipotesi l'acquisto della proprietà ha la propria fonte nel contratto di vendita, sia pure integrato da eventi successivi <sup>36</sup>.

La disciplina della vendita di cosa altrui sottrae dunque la seconda alienazione all'area delle invalidità, consentendo di affermare che anche in caso di sopravvenuta carenza di legittimazione in capo al promittente venditore nulla osti, sul piano della possibilità giuridica, all'emanazione di una sentenza che, tenendo luogo del contratto non concluso, costituisca gli effetti di un contratto in grado di realizzare, ancorché in via differita, l'effetto traslativo programmato dalle parti del preliminare<sup>37</sup>.

#### *7. - Differimento dell'effetto traslativo e possibilità di esecuzione coattiva*

Come poc'anzi osservato, nel caso di alienazione a terzi tempestivamente trascritta, nulla osta sul piano della possibilità giuridica, all'accoglimento della domanda di esecuzione specifica del preliminare inadempito.

In una simile ipotesi, tuttavia, non può certo svalutarsi la circostanza che l'effetto traslativo reso giuridicamente possibile dall'art. 1478 comma 2 c.c. sia soltanto differito. Occorre cioè verificare la compatibilità fra differimento degli effetti ed attuazione coattiva dell'obbligo di contrarre.

A tal fine, deve in prima battuta procedersi all'individuazione del ruolo assunto, rispetto all'obbligazione di cui è fonte il preliminare, dal contratto definitivo spontaneamente stipulato pur in presenza del sopravvenuto difetto di legittimazione in capo al promittente venditore.

Al riguardo deve osservarsi che se è vero che esso non realizza compiutamente l'interesse del promissario acquirente poiché non produce l'effetto programmato dal preliminare, è altrettanto vero che in sua assenza non può esservi piena attuazione di tale effetto, poiché in tal caso l'eventuale acquisto della proprietà da parte del promittente venditore si limita a restaurare le condizioni necessarie all'esatto adempimento, ma di per sé non lo realizza.

La stipulazione del definitivo costituisce dunque parte essenziale del programma obbligatorio, ma, nell'ipotesi in cui sopravvenga il difetto di legittimazione del promittente venditore, non ne costituisce piena attuazione. Al riguardo dovrà dunque parlarsi di adempimento parziale<sup>38</sup>.

Occorre pertanto valutare il rapporto intercorrente fra esecuzione coattiva e adempimento parziale, onde accertare se la possibilità di cui all'art. 2932 c.c. debba intendersi nel senso di totale, immediata e speculare attuazione degli effetti del contratto programmati dal preliminare.

Così impostato, il quesito si rivela in verità di agevole soluzione, poiché se l'orientamento un tempo prevalente in giurisprudenza elevava a dogma l'identità fra

effetti programmati dal preliminare ed effetti prodotti dalla sentenza pronunciata *ex art. 2932 c.c.* <sup>39</sup>, il superamento di tale dogma, può ormai ritenersi pressoché definitivamente acquisito <sup>40</sup>, non foss'altro che per la totale assenza di riscontro normativo <sup>41</sup>.

Sicché dall'orientamento oggi dominante può trarsi ausilio nella soluzione del caso in esame.

Deve infatti ritenersi che l'adempimento parziale, pur costituendo di per sé una forma di inadempimento <sup>42</sup>, possa in ogni caso essere preteso dal debitore. La legge stabilisce che per potersi avere risoluzione del contratto debba oltrepassarsi la soglia della non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.) ; ma ciò non significa che, varcata, la risoluzione costituisca l'unico rimedio concesso alla parte non inadempiente. Di ciò trovarsi, del resto, più d'una conferma nella disciplina della risoluzione del contratto.

Infatti, può in primo luogo osservarsi che se la risoluzione del contratto rappresentasse l'unico strumento di reazione all'inadempimento, non si spiegherebbe per quale ragione essa operi non già *ipso iure*, ma su domanda di parte. In secondo luogo in tale ottica non si comprenderebbe per quale ragione, nell'ipotesi di impossibilità parziale per causa non imputabile al debitore, l'art. 1464 c.c. lasci al contraente pregiudicato dall'estinzione parziale dell'obbligazione la facoltà di preferire alla risoluzione l'adempimento parziale <sup>43</sup>. L'art. 1464 c.c. dimostra che, ove il rapporto sopravviva, ancorché soltanto parzialmente, all'impossibilità sopravvenuta non imputabile all'altro contraente, è al creditore riservata la facoltà di scegliere, in relazione al concreto atteggiarsi dei suoi interessi, se domandare la risoluzione o esigere l'adempimento.

Ad analoghe conclusioni può peraltro pervenirsi con riguardo all'impossibilità parziale sopravvenuta per causa imputabile all'altra parte. La fattispecie dovrà infatti in tal caso qualificarsi in termini di inadempimento, ancorché parziale, dell'obbligazione contrattualmente assunta, trovando conseguentemente piena applicazione la disciplina della risoluzione per inadempimento.

Sicché, stante che l'art. 1453 c.c. prevede l'alternativa fra azione di risoluzione e domanda di adempimento, dovrà constatarsi che ancora una volta l'impossibilità parziale sopravvenuta lascia al contraente non inadempiente la facoltà di pretendere l'adempimento ormai divenuto soltanto parziale rispetto all'originario programma obbligatorio.

Ora, l'alienazione al terzo del bene promesso in vendita rende temporaneamente, e dunque parzialmente, impossibile l'adempimento del preliminare per causa imputabile al promittente venditore. Ciò nonostante, nella misura in cui l'obbli-

gazione sopravviva all'impossibilità, il promissario acquirente potrà sicuramente pretenderne l'adempimento.

Sicché, se ai sensi degli artt. 1453 e 1464 c.c. il creditore può domandare l'esecuzione della prestazione divenuta solo parzialmente possibile, stante la rilevata inconsistenza del principio di identità fra contenuto del preliminare e contenuto della sentenza *ex art. 2932 c.c.*, non si vede per quale ragione egli non possa altresì domandarne l'esecuzione in forma specifica ove prevista dal legislatore come strumento alternativo di reazione all'inadempimento.

Del resto se l'immediatezza del trasferimento costituisce effetto non già essenziale, bensì soltanto naturale del contratto di compravendita <sup>44</sup>, non v'è motivo di ritenere che essa possa in alcun modo condizionare la pronuncia della sentenza che di quel contratto, *ex art. 2932 c.c.*, tenga luogo.

Di ciò è peraltro possibile persuadersi riflettendo intorno al rapporto intercorrente fra esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre e risarcimento in forma specifica.

Al riguardo può trarsi ausilio dalle conclusioni cui un'accreditata dottrina <sup>45</sup>è recentemente pervenuta nella qualificazione dell'azione di adempimento contemplata dall'art. 1453 comma 2 c.c., in relazione alla quale si è esattamente parlato di azione diretta al risarcimento del danno in forma specifica.

