

Angelo Luminoso

La compravendita

DECIMA EDIZIONE INTERAMENTE RIVISTA



Giappichelli



PREFAZIONE ALLA DECIMA EDIZIONE

La presente edizione, che viene pubblicata a distanza di circa tre anni dalla precedente, è il frutto di una integrale rivisitazione dell'opera e di una rinnovata riflessione su alcuni argomenti che, specie negli ultimi anni, hanno richiamato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza.

Le svariate monografie dedicate alla compravendita e i numerosissimi contributi, monografici e saggistici, sulla contrattazione preliminare, moltiplicatisi – forse a dismisura – negli ultimi tempi, mi hanno suggerito innanzi tutto l'approfondimento di un interrogativo: quello concernente l'ammissibilità nel nostro sistema positivo di una figura di vendita puramente obbligatoria, secondo il modello che proviene dalla tradizione di diritto romano e intermedio, accolto, fra gli altri, nei Paesi di diritto tedesco. Questione della quale mi ero già occupato e che mi sembra sia giunta oramai a maturazione, con riguardo soprattutto alla necessità di stabilire il tracciato della linea di confine tra promessa di vendita, vendita ad efficacia obbligatoria e vendita con effetti reali.

All'esito di questa rinnovata riflessione, sono giunto alla conclusione che questa figura di vendita va ammessa anche nel diritto italiano, senza però doverla identificare – in controtendenza rispetto alla nostra dottrina più autorevole – con il contratto preliminare di vendita. Di qui una serie di implicazioni, sia sul piano delle categorie concettuali che su quello della disciplina positiva, che ho cercato di mettere a fuoco nelle svariate direzioni nelle quali la ricca problematica della compravendita si sviluppa.

Altro motivo che mi ha suggerito di ritornare su temi e soluzioni che avevo trattato nelle precedenti edizioni è costituito dalla presa di posizione, da parte della Corte di Cassazione (con importanti sentenze pronunciate a Sezioni Unite) su questioni assai dibattute: basterà ricordare le pronunce del 2019 e del 2020 sulla natura della garanzia nella vendita (e sui suoi riflessi sul terreno della disciplina da applicare), sulle nullità urbanistiche, sulla forma e sulla trascrizione dei contratti – diversi dal preliminare – che obblighino a stipulare contratti traslativi di beni immobili.

Altra circostanza che mi ha indotto a procedere ad una revisione dell'opera è rappresentata dalle novità legislative apparse in questi ultimi anni, tra le quali, in particolare, la nuova disciplina del fallimento (e segnatamente degli effetti della dichiarazione di insolvenza sui rapporti contrattuali in corso nascenti dalla vendi-

ta e dal preliminare di vendita) consegnata al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (approvato con d.lgs. n. 14/2019) non ancora entrato in vigore, le nuove regole comunitarie introdotte con la direttiva 2019/771 UE, che entro l'anno 2021 dovrebbe sostituire la precedente direttiva 1999/44 CE sulla vendita di beni di consumo, ed infine le non marginali modifiche apportate nel 2019 alla normativa sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

CAPITOLO PRIMO

NOZIONE E CAUSA

SOMMARIO: 1. La vendita: nozione codicistica. – 1.1. La vendita con effetti reali. – 1.2. Il problema della vendita ad effetti obbligatori. – 1.3. Riconducibilità della vendita ad efficacia obbligatoria al tipo legale della vendita. – 1.4. Vendita obbligatoria e negozio esecutivo di puro trasferimento. – 2. “Sottotipi” di vendita e “variazioni” nella legge e nella prassi. – 3. La causa. – 3.1. Le prestazioni aggiunte. – 4. Contratti affini: assegnazione di alloggi; concessione di vendita; *franchising*; *factoring*. – 4.1. (*Segue*): Appalto, permuta, locazione, *rent to buy*, *leasing*. – 5. Vendita e donazione. – 6. Vendite di cose inutili, di aziende in perdita, con “prezzo negativo”. Vendite a scopo di garanzia, a scopo di conferimento societario, con finalità solutoria.

1. *La vendita: nozione codicistica.*

Tra i contratti di alienazione diretti a realizzare uno scambio di beni, il più diffuso nella pratica degli affari è sicuramente la compravendita¹.

¹La bibliografia in tema di vendita è sterminata; non potendo citare tutte le opere generali in materia, ci limitiamo a ricordare le più importanti.