A tal fine si è posta in debito rilievo la circostanza che presupposto sostanziale della relativa domanda sia l'inadempimento di uno dei contraenti (art. 1453 comma 1 c.c.) , osservando come l'effetto giuridico indefettibile dell'inadempimento è la responsabilità, concretizzantesi nella obbligazione di risarcimento del danno <sup>46</sup>, con la conseguenza che, oltrepassata, anche soltanto sotto il profilo temporale <sup>47</sup>, la soglia entro la quale l'esecuzione della prestazione dovuta possa qualificarsi come esatto adempimento, la realizzazione dell'interesse del creditore avrà luogo esclusivamente in chiave risarcitoria. Sicché, ove l'azione conseguente all'inadempimento (relativo) sia diretta non già al conseguimento dell'equivalente monetario della prestazione non eseguita, bensì alla realizzazione specifica dell'interesse creditorio, non già di azione di adempimento dovrà parlarsi, bensì di azione di risarcimento in forma specifica.

Ad analoghe conclusioni è possibile pervenire in relazione all'azione di esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre. Per espressa previsione dell'art. 2932 c.c., infatti, essa costituisce una forma di reazione all'inadempimento, in quanto esperibile proprio nell'ipotesi in cui colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione.

Conseguentemente, non potendosi qualificare l'esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre in termini di esatto adempimento, al conseguimento degli effetti negoziali prodotti dalla sentenza di cui all'art. 2932 dovrà riconoscersi carattere risarcitorio.

Ora, come noto, in materia di responsabilità extracontrattuale l'art. 2058 c.c. consente il risarcimento in forma specifica anche nelle ipotesi in cui la possibilità di ripristino dello *status quo ante* sia parzialmente compromessa, prevedendo, quale unica condizione, che esso sia in tutto o *in parte* possibile.

Sicché, anche il collegamento sistematico con la disciplina del risarcimento in forma specifica conferma la possibilità di esecuzione coattiva ancorché soltanto parziale dell'obbligo di contrarre, e depone in senso favorevole all'abbandono del dogma dell'identità di contenuto fra contratto preliminare e sentenza costitutiva, cui la giurisprudenza è per altra via ormai da tempo pervenuta.

Il promissario acquirente potrà dunque vittoriosamente esperire l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre anche nel caso di tempestiva trascrizione del terzo, in ragione della residua possibilità di attuazione dell'effetto traslativo assicurata dall'art. 1478, nonché in considerazione della possibilità che la prima alienazione sgombri retroattivamente il campo per effetto della risoluzione, dell'atto traslativo.

Le considerazioni svolte con riguardo alla vendita di cosa altrui rafforzano quindi le conclusioni cui si è giunti, riflettendo esclusivamente sulle norme del sistema pubblicitario, con riguardo al carattere non condizionante della pubblicità del preliminare e della trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica ai fini del suo accoglimento.

Anche la disciplina della vendita di cosa altrui depone, infatti, a favore della possibilità di esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre, pur in presenza dell'alienazione a terzi del bene promesso in vendita.

A tale conclusione può pervenirsi sia con riguardo all'ipotesi in cui la prima alienazione sia stata tempestivamente trascritta, sia nella contraria ipotesi della quale si è innanzi trattato <sup>48</sup>, dovendosi in entrambi i casi ritenere che le norme sulla trascrizione possano talvolta deporre in favore, ma mai contro la possibilità di esecuzione coattiva del preliminare; Possiamo dunque concludere che alla domanda di esecuzione in forma specifica del preliminare debba in ogni caso darsi accoglimento pur in presenza di un'alienazione a terzi del bene promesso.

8. - *Conclusioni* Sostenendo in tesi quanto assunto in ipotesi, può dunque ritenersi che l'emanazione della sentenza costitutiva degli effetti del definitivo sia



in ogni caso possibile, poiché in ogni caso possibile è che ad essa siano, quantomeno *ex art. 1478 comma 2 c.c.*, riconnessi effetti traslativi.

Essa del resto andrà a costituire quegli stessi effetti che si sarebbero prodotti se il promittente infedele non avesse rifiutato la stipulazione del definitivo, vale a dire gli effetti di una vendita di cosa altrui in grado di realizzare l'effetto traslativo:

a) *ex art. 2652 n. 2 c.c.*, nel caso di trascrizione della domanda anteriore alla trascrizione eventualmente curata dai terzi acquirenti dal promittente venditore;

b) *ex art. 2645-bis comma 2 c.c.* nel caso di trascrizione del preliminare;

c) *ex art. 2644 c.c.*, nel caso in cui della sola sentenza sia stata curata la trascrizione, purché in data anteriore alla pubblicità di eventuali atti di acquisto dal promittente venditore;

d) *ex art. 1478 comma 2 c.c.*, nell'ipotesi di retrovendita stipulata fra terzo e promittente venditore, ovvero nell'ipotesi di riacquisto da questi per altra via conseguito del bene promesso in vendita.

In tutte le ipotesi illustrate, trattandosi di seconda alienazione, cioè a dire di alienazione della cosa d'altri, l'immediatezza dell'effetto traslativo è in ogni caso esclusa, in quanto tale effetto potrà prodursi solo in relazione a fatti sopravvenuti quali la trascrizione o la retrovendita: le quattro possibili modalità dell'acquisto non differiscono, dunque, qualitativamente e non v'è ragione di negare l'emanazione della sentenza costituiva nel caso in cui sia escluso che l'acquisto possa realizzarsi grazie all'inefficacia relativa sopravvenuta dell'atto di acquisto del terzo quale effetto della trascrizione della pronuncia.

L'esatta coincidenza fra gli effetti di questo e quelli che il promittente si era impegnato a far conseguire al promissario (trasferimento immediato) viene *ab origine* pregiudicata dall'alienazione del bene oggetto dell'impegno traslativo ad un terzo. Nel caso in cui questo abbia tempestivamente adempiuto gli oneri pubblicitari, la discrasia sarà più marcata, ma questo è problema che attiene esclusivamente all'esattezza dell'adempimento, non già alla possibilità di una sua esecuzione coattiva: essa rimane pertanto possibile, ancorché soltanto parzialmente, in quanto è esclusivamente in grado di preconstituire il titolo del trasferimento, ma non di produrre l'effetto reale immediato per difetto del potere di disposizione necessario all'integrazione della fattispecie traslativa.

Non è certo compito del giudice verificare se ed in qual misura l'accoglimento della domanda realizzi l'interesse del promissario: sarà semmai onere di questo accertare se e con quale grado di probabilità sia possibile che la vendita di cosa

altrui dispieghi effetti traslativi. E, si badi, qualora tali effetti non si producano, il rapporto originato dalla sentenza di cui all'art. 2932 sarà immediatamente soggetto a risoluzione *ex art.* 1479 solo se al momento della pronuncia l'acquirente ignorava l'alienità della cosa. In caso contrario, qualora il promissario insista per l'accoglimento della domanda, la sentenza produrrà gli effetti di una vendita di cosa altrui con conoscenza del compratore <sup>49</sup>.

ANTONIO MAGRÌ

---

(1) Di carattere speciale è il terzo limite introdotto dal secondo comma dell'art. 2932 c.c., che, con particolare riguardo all'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre avente per oggetto la conclusione di contratti ad effetti reali, esclude l'accoglimento della domanda se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

(2) Al riguardo la giurisprudenza (Cass. 9 febbraio 1948, n. 208, in *Rep. Foro It.*, 1948, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 249; Cass. 23 ottobre 1958, *ivi*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 360; Cass. 28 maggio 1965, n. 1089, *ivi*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 464; Cass. 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. Civ.*, 1971, I, 899) si limita ad affermare la necessità che l'esclusione risulti *expressis verbis*, sottolineando come sia a tal fine insufficiente la semplice inserzione di una penale per l'inadempimento dell'obbligo nascente dal preliminare (App. Bari 2 febbraio 1955, in *Mass. Giust. Civ.*, 1955, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 97). È evidente infatti che la stipulazione della penale non possa di per sé considerarsi espressione della volontà di escludere l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, poiché di questo, come potrebbe domandarsi l'adempimento *ex art.* 1453 comma 2 c.c., così ben potrebbe invocarsi l'esecuzione coattiva *ex art.* 2932 c.c..

(3) MICHELI, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, art. 2910-2969, Bologna-Roma, 1964, *sub art.* 2932, p. 189 ss.; da ultimo MAZZAMUTO, *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1985 vol. 20, t. 2, p. 354 nota 206. È tuttavia sufficiente riflettere intorno alle fattispecie addotte come ipotesi paradigmatiche di impossibilità giuridica per avvedersi dell'equivoco in cui tale dottrina incorre. Si sostiene infatti far difetto il requisito della possibilità giuridica nell'ipotesi in cui le parti abbiano assunto il reciproco impegno di prestarsi reciprocamente a trattare per raggiungere l'accordo sulle condizioni del futuro contratto (MICHELI, *op. cit.*, p. 191-192). È evidente che in una simile ipotesi l'esecuzione in forma specifica sia esclusa non già per difetto del requisito di possibilità, bensì per mancanza dell'obbligo al quale si pretenda di dare attuazione, poiché non v'è dubbio che dal reciproco impegno di prestarsi a trattare non possa in alcun modo sorgere l'obbligo di contrarre a tutela del quale l'art. 2932 c.c. è disposto. Sicché nell'ipotesi prospettata il ricorso all'esecuzione in forma specifica dovrà essere escluso non già per un'impossibilità di ordine giuridico, bensì per difetto di uno dei requisiti di fattispecie dell'art. 2932 c.c.. Nell'ottica della teoria ora esposta, dunque, argomentando *a contrario* dovrebbe ritenersi che il requisito della possibilità giuridica sia soddisfatto sol che ricorra un obbligo di contrarre,

nonché l'inadempimento di questo. È tuttavia evidente come una simile interpretazione privi ingiustificatamente di significato l'espresso riferimento fatto dall'art. 2932 c.c. al requisito della possibilità come autonomo presupposto dell'esecuzione in forma specifica. Ad analoghe conclusioni può pervenirsi in relazione alla tesi che, con riguardo all'ipotesi di obbligo di contrarre nascente dalla legge, sembra identificare la possibilità di cui all'art. 2932 c.c. con il concetto di esigibilità della prestazione del consenso ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolista. (A proposito di contratti standard per la somministrazione di energia elettrica)*, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 166. La migliore dottrina (MENGONI, *Obbligazioni di multato e obbligazioni di mezzi*, in questa *Rivista*, 1954, I, p. 281 ss.; ID., *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici* in onore di A. Scialoja, IV, Bologna, 1953, p. 261; BESSONE, *Impossibilità economica della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, 49 ss.; CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 346 ss.) ha infatti evidenziato come il principio di buona fede consenta di equiparare, non già concettualmente, bensì soltanto *quoad effectum* (MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.* vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1090), l'inesigibilità della prestazione con l'impossibilità di cui agli artt. 1218 e 1256. Sicché, stante l'efficacia estintiva dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, deve concludersi che, ove si ravvisino gli estremi dell'inesigibilità della prestazione, dovendosi questa equiparare all'impossibilità quale causa di estinzione dell'obbligazione, ciò che farà difetto sarà non già la possibilità di pervenire all'esecuzione in forma specifica, bensì l'obbligazione alla quale si pretenda di dare attuazione in via coattiva.

(4) SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano* redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di F. VASSALLI, Torino, 1954, vol. XV, t. 1, p. 267; SASSO, *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1971, p. 83; BUSNELLI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile* redatto a cura di magistrati e docenti, artt. 2900-2969, Torino, 1980, sub 2932, p. 378,

(5) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, III, p. 613, 615.

(6) Secondo la dottrina prevalente, tuttavia, nell'ipotesi di contratti reali la possibilità di esecuzione specifica risulta esclusa dalla necessità della consegna come requisito essenziale per la perfezione del contratto, requisito al quale la sentenza esecutiva non sarebbe in grado di conformarsi, non potendo un atto sostituirsi a un fatto (SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, p. 201 ss.; GORLA, *Il contratto; problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, II, p. 305; SATTA, *op. cit.*, p. 264, il quale osserva che con l'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica si attribuirebbe assurdamente un diritto sulla cosa prima ancora della consegna, benché solo da quest'ultima possa originarsi il diritto al godimento della *res*; Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 182; DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 831; MESSINEO, *op. cit.*, p. 613; RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1957, p. 398; MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 299; GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1968, p. 218-219, 238-239; FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 181 ss.; GIAMPICCOLO, voce *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XXVII, p. 473; BUSNELLI, *cit.*, p. 375; Cass. 18 giugno 1981, n. 3980, in *Giust. civ.*, 1982, I, 204, con nota di MORELLO e TRIÓLA; MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, p. 102-103; ID., voce *Esecuzione specifica*, vol. XV, Milano, 1966, p. 532, il quale

muove tuttavia dal presupposto della nullità del preliminare avente per oggetto la stipulazione di un contratto reale; l'Autore infatti assegnando alla consegna il ruolo di requisito formale del contratto, perviene all'applicazione dell'art. 1351 c.c., concludendo per la nullità del preliminare per inosservanza degli oneri formali prescritti per il definitivo. *Contra* FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 176 ss.; DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 248 ss.; TETI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. 12, Torino, 1985, p. 654 ss.; sostiene l'eseguibilità in forma specifica del preliminare di deposito a titolo oneroso FUNAJOLI, *Deposito. Sequestro convenzionale. Cessione dei beni ai creditori*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, V, Milano, 1961, p. 49-50). Al riguardo deve osservarsi come l'applicabilità del rimedio offerto dall'art. 2932 c.c. non possa essere negata in termini assoluti nemmeno con riguardo alle obbligazioni aventi per oggetto la stipulazione di un contratto reale. La norma potrebbe infatti essere chiamata ad operare nelle ipotesi in cui la necessità della consegna materiale sia esclusa dalla circostanza che l'altra parte sia già in possesso della *res*. Si pensi al caso di una promessa di mutuo rivolta a chi già sia debitore della somma mutuata ed aspiri semplicemente ad una dilazione dell'obbligazione restitutoria attraverso la novazione del rapporto preesistente. La materiale consegna della *res*, sebbene essenziale in astratto, non sarebbe in una simile ipotesi necessaria in concreto, essendo il mutuatario già in possesso della somma mutuata. La realtà del contratto da stipulare non costituisce dunque un ostacolo insuperabile alla costituzione coattiva del rapporto contrattuale e non consente quindi di affermare in termini assoluti l'impossibilità giuridica della sentenza esecutiva.