Tra le opere apparse sotto il codice del 1865, possono segnalarsi: T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*², Napoli-Torino, 1919; F. DEGNI, *La compravendita*, Padova, 1939; A. DE GREGORIO, voce *Vendita*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, 2, Torino, 1940, p. 880 ss.; C. GASCA, *Trattato della compravendita*, (2 voll.), Roma, s.d.; E. GIANTURCO, *Contratti speciali*, II, *La compravendita*, Napoli, 1905; G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, nel *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1937; E. PACIFICI MAZZONI, *Trattato della vendita*, in *Codice civile italiano commentato*, XII-XIII, Torino, 1929-1930; A. RAMELLA, *La vendita nel diritto moderno* (2 voll.), Milano, 1920; L. TARTUFARI e E. SOPRANO, *Della vendita e del riporto*⁶, in *Il codice di commercio commentato* coordinato da Bolaffio, Rocco e Vivante, III, Torino, 1936; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*, Milano, 1935.

Tra le opere di carattere generale pubblicate successivamente all’emanazione del codice civile del 1942, si vedano: P. GRECO, *La compravendita e altri contratti*, Milano, 1947; L. LORDI, *Della vendita*, nel *Commentario al cod. civ.* diretto da D’AMELIO e FINZI, *Libro delle obbligazioni*, II, 1, Firenze, 1947; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950; M. ALLARA, *La vendita (corso univ.)*, Torino, 1958; SALV. ROMANO, *Vendita. Contratto*

estimatorio, nel *Trattato di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1960; R. LUZZATTO, *La compravendita*, ediz. postuma a cura di Persico, Torino, 1961; D. RUBINO, *La compravendita*², nel *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*², nel *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1993; dello stesso A., voce *Vendita (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 605 ss.; P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*², nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1470-1547, Bologna-Roma, 1981; G.B. FERRI, *La vendita in generale (La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore)*, nel *Trattato di dir. priv.*² diretto da Rescigno, 11, Torino, 2000, pp. 485-574; B. CARPINO, *La vendita (La vendita con patto di riscatto. La vendita di cose mobili. La vendita di cose immobili. La vendita di eredità)*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, 11, Torino, 1984, pp. 257-355; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Vendite con contenuti speciali*, in *Trattato di dir. priv.*² diretto da Rescigno, vol. 11, Torino, 2000, pp. 575-745; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, nel *Commentario del cod. civ.*, Utet, Libro IV, Tomo 3, Torino, 1991; G. BONFANTE, *La vendita*, nel *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'ec.* diretto da Galgano, XVI, *Contratti commerciali* a cura di Cottino, Padova, 1991; F. GALGANO, voce *Vendita (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 484 ss.; F. MACARIO, voce *Vendita (Profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1995, pp. 3-190; G. COTTINO, *Diritto commerciale*², II, 2, *Contratti commerciali*, Padova, 1996, pp. 2-49; A. LUMINOSO, voce *Vendita*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 607 ss.; O. CAGNASSO e G. COTTINO, *Contratti commerciali*, nel *Trattato di dir. comm.* diretto da Cottino, IX, Padova, 2000, pp. 1-103; A.M. MUSY e S. FERRERI, *La vendita*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2006; E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Art. 1470, Milano, 2010; E. RUSSO, *Della vendita. Disposizioni Generali. Delle obbligazioni del venditore*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1471-1482, Milano, 2013; E. RUSSO, *L'evizione*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1483-1489, Milano, 2016; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1490-1499, Milano, 2012; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1500-1509, Milano, 1987; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*², in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1510-1536, Milano, 2004; A. MUSIO, *Della vendita di cose immobili*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1537-1541, Milano, 2015; F. GRECO, *La vendita di eredità*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt., 1542-1547, Milano, 2014; G.B. FERRI e A. NERVI, *Il contratto di compravendita*, in *Diritto civile*, III, 3, *I contratti*, diretto da Lipari e Rescigno, a cura di Zoppini, Milano, 2009, p. 2 ss.; AA.VV., *I contratti di vendita*, a cura di Valentino, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2007; AA.VV., *Della vendita*, nel *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Dei singoli contratti*, Artt. 1470-1547, Torino, 2011; G. D'AMICO, *La compravendita*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013; AA.VV., *La vendita*, a cura di Callegari e Desana, Bologna, 2014; A. LUMINOSO, *La vendita*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014; AA.VV., *Vendita e vendite*, nel

È anche il più importante fra tutti gli schemi contrattuali (nominati e innominati), sia per la rilevanza della sua funzione economica, sia, ancora, per il valore paradigmatico che assume nell'ambito della teoria dei contratti, sia, infine, per la ricchezza e la varietà di atteggiamenti, di sottotipi, di clausole e di regole che presenta².