(7) Fra le fonti negoziali dell'obbligo di contrarre, oltre al contratto preliminare, al mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili (art. 1706 c. 2), al negozio fiduciario (PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile, metodo teoria e pratica*, Milano, 1950, p. 246; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 239, nota 7; BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 627; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 411 ss.), e al patto di prelazione, sempre che lo si configuri in termini di preliminare unilaterale sospensivamente condizionato (in tal senso COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, p. 2; D'ORAZI FLAVONI, *Prelazione, Contributo alla teoria del diritto di prelazione*, I, 1947, p. 301; D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 142, 152; DE MARTINI, *Esecuzione specifica del patto di prelazione riguardante il trasferimento di azioni nominative*, in questa *Rivista*, 1954, II, p. 116 ss.; RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 617; SACCO, *I fatti e le situazioni strumentali*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, II, p. 313, 345; Cass. 13 dicembre 1978, n. 5939, in *Giur. It.*, 1972, I, 2, 5939; in *Giur. It.* I, 1, 1293; Cass. 13 maggio 1982, n. 3009; riconducono il patto alla categoria del negozio preparatorio TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 130; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 15; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 273; ravvisano nella prelazione convenzionale gli estremi del divieto di alienazione BIANCA, *op. cit.*, p. 277; BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 19 ss.; GABRIELLI, *Prelazione (patto di)*, in *Enc. giur.*, XXIII, n. 4; Cass. 23 gennaio 1975, n. 265, in *Giur. It.*, 1976, I, 1, 1206), si rammenterà il legato di contratto (BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990, p. 108 ss., NAPOLI, *Il legato di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 738 ss.; A. BRUNETTI, *Legato di un contratto*, in *Foro ven.*, 1926, p. 49 ss.; TRABUCCHI, voce *Legato (diritto civile)*, in *Nss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 615) e il legato di cosa che il testatore sapeva appartenere all'onerato o al terzo. Con riguardo a tale ipotesi, infatti, l'art. 651 c.c. stabilisce che l'onerato è *obbligato* ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo e *a trasferirla al legatario*, salva la

facoltà (alternativa) di liberarsi pagandone al legatario il giusto prezzo (sul legato di cosa altrui come font di un'obbligazione di dare v. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 200; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 530; CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi* solvendi causa, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 239.

(8) SATTA, *op. cit.*, p. 267; MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 354; AURICCHIO, *Un caso di impossibilità giuridica?*, nota a Trib. Salerno, 30 settembre 1955, in *Dir. giur.*, 1956, p. 103, secondo il quale l'unico esempio sicuro di impossibilità giuridica sarebbe rappresentato dall'alienazione di un bene demaniale. In tal senso è facile intuire come la possibilità di cui all'art. 2932 c.c. costituisca un semplice riverbero, in sede di esecuzione specifica, della possibilità intesa quale requisito dell'oggetto del contratto (GABRIELLI e FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare. (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IX, p. 11.

(9) F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito nel codice civile italiano*, Milano, 1902, p.12; SATTA, *op. cit.*, p. 267; BUSNELLI, *op. cit.*, p. 378; SACCO, *op. cit.*, p. 291; BIANCA, *op. cit.*, p.193; ID., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. VASSALLI, vol. VII, t. 1, Torino, 1993, p. 772; SASSO, *cit.*, p. 83. Un interessante caso di affermata impossibilità giuridica derivante dalla sopravvenuta carenza di legittimazione in capo al promittente venditore è stato affrontato da Trib. Larino 27 marzo 1984, in *Giur. It.*, 1985, I, 2, 230. Nel caso sottoposto alla cognizione del Collegio, alcuni coeredi avevano stipulato con persona estranea alla comunione ereditaria un preliminare di vendita avente per oggetto la propria quota senza averla preventivamente offerta all'altro coerede, in osservanza dell'art. 732. Si determinò pertanto in giudizio il conflitto fra promissario acquirente, attore *ex art.* 2932, e coerede riscattante. La sentenza attribuì efficacia paralizzante al retratto successorio, in virtù della sua idoneità a privare i promittenti venditori della titolarità di quanto promesso in vendita (le quote ereditarie) determinando quell'impossibilità giuridica alla quale l'alienità del bene parrebbe dar luogo.

(10) V. nota 37.

(11) v. *infra* p. 667 ss. e 675 ss.

(12) MONTESANO, *Contrasti nella suprema giurisprudenza sulla sanzioni delle vendite promesse ed eccezionalità dei contratti preliminari*, in *Diritto privato*, 1995, I, *Trasferimento in proprietà*, Padova, 1995, p. 288; Cass. 5 ottobre 1982, n. 5119, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, 2761, n. 389; Cass. 8 maggio 1991, n. 5119, in *Con. Giur.*, 1991, 1121 ss. con nota di C. GRANELLI; in *Giur. It.*, 1991, I, 1802 con nota di LOFFREDO; in *foro It.*, 1991, I, 3373 con nota di CASO. La Cassazione sembra aver aderito all'opinione diversi anni or sono espressa da G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 329-330 nota 102, il quale tuttavia, in una mutata prospettiva circa la funzione della pubblicità immobiliare, sembra doversi ormai annoverare fra i sostenitori dell'opposta opinione, collocandosi fra i censori della sentenza ora richiamata. Al riguardo si veda G. GABRIELLI, *Confronto fra due concezioni della pubblicità immobiliare: in particolare a proposito della trascrizione della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 329.

(13) L'orientamento in esame si è formato in epoca anteriore all'introduzione della trascrizione del preliminare nel nostro sistema con gli effetti di cui all'art. 2645-bis comma 2. Ciò nonostante deve ritenersi che le considerazioni e le argomentazioni addotte dai sostenitori di tale

orientamento in relazione al sistema di pubblicità della domanda di esecuzione in forma specifica possano ora estendersi al meccanismo di trascrizione del preliminare recentemente introdotto.

(14) MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 2.

(15) *rectius*: della precisazione delle conclusioni.

(16) v. nota (12) .

(17) *Rel. cod. av.*, n. 1077; MESSINEO, *op. cit.*, III, p. 698; GRANELLI C., *Tutela del promissario acquirente ed alienazione a terzi dell'immobile oggetto del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 1124.

(18) GRANELLI, *op. cit.*, p. 1125.