La compravendita è disciplinata fundamentalmente dal codice civile (artt. 1470-1547) e, limitatamente alla vendita di beni di consumo, dal codice del consumo (spec. artt. 61, 63, 128-135); è inoltre contemplata o, secondo i casi, regolata, in relazione a profili particolari, da numerose leggi speciali e da disposizioni di fonte comunitaria.

La definizione legislativa è contenuta nell'art. 1470 c.c.: «*La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo*». In tal modo, il legislatore del 1942 ha superato le ambiguità normative e i contrasti dottrinali originati dal sistema previgente, nel quale, accanto a norme che sembravano presupporre la natura squisitamente obbligatoria di tale contratto (si veda, in particolare, l'art. 1447 c.c. 1865), vi erano norme che invece ne proponevano l'efficacia traslativa (si veda l'art. 1448 c.c. 1865).

Definizione
legislativa

Emerge dalla definizione legislativa sopra ricordata che la vendita è contratto non solo a titolo oneroso, ma anche a prestazioni corrispettive, costituendo l'attribuzione traslativa la controprestazione dell'attribuzione pecuniaria, e viceversa.

Onerosità e
corrispettività

Come si vedrà meglio più avanti, se, di massima, la vendita è contratto commutativo, non mancano peraltro figure che assumono carattere aleato-

Commutatività
e aleatorietà

Trattato dei contratti diretto da Roppo, I, Milano 2014; R. CALVO, *La vendita*, in *Diritto civile*, III, 1, Bologna, 2016; F. BOCCHINI, *Le vendite immobiliari*, I, *Contratto e pubblicità*, Milano, 2016; AA.VV., *Le vendite immobiliari*, II, *Tipologie e tutele*, a cura di Bocchini, Milano, 2016; E. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I «modelli» italo-europei e internazionali*, Napoli, 2018.

Con specifico riguardo alle opere generali contenenti prevalentemente materiali e indicazioni di giurisprudenza (oltre che di dottrina), v. L. GARDANI CONTURSI LISI, *La compravendita*², in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1985; AA.VV., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*², a cura di Perlingieri, Artt. 1470-2053, Bologna, 1991; AA.VV., *Commentario al codice civile* diretto da Cendon, IV, Artt. 1173-1654, Torino, 1991; AA.VV., *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile* diretta da Ruperto e Sgroi, Libro IV, Tomo IV, artt. 1470-1570, Milano, 1994; A. LEPRI, *La compravendita immobiliare*, Milano, 1993; AA.VV., *La vendita*, a cura di Bin, voll. I-IV, Padova, 1994-1996 [del vol. I è stata pubblicata la seconda edizione nel 1999]; CRIACO, *La vendita*, Milano, 2014; AA.VV., *Codice della vendita*⁴, a cura di Buonocore, Luminoso e Fauceglia, Milano, 2018.

Per indicazioni bibliografiche sulla vendita di beni di consumo, v. *infra*, spec. § 74 nota 1.

² Così, già D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1; G.B. FERRI, *La vendita in generale*, cit., p. 486. Sul punto v., *infra*, § 2.

rio³ la cui riconducibilità allo schema legislativo dell'art. 1470 ss. c.c. è tuttavia controversa. Il fenomeno riguarda specialmente la c.d. *emptio spei* (art. 1472, comma 2), la vendita a rischio e pericolo del compratore (art. 1488, comma 2), la vendita di eredità senza specificazione di beni (art. 1542 ss.) e la vendita di aspettativa (v. *infra*, § 46).