(19) Secondo G. GABRIELLI (*Confronto fra due concezioni della pubblicità immobiliare: in particolare a proposito di trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Giust. civ.*, 1992, II, 352) una sentenza che produca gli effetti del contratto dovuto è possibile, a rigore, finché non sia impossibile lo stesso utile perfezionamento di tale contratto per la via normale. L'equiparazione fra sentenza pronunciata *ex art.* 2932 c.c. e contratto definitivo sotto il profilo della possibilità di realizzare gli effetti del contratto non concluso viene argomentata osservando come l'art. 2644 c.c. possa essere invocato in relazione ad entrambi, in quanto richiamati rispettivamente dal n. 14 e dal n. 1 dell'art. 2643 c.c., al quale l'art. 2644 c.c. fa integrale rinvio nell'individuazione del proprio ambito di applicazione. A ben vedere, tuttavia, l'art. 2652 n. 2 c.c. consente di ritenere che alla pronuncia *ex art.* 2932 c.c. possa talvolta pervenirsi anche quando non sia più possibile l'utile conclusione del contratto definitivo. La norma infatti presenta un discreto scarto temporale rispetto all'art. 2644 c.c.: se dopo la trascrizione della domanda di esecuzione specifica venisse in ogni caso trascritta la prima alienazione, l'art. 2644 c.c. non sarebbe più in grado di offrire tutela al promissario acquirente e l'eventuale atto di adempimento spontaneo del preliminare si rivelerebbe per questi infruttuoso, in quanto la relativa trascrizione non godrebbe degli effetti di prenotazione che l'art. 2652 n. 2 c.c. accorda alla trascrizione della domanda di esecuzione specifica nell'ipotesi in cui sia curata la trascrizione della sentenza di accoglimento (Cass. 9 febbraio 1992, n. 1588, in *N.G.C.C.*, 1994, I, p. 103 ss.) . La S.C., infatti, ritenendo tassative le ipotesi previste dalle norme sulla pubblicità degli atti, ha ritenuto che, poiché le lettere dell'art. 2652 n. 2 c.c. fa riferimento alla sola ipotesi di trascrizione della sentenza di accoglimento, l'effetto prenotativo connesso alla trascrizione della domanda non possa in alcun caso prodursi in difetto di sentenza che contenga la pronuncia di trasferimento del bene in contestazione (così Cass. 26 luglio 1967 n. 1968, in *Foro It.*, 1967, I, 2, 2336; del medesimo avviso PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 413; MONTESANO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 510) . A tale conclusione la Cassazione è pervenuta benché il giudice di merito (App. Palermo 8 febbraio 1963, in *Giur. It.*, 1964, 336 con nota di COLESANTI; e in *Riv. Dir. Ipotecario*, 1963, 264, con nota di BONIS) si fosse preoccupato di prevenire il rischio di fraudolente collusioni fra le parti del preliminare, ritenendo indispensabile ai fini dell'applicabilità dell'art. 2652 n. 2 una pronuncia che, sebbene non operante in termini di accoglimento della domanda proposta *ex art.* 2932, poiché la stipulazione del definitivo aveva fatto cessare la materia del contendere, quantomeno ne dichiarasse la fondatezza. Peraltro, stante la condivisibilità del rigore con cui la S.C. interpreta l'art. 2652 n. 2 c.c., è curioso rilevare come il promissario che agisca *ex art.* 2932 c.c. e che, per non privarsi degli effetti dell'art. 2652 c.c., rifiuti la proposta di contratto indirzzatagli dal convenuto in adempimento del preliminare, non possa considerarsi a sua volta inadempiente, in quanto tale

rifiuto rappresenta in realtà un'*exceptio inadimplenti contractus*, poiché l'offerta del promittente privatosi della titolarità del bene non costituisce esatto adempimento dell'impegno traslativo assunto col preliminare. In ogni caso alla questione sembra ormai aver posto rimedio il legislatore attraverso l'introduzione della pubblicità del contratto preliminare. L'art. 2645-bis, infatti, garantisce la prevalenza sulle trascrizioni ed iscrizioni curate successivamente alla trascrizione del preliminare non solo alla trascrizione della sentenza di accoglimento della domanda proposta ex art. 2932 c.c., ma anche alla trascrizione dell'eventuale contratto definitivo, con ciò fornendo gli operatori di uno strumento in grado di favorire la soluzione stragiudiziale delle controversie insorte intorno all'adempimento dell'obbligo di contrarre.

(20) GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1988, p. 153 nota 11; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da PIETRO RESCIGNO, Torino, 1985, vol. IXX, p. 80. Ulteriori ipotesi di retroattività degli effetti della trascrizione operanti in deroga al principio enunciato dall'art. 2644 comma 2 c.c. sono tradizionalmente individuate negli artt. 2652 n. 3 (MESSINEO, *op. cit.*, Milano, 1965, vol. II, p. 777) e nell'art. 2650 c. 3 (ID., *op. ult. cit.*, p. 762). Ad esse può aggiungersi l'ipotesi di iscrizione a titolo di separazione, cui l'art. 518 c. 2 c.c. assicura la prevalenza sulle trascrizioni ed iscrizioni contro l'erede (o il legatario) *anche se anteriori*. L'inciso finale rappresenta sicuramente una deroga al principio di irretroattività degli effetti della trascrizione implicitamente sancito dall'art. 2644 c.c.. In mancanza dell'art. 518 c.c., infatti, il conflitto fra creditori dell'erede (o del legatario) e creditori separatisti del defunto sarebbe risolto dall'art. 2644 c.c., che, essendo chiamato a regolare anche il rapporto tra trascrizione ed iscrizioni ipotecarie, verrebbe in rilievo in virtù del rinvio alle norme sull'ipoteca operato dal terzo comma dell'art. 518 c.c.. Segnalano la retroattività degli effetti dell'iscrizione a titolo di separazione pur senza sotto lineare il rapporto regola-eccezione intercorrente fra l'art. 2644 c.c. e l'inciso finale dell'art. 518 c. 2 c.c., FERRI, *Successioni in generale. Della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Art. 512-535, Bologna-Roma, 1968, sub. 518, p. 67; Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1961, p. 344. Si limitano a sottolineare la prevalenza rispetto ad iscrizioni e trascrizioni anteriori, MESSINEO, *op. cit.*, Milano, 1962, vol. VI, p. 430; GROSSO e BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1977, p. 534. Alle predette ipotesi di retroattività degli effetti della trascrizione deve ora aggiungersi quella contemplata dall'art. 2645-bis comma 2, che, con disposizione del tutto analoga a quella contenuta nell'art. 2652 n. 2 c.c., consente alla trascrizione del contratto definitivo o della sentenza pronunciata in luogo di questo di prevalere sulle trascrizioni ed iscrizioni che, sebbene anteriori, siano successive all'eventuale trascrizione del contratto preliminare. L'eccezionalità dell'art. 518 c. 3 c.c. rispetto all'art. 2644 c.c. è invece segnalata da GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, p. 531.

(21) MENGONI, *op. cit.*, Milano, 1975, p. 256 nota 2; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 286.

(22) Come noto, la dottrina ha in vario modo tentato di spiegare la prevalenza assicurata al secondo acquirente dalla trascrizione curata in data anteriore al primo. Sotto il vigore del codice abrogato, muovendo dal principio di relatività degli effetti contrattuali, si sostenne l'idoneità dell'accordo a produrre il trasferimento esclusivamente *inter partes*, assegnandosi alla trascrizione il ruolo di elemento perfezionativo della fattispecie traslativa in confronto dei terzi (in tal senso GIANTURCO, *Disposizioni sulla pubblicità dei diritti reali immobiliari. Relazione*

presentata alla camera dei deputati dal Prof. Emanuele Gianturco l'8 giugno 1905, Roma, 1905, p. 9, c. 1; VENEZIAN, *Opere giuridiche*, Roma, 1920, II, p. 58; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1942, p. 472 ss.; ID., *Corso sui diritti reali*, Milano, 1934, p. 57; MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1898, p. 105-106; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1912, I, p. 29; GIOVENE A., *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, p. 325; GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti reali di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, I, p. 166-167; NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, vol. XII, p. 991 e ivi nota 4) ; l'artificio dogmatico realizzato attraverso la prospettazione di un atto di disposizione avente per oggetto una sorta di proprietà relativa fu ben presto svelato dalla dottrina più attenta (CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 88; ID., *Occhio ai concetti*, in questa *Rivista*, 1950, I, 450; MORITTU, *Revisione della dottrina su alcuni principi fondamentali riguardanti la trascrizione dei contratti traslativi della proprietà immobiliare*, in *Studi economico giuridici* dell'Università di Cagliari, Anno XXIV, 1936, p. 36; MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Codice civile. Commentario* diretto da M. D'AMELIO, *Libro della Tutela dei Diritti*, Firenze, 1942, p. 142-143) . Il declino della teoria dell'inefficacia relativa originaria dell'atto traslativo non trascritto indusse taluno (CARNELUTTI, *Teoria giuridica, cit.*, p. 88; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 66-67; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, 1949, p. 455) a sostenerne l'inefficacia assoluta sino al momento della trascrizione, alla quale si riconobbe in tal modo il carattere di pubblicità costitutiva. La constatazione dell'inconciliabilità di simili affermazioni con il principio del consenso traslativo enunciato dall'art. 1376 c.c., indusse altra parte della dottrina (FUNAJOLI, *La c.d. proprietà relativa*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, I, 384; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 9) ad una formulazione più rispondente alle esigenze sistematiche, cui si tentò di dare risonanza sostenendo che il contratto determina l'acquisto della proprietà non solo in confronto del venditore, ma altresì nei rapporti con i terzi, eccezion fatta per i terzi acquirenti del medesimo diritto (o di diritto con esso incompatibile) dallo stesso autore. Altra parte della dottrina (RAVÀ, *Circolazione giuridica e rappresentanza indiretta*, Milano, 1953, pp. 75 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione*, Milano, 1989, p. 177-178; da ultimo CASELLA, *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Riv. dir. av.*, 1993, parte II, p. 526 ss.) fece ricorso alla distinzione fra legittimazione e titolarità elaborata in materia di titoli di credito, onde affermare che mentre l'atto di disposizione incide sulla titolarità del diritto, la trascrizione è indispensabile per il trasferimento della relativa legittimazione. Particolarmente attenta all'esigenza di conciliare il principio consensualistico con la norma relativa agli effetti della trascrizione, la teoria della condizione legale risolutiva parrebbe a prima vista rappresentare l'elaborazione ad oggi più fedele al dato normativo. Non a caso essa riscuote vari consensi in dottrina (MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 317; CARNELUTTI, *Occhio ai concetti*, in questa *Rivista*, 1950, 452; Salv. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1028; LUZZATTO, *La compravendita*, Milano, 1961, p. 142; COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare*, Milano, 1968, p. 238 nota 10; NI-COLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 118; fra gli autori più moderni, aderisce alla teoria della *condicio iuris* risolutiva, con ricco apparato argomentativo accompagnato da attento esame critico delle obiezioni rivolte, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, p. 471 ss.; una posizione autonoma, pur nell'ambito di questa linea interpretativa, assume FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, p. 359 ss.: l'autore pur accedendo all'idea madre della condizione legale, aggiunge che l'effetto risolutorio della prima alienazione sia non già automatica conseguenza del tempestivo adempimento delle formalità pubblicitarie, bensì effetto della dichiarazione del secondo acquirente primo trascrivente di volersene avvalere, esattamente come accade nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa) .



Secondo i sostenitori della teoria da ultimo richiamata, prima che alcuno dei più acquirenti renda pubblico il proprio acquisto, il conflitto fra costoro insorto trova soluzione attraverso il principio *prior in tempore potior in iure*, che assicura piena operatività alla regola del consenso traslativo, di cui in definitiva non rappresenta che il corollario: la prima alienazione attua dunque il trasferimento con efficacia *erga omnes*, ma subordinatamente alla condizione risolutiva della trascrizione anteriormente curata da un successivo acquirente. Si è al riguardo obiettata l'incompatibilità di una simile ricostruzione con la disciplina della donazione di cosa altrui (NATOLI, *Doppia alienazione immobiliare e azione revocatoria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, p. 1191 ss.) . Infatti se la prima alienazione realizza immediatamente l'effetto traslativo *erga omnes e inter paries*, la seconda alienazione, ove avvenga a titolo di libertà incorrerà nella (affermata) nullità prescritta per la donazione di cosa altrui. A tale osservazione si è ribattuto (GAZZONI, cit., p. 474) osservando come la retroattività dell'avveramento della condizione solo in un primo tempo consenta di qualificare la seconda alienazione come donazione di cosa altrui, dovendosi questa considerare come donazione di cosa propria non appena la prima alienazione sgombri retroattivamente il campo, per effetto della trascrizione anteriormente curata dal donatario-secondo acquirente. La soluzione, per quanto intellettualmente appagante, non riesce a liberarsi di quel sapore vagamente finzionistico che inevitabilmente accompagna l'invocazione della retroattività, specie in ipotesi in cui essa non sia esplicitamente prevista dalla legge (in tal senso FURGIELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, 1995, I, *Trasferimento in proprietà*, cit., p. 99) . Deve infine rammentarsi la teoria che, rinunciando a fornire una spiegazione della prevalenza del secondo acquirente primo trascrivente nel quadro degli acquisti a titolo derivativo, attribuisce alla trascrizione efficacia costitutiva di un acquisto a titolo originario (NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 1192 ss.; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, 2, I diritti reali*, Torino, 1988, p., 431 ss.) . Quasi a rimarcare le difficoltà incontrate dagli studiosi nell'individuazione di una soluzione appagante sul piano sostanziale, un'autorevole dottrina (L. FERRI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, art. 2643-2696, Bologna-Roma, 1955, p. 16 ss., 155, 156) ha spostato il piano dell'indagine su un versante squisitamente processuale affermando la funzione esclusivamente probatoria della trascrizione, alla quale andrebbe riconosciuto unicamente l'effetto di dispensare il giudice dal procedere ad ulteriori accertamenti circa la titolarità dei diritti reali aventi per oggetto beni immobili o mobili registrati.