1.1. *La vendita con effetti reali.*

La vendita
come contratto
traslativo

Venute meno le incertezze del passato, nessuno dubita più, anche alla luce della disposizione di carattere generale di cui all'art. 1376 c.c., nel quale viene enunciata la regola del consenso traslativo, che la vendita concreti un contratto consensuale e traslativo⁴. *Consensuale*, in quanto si perfeziona e produce i suoi effetti con il realizzarsi dell'accordo delle parti, senza bisogno della consegna della cosa, della iscrizione in pubblici registri⁵ o del pagamento del prezzo; *traslativo*, in quanto produce – secondo la configurazione legislativa prevista nell'art. 1376 – il trasferimento del diritto e non un'obbligazione di “dare” (ossia di compiere un successivo negozio di puro trasferimento del diritto) come invece prevedono i sistemi di diritto tedesco.

La vendita
ad effetti reali

Seguendo la terminologia del codice (v. rubrica dell'art. 1376 c.c.), sembrerebbe doversi affermare che la vendita è *contratto ad effetti reali*, ossia un contratto nel quale l'effetto (finale) traslativo. deriva direttamente dal consenso contrattuale. Peraltro, come si vedrà nel prossimo paragrafo, non può escludersi che sia compatibile con il tipo legale della vendita un congegno effettuale caratterizzato dalla nascita di una obbligazione di “da-

³ V., in generale, M. ALLARA, *La vendita*, cit., p. 155.

⁴ Sul processo storico che (dal sistema fondato sulla *traditio*, attraverso la prassi notarile della clausola di spossessamento e del costituito possessorio implicito) ha condotto all'accoglimento, prima nel codice francese (art. 1138) e poi nel nostro codice del 1865 (art. 1125), del principio dell'efficacia traslativa del consenso, v., in particolare, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 82 ss.; R. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*, I, nel *Trattato di dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 718 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 1 ss.

⁵ V. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 307. Quanto rilevato nel testo non esclude tuttavia che l'autonomia privata possa dare vita a vendite reali o anche subordinare l'effetto traslativo al pagamento del prezzo o alla ripetizione del consenso per atto pubblico (v. *infra*, §§ 8, 36).

Va appena ricordato che nella regione Trentino-Alto Adige, nelle provincie di Trieste e Gorizia e nel comune di Cortina d'Ampezzo vige il regime dell'intavolazione (di cui al r.d. 28 marzo 1929 n. 499, contenente disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove provincie) e che la proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili, in deroga all'art. 1376 c.c., non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione del diritto nel libro fondiario (v. spec. artt. 2 e 12, r.d. n. 499, cit.).

re” che impegna le parti a porre in essere un successivo negozio di puro trasferimento del diritto.

L’effetto traslativo, di norma, è cronologicamente immediato, si verifica cioè automaticamente al perfezionarsi dell’accordo contrattuale; vi sono tuttavia ipotesi (v. *infra*, § 37) nelle quali il trasferimento è eventuale ed è rinviato al verificarsi di altri (determinati) fatti od atti. Anche in siffatte ipotesi – di *vendita ad efficacia traslativa mediata* – il contratto integra uno schema negoziale ad effetti reali, rimanendo perciò netta, anche in questi casi, la differenza con la vendita ad efficacia meramente obbligatoria degli ordinamenti di area germanica e con la vendita romana⁶.

1.2. *Il problema della vendita ad effetti obbligatori.*

Come si è accennato dianzi, ci si deve porre, ora, l’interrogativo se il contratto con cui gli interessati, nel predisporre un assetto di interessi che contempla lo scambio di cosa contro prezzo, convenissero il sorgere di un mero obbligo di compiere un successivo atto traslativo del diritto sia da ammettere, e in caso affermativo se possa essere ricondotto allo schema legislativo della vendita (nonostante faccia difetto, appunto, l’effetto traslativo).

La questione riveste una specifica rilevanza pratica in relazione alla figura del contratto preliminare di vendita ed in particolare a quella figura che viene comunemente designata *contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati* nella quale si riscontra la presenza di un contratto ad effetti puramente obbligatori dal quale sorge, oltre alle obbligazioni di consegna della cosa e/o di pagamento del prezzo, l’obbligo di compiere un successivo negozio traslativo del diritto. Soprattutto con riguardo a quest’ultima figura – come si avrà modo di chiarire più avanti – è vivamente discusso se si debba configurare un vero e proprio preliminare di vendita oppure un negozio atipico o ancora una vendita puramente obbligatoria.

La risposta all’interrogativo postula la soluzione di un duplice problema. Chiarire se le parti possano derogare al principio dell’efficacia traslativa del consenso consacrato nell’art. 1376 c.c.; in caso affermativo, stabilire se il relativo programma negoziale (che contempra, oltre alla consegna della cosa e al pagamento del prezzo, un successivo atto di trasferimento della proprietà) possa essere inquadrato all’interno del modello legale della vendita.

Vendita
obbligatoria e
preliminare
c.d. complesso

⁶Sulla vendita in diritto romano e in diritto intermedio e sulla vendita essenzialmente obbligatoria prevista negli ordinamenti di svariati Paesi ed in particolare in quelli di diritto tedesco, v. per tutti A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 3 ss., ivi citazioni; in particolare, sulla vendita romana v. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 303 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, voll. I e II, Napoli, 1952-1954.

Derogabilità
dell'art. 1376

Sul primo punto, deve osservarsi che dopo iniziali incertezze, la quasi totalità della dottrina italiana, seguita dalla giurisprudenza, è oramai giunta alla conclusione che l'art. 1376 è norma non di ordine pubblico ma dispositiva e interpretativa della volontà delle parti⁷. Il principio consensualistico non è espressione di una rigida regola di logica giuridica o di superiori principi di razionalità, costituendo essa il frutto di una scelta di politica legislativa.

Il principio
di causalità
dell'attribuzione
patrimoniale

D'altro canto, gli argomenti addotti per negare la derogabilità del principio consensualistico⁸ si sono rivelati privi di consistenza. Si è sostenuto in particolare che il principio di causalità dell'attribuzione patrimoniale, accolto dal nostro sistema positivo, non consentirebbe di costituire un vero e proprio obbligo di trasferire poiché il relativo atto esecutivo non potrebbe che concretare un negozio traslativo astratto, mentre la libera configurazione di tale tipo di negozi è sottratta al potere dispositivo dei privati⁹.

Le prestazioni
isolate con
causa esterna

La dottrina successiva peraltro nella seconda metà del secolo scorso è riuscita a superare le posizioni tradizionali, dimostrando l'ammissibilità di negozi il cui tratto distintivo è costituito dal carattere unilaterale dell'attribuzione patrimoniale e il cui presupposto causale va ricercato fuori di essi

⁷ Sulla portata del principio consensualistico e sul problema della sua derogabilità nonché sulle applicazioni dell'obbligazione di "dare" (in senso stretto) – ossia di compiere un negozio di puro trasferimento – nel nostro sistema positivo, v. per tutti, da ultimo, A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 38 ss. In senso favorevole alla derogabilità della regola con sensualistica, v., fra gli altri: G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in società*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 913 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 889 ss.; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995, p. 5 ss.; C. CAMARDI, *Vendita e contratti e traslativi*, Milano, 1999, spec. p. 135 ss.; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 38 ss.; E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, cit., spec. p. 143 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 47 ss.; F. GALLO, *Nozione della vendita*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da Gabrielli, cit., p. 135 ss.; F. DELFINI *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 187 ss.; P. SIRENA, *La nozione di vendita: gli effetti traslativi*, in *Vendita e vendite*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, Milano, 2014, p. 80 ss.

⁸ Tra gli autori che sostengono la natura imperativa del principio consensualistico, cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 96 ss.; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale*, etc., p. 47; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 141 ss.; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 24 ss.; v. pure P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita ecc. cit.*, p. 8.

⁹ V. gli autori citati nella nota precedente; adde, S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica*, Saggi, Milano, 1951, p. 268 ss.

(come emerge anche da alcuni dati di diritto positivo ed in particolare dalle disposizioni di cui all'art. 1706 comma 2 e 651 c.c., le quali prevedono un obbligo di trasferire da adempiersi mediante un pagamento traslativo), negozi c.d. con causa esterna ai quali è stato dato il nome di “prestazioni isolate”¹⁰. Grazie a tale svolta tanto la dottrina quanto la giurisprudenza più recente sono oggi concordi nell'ammettere un congegno traslativo governato dal principio di separazione tra *titulus* e *modus acquirendi*.

Qualora si riconosca – come deve riconoscersi – la derogabilità pattizia della regola di cui all'art. 1376 e l'ammissibilità di negozi di puro trasferimento con causa esterna, rimane da stabilire se l'operazione negoziale con la quale gli interessati, nel predisporre un assetto di interessi che contempla lo scambio di cosa contro prezzo, convengano di rinviare il trasferimento del diritto ad un successivo atto, possa essere ricondotta al tipo legale della vendita. Le risposte date dalla dottrina – che, come si è ricordato, si è occupata della questione soprattutto con riferimento al preliminare di vendita ad esecuzione anticipata – non sono univoche.