(23) Nelle ipotesi di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 2652 la trascrizione della domanda giudiziale mira proprio a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 2644, mentre nelle altre ipotesi contemplate dall'art. 2652 la norma risolve un conflitto fra soggetti i quali derivano il proprio titolo di acquisto da due diversi danti causa (PROTO PISANI, *op. cit.*, Napoli, 1968, p. 286) ; del medesimo avviso MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano 1975, p. 256, nota 2.

(24) CIAN, *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 del 1996)* , in *Studium iuris*, 1997, p. 217; Gazzoni, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, I, p. 36.

(25) MESSINEO, *op. cit.*, vol. II, p. 740.

(26) In tal senso espressamente Cass. 2 febbraio 1983, n. 915, in *Dir. giur.*, 1983, p.409, nonché Cass. 24 novembre 1971, n. 3430, *ivi* citata; Trib. Orvieto, 7 febbraio 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 633, con nota di SEGOLONI.

(27) In tal senso PEREGO, *Il patto di prelazione e l'art. 2932 Codice civile*, in *Giur. It.*, 1976, I, 1, c. 1210; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano,

1988, p.69 ss.; SACCO, *I fatti e le situazioni strumentali*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da RODOLFO SACCO, Torino, 1993, t. 2, p. 291; GABRIELLI, *Confronto fra due concezioni della pubblicità immobiliare*, cit., p. 392; CASO, *op. loc. cit.*; Cass. 21 marzo 1952, n. 760, in *Mass. Foro it.*, 1952, c. 191; Cass. 24 febbraio 1954, n. 534, in *Mass. Foro It.*, c. 110; Cass. 30 marzo 1963, n. 754, in *F. It.*, 1963, I, 1145; Cass. 26 febbraio 1988, n. 2045, in N.G.C.C., 1989, I, p. 29 ss.; Cass. 14 febbraio 1992, n. 1823, in *Foro it.*, Rep., 1992, voce *Trascrizione*, n. 29; Cass. 16 dicembre 1992, n. 13282, in N.G.C.C., I, p. 96 ss.; App. Milano, 26 giugno 1953, in questa *Rivista*, 1954, II, p. 116; Trib. Lecco, 8 luglio 1958, in questa *Rivista*, 1958, II, 464; App. Milano, 4 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 472 ss., con nota di INGINO, *Sull'esecuzione in forma specifica del patto di preferenza*.

(28) In senso negativo Cass. 26 febbraio 1988, n. 2045, *cit.*; Cass. 30 marzo 1963, n. 794, in *Foro it.*, 1963, I, 1145; App. Milano 4 ottobre 1988, in *Giur. It.*, I, 2, 472.

(29) È appena il caso di osservare come l'opposta affermazione si ponga in contrasto con l'insegnamento della S.C., secondo la quale l'omissione della trascrizione della domanda non è di ostacolo né alla proposizione dell'azione, né alla pronunzia del giudice, ma può soltanto dar luogo a sanzioni di ordine fiscale (Cass. 7.12.78 n. 5810, in *Mass. giust. civ.*, 1978; Cass. 17.5.82 n. 3058, *ivi*, 1982) .

(30) In tal senso CASO, nota a Cass. 8 maggio 1991, *cit.*, c. 3376; Cass. 28 ottobre 1982 n. 5647, in *foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 149.

(31) Sulla distinzione fra fattispecie primaria e fattispecie secondaria: S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da E MESSINEO, Milano, 1957, p. 455.

(32) *retro* p. 663.

(33) GABRIELLI e FRANCESCHELLI, voce *Contratto preliminare (Diritto civile)* , in *Enc.giur.*, Roma, 1988, IX, p. 11.

(34) GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, p. 263; MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in questa *Rivista* 1949, p. 289; ID., *Gli acquisti a non domino*, *cit.*, p. 8; indirettamente COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli Torino, 1924, II, p. 422; MAIORCA, *Della Trascrizione*, in *Commentario D'Amelio al libro della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 140; NATOLI, *Doppia alienazione immobiliare*, *cit.*, p. 1191; FERRI, *Note*, *cit.*, p. 322; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, Milano, 1965, p. 750; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1962, p. 318, 321, 329, 330; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1946, p. 317; FERRI-ZANELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA-BRANCA* a cura di F. GALGANO, *Libro sesto - Della tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1995, p. 79. Sembra qualificare come concessione di ipoteca su bene altrui quella compiuta dopo l'alienazione del bene oggetto della garanzia RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985, vol. 20, p. 52.

(35) LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, p. 33; MIRABELLI, *I singoli contratti*, artt. 1470-1765, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1991, p. 2, 4; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da R VASSALLI, Torino, 1972, p. 3 ss.

(36) A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna 1993, p. 19; Id. *Delle obbligazioni* (artt. 1173-1176), in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1988, p. 381. Rileva che la fattispecie negoziale si presenta in sé perfetta, difettando semmai il presupposto estrinseco della legittimazione a disporre, la cui sopravvenienza perfeziona la fattispecie traslativa, MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in questa *Rivista*, 1949, p. 277, nota 2. Nella Relazione al Re sul libro delle obbligazioni (n. 132) si osserva che il contratto conserva la sua efficacia reale anche quando l'effetto traslativo non sia immediato. Del medesimo avviso GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 41 ss., p. 105 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1984, II, p. 32; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 98 (ivi nota 118 e 128); RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962, p. 309 ss.; CAVALLO BORGIA, *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972, p. 57 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 7 ss.; MIRABELLI, *Singoli contratti*, cit., p. 12, p. 52.

(37) Deve ritenersi che anche nell'ipotesi di obbligazione avente per oggetto il trasferimento della proprietà di beni mobili l'alienazione a terzi non sia causa di impossibilità giuridica. L'art. 1478 c. 2, infatti, si fa garante della valida costituzione del rapporto contrattuale, che si è visto costituire condizione essenziale per l'accoglimento della domanda proposta ex art. 2932. Non altrettanto può dirsi dell'art. 1155, non potendo questo in alcun modo trovare applicazione all'ipotesi considerata. Ai fini della prevalenza da tale norma assicurata, infatti, è necessaria la buona del secondo acquirente, consistente nell'ignoranza della precedente alienazione del bene mobile. Ma qualora nel giudizio instaurato ex art. 2932 c.c. il promittente venditore eccipisca l'impossibilità giuridica dell'esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre dichiarando di aver già alienato il bene a terzi, il requisito della buona fede sarà definitivamente escluso, impedendo l'invocazione dell'art. 1155 da parte del promissario acquirente quand'anche questi, ottenuta la sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, consegua altresì il possesso del bene.

(38) Assimila il pagamento con cose altrui all'adempimento parziale CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Obbligazioni e contratti*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. 9, t. 1, p. 70. Per la dottrina che concepisce l'adempimento come esatta esecuzione della prestazione (NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 555; GIORGIANNI, voce *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 321; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1984, p. 2, 8; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 1959, p. 270; BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, p. 458; GALGANO, *Obbligazioni in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, 1993, p. 35), la parzialità assume come unico termine di riferimento la prestazione dovuta (cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 562), divenendo sinonimo di inesattezza quantitativa della stessa (così NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, Milano, 1974, p. 145; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1974, p. 40; MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 273; BRECCIA, *op. cit.*, p. 401; PROSPERETTI, *Adempimento parziale e liberazione del debitore*, Napoli, 1980, p. 15 17; dubitativo DI MAJO, *Adempimento parziale e rapporti di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 38; ID., *Dell'adempimento in generale*, art. 1177-1200, in *Commentario del codice civile* SCIALOJA-BRANCA, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1994, p. 88). In tale ottica, l'inattuazione dell'effetto reale oggetto dell'obbligazione di dare acquista una collocazione sistematica incerta, non essendo riconducibile né alle ipotesi di inesattezza quantitativa, né a quelle di inesattezza qualitativa, ponendosi così

in una posizione intermedia di non meglio definibile irregolarità della prestazione (sul pagamento con cose altrui come prestazione irregolare v. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 216; BRECCIA, *op. cit.*, p. 547 ss.; MANZINI, *L'impugnazione del pagamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1003, 1007, 1008; accennano ad una generica inesattezza dell'adempimento GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 67; BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 488). Secondo quella parte della dottrina, che invece, ponendosi nella prospettiva dell'attuazione del rapporto obbligatorio complessivamente apprezzato, concepisce l'adempimento come compiuta realizzazione dell'*Obligationsprogramm* (CANNATA, *op. cit.*, p. 63, 64; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1173-1176, nel *Commentario del codice civile* SCIALOJA-BRANCA a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, p. 363; BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 260, 68; CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996, p. 8) il concetto di adempimento parziale sembra in grado di ricomprendere tutte quelle ipotesi in cui, a prescindere dal profilo squisitamente quantitativo, la prestazione offerta o eseguita, pur non essendo in grado di esaurire *V Obligationsprogramm* realizzandolo compiutamente, faccia parte di questo, potendosi conseguentemente qualificare come prestazione dovuta (sull'adempimento parziale come incompleta realizzazione del programma obbligatorio CANNATA, *op. cit.*, p. 64; GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1983, p. 141; CIAN, voce *Pagamento*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione civile*, XIII, Torino, 1995, p. 234). Si è infatti acutamente osservato che, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di *datio in solutum*, quando il debitore offre un adempimento parziale offre un dovuto, cioè un'esecuzione parziale dell'obbligo nell'ambito di un contegno che deve necessariamente tenere (PROSPERETTI, *op. cit.*, p. 29). Quale che sia la prospettiva adottata, è evidente come l'ipotesi di inattuazione dell'effetto reale programmato dal preliminare si collochi nell'ambito del non esatto adempimento, con una peculiarità che da un lato lo differenzia dall'inesattezza qualitativa, dall'altro lo accomuna all'inesattezza quantitativa della prestazione. Infatti la stipulazione del contratto definitivo, è pur sempre prestazione dovuta, in quanto parte, peraltro essenziale, del programma obbligatorio. Sicché, mentre il promittente venditore non potrà imporre al promissario acquirente la stipulazione di un contratto definitivo non immediatamente traslativo, questa potrà invece essere pretesa dal promissario acquirente, che potrà solo in tal modo beneficiare da un lato degli effetti di cui all'art. 1476 n. 2, dall'altro del congegno attributivo predisposto dall'art. 1478 c. 2, grazie al quale l'acquisto del diritto da parte del venditore sarà sufficiente al conseguimento dell'effetto reale alla cui realizzazione questi si è impegnato sin dalla stipulazione del preliminare.

(39) Cass. 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.*, 1969, I, 1203; Cass. 9 luglio 1969, n.2518, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 206; Cass. 17 novembre 1977, n. 5028, *ivi*, 1977, voce *ult. cit.*, n. 149; Trib. Roma, 18 febbraio 1974, in *Giur. di merito*, 1976, I, 265; Cass. 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro It.*, 1976, I, 1002.

(40) Cass. 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*, 1972, I, 899; Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669; Cass. 5 agosto 1977, n. 3560, *ivi*, 1977, I, 2462; Cass. 5 giugno 1979, n. 3179, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1738; Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 914; Cass. 5 novembre 1980, n. 5838, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1653; Cass. 29 marzo 1982, n. 1932, in *Foro it.*, 1983, I, 1053; Cass. 11 novembre 1983, n. 3263, n. 3263, in *Giur. it.*, 1987, I, 173; in *Arch. civ.*, 1985, p. 957; in *Corr. giur.*, 1985, p. 627, con nota di V. CARBONE, *7 vizi e le difficoltà della cosa legittimano alla riduzione del prezzo*; in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630, con nota di DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*; in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 752, con nota di LEO, *Contratto preliminare di vendita e tutela del promissario acquirente*; Cass. 14 marzo 1986, n. 1741 e Cass. 7 aprile 1986, n. 2398, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 673 con nota di CHIANALE; Cass. 14 novembre

1988, n. 6143, in *Vita notarile*, 1988, p. 1176. Deve tuttavia segnalarsi l'esistenza di alcune sentenze con cui la Suprema Corte, pur dopo la pronuncia a Sezioni Unite del 1985, sembra riproporre l'orientamento un tempo prevalente: Cass. 8 gennaio 1992, n. 118, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1462; Cass. 1 febbraio 1993, n. 1219, in *Giur. it.*, I, 1, 1908.

(41) MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 329.

(42) In tal senso CANNATA, *op. cit.*, p. 100; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, p. 400. Ciò spiega perché l'art. 1181 c.c. (con riguardo all'inesattezza quantitativa) e, *a contrario*, l'art. 1197 c.c. (con riguardo all'inesattezza qualitativa) legittimino il creditore al rifiuto della prestazione offerta dal debitore.

(43) È appena il caso di segnalare l'imprecisione terminologica in cui l'art. 1464 c.c. incorre nel definire come parziale l'esecuzione della prestazione divenuta solo in parte impossibile. L'impossibilità parziale determina, infatti, l'estinzione *pro parte* del rapporto obbligatorio, ed impone di qualificare come totale l'adempimento avente per oggetto la parte di prestazione sopravvissuta all'effetto estintivo. La miglior dottrina non manca del resto di sottolineare come la possibilità del creditore di rifiutare *ex art.* 1181 c.c. l'adempimento parziale presupponga che non si sia determinata una definitiva parziale impossibilità della prestazione, quest'ultima ipotesi essendo regolata dall'art. 1258 e dall'art. 1464 per il caso di rapporto sinallagmatico (così CIAN, *op. cit.*, p. 244).

(44) MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 12.

(45) CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 503 ss.

(46) Così CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 504.

(47) MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Ius*, 1986, p. 127.

(48) *retro* p. 676 ss.

(49) *Cfr.* BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. VASSALLI, vol. VII, t. 1, Torino, 1993, p. 773.