Ad avviso di alcuni studiosi qualsiasi contratto preliminare di vendita dovrebbe essere qualificato come vendita obbligatoria in senso stretto, dalla quale cioè sorge un'obbligazione di dare da adempiersi mediante un ulteriore atto di puro trasferimento della proprietà¹¹. Questa opinione non sembra tuttavia condivisibile dal momento che l'intento pratico delle parti che sta alla base del contratto preliminare è quello di predisporre un futuro regolamento di interessi (corrispondente al contenuto di una vendita) e di rinviarne l'entrata in vigore e la realizzazione alla stipulazione del successivo contratto di vendita definitiva, mentre l'intento pratico dei soggetti che contraggono una vendita obbligatoria è quello di dettare e fare entrare in vigore immediatamente il regolamento di interessi proprio del contratto di compravendita e di procedere alla sua realizzazione rinviando ad un

Obbligazione di dare e negozio di puro trasferimento

Tesi che identifica nel contr. prel. una v. obbl.

¹⁰ Per tali svolgimenti, con i quali è stata persuasivamente dimostrata l'ammissibilità di una scissione (tra *titulus* e *modus acquirendi*, ossia) tra un contratto causale obbligatorio e un atto traslativo di esecuzione nonché la possibilità di rinvenire il fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale prodotto dall'atto fuori di esso e precisamente nell'obbligazione di cui l'atto stesso costituisce adempimento, cfr. in particolare M. GIORGIANNI, voce *Causa (Dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1960, p. 565; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, p. 200 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, *passim*; ID., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale ecc.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 828 ss.

¹¹ Così in particolare, R. SACCO (e G. DE NOVA), *Il contratto*³, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Milano, 2014, pp. 56, 259 ss.; A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 698; ID., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.-Tematici*, I, Milano, 2021, p. 460 ss.; F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 23 ss. Sotto il codice abrogato, per un confronto tra la vendita obbligatoria e la promessa di vendita, v. G. GORLA, *La compravendita ecc.*, cit., p. 13 ss.

successivo loro atto di volontà unicamente il trasferimento del diritto. L'accoglimento della tesi in esame comporterebbe invece una costante e necessaria identificazione tra preliminare di vendita e vendita (obbligatoria) definitiva che farebbe scomparire ingiustificatamente dal nostro sistema positivo la figura del preliminare, il quale assolve ad una funzione economico sociale non solo distinta e diversa da quella della compravendita ma altresì sicuramente meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.¹².

Tesi che
inquadra il prel.
ad esec. ant. nel
tipo-prel.

La dottrina tradizionale e larghissima parte della giurisprudenza identificano nel contratto preliminare di vendita ad esecuzione anticipata (o ad effetti anticipati) un ordinario contratto preliminare con il quale le parti si limitano ad anticipare il sorgere e l'esecuzione delle obbligazioni di consegna della cosa e/o di pagamento del prezzo della futura vendita definitiva¹³. Come già è stato rilevato da numerosi autori, siffatta qualificazione offre il fianco ad una critica di fondo, in quanto l'anticipazione della nascita e dell'esecuzione delle obbligazioni di consegna e/o di prezzo rispetto alla stipulazione della vendita definitiva appare inconciliabile con la causa "preparatoria" del preliminare e altera i profili funzionali e strutturali di questo tipo contrattuale in modo così radicale da far debordare la figura in un altro tipo contrattuale¹⁴.

¹²Per tali critiche alla tesi esaminata nel testo, v. A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 653 ss.; G. Buset, *Considerazioni sul c.d. preliminare ad effetti anticipati: natura, qualificazione e disciplina applicabile*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 1478. Sul punto ritorneremo anche più avanti in occasione dell'esame del preliminare di vendita (v. *infra*, spec. § 141).

¹³In questo senso si esprime la tradizionale dottrina italiana: v. per tutti, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 96 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 164 s. Nel medesimo senso si esprimeva la dominante giurisprudenza (v. per tutte, Cass. 19 aprile 2000 n. 5132; Cass. 8 febbraio 2000 n. 1376; Cass. 22 dicembre 2005 n. 28480, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2342) fino a Cass. S.U. 27 marzo 2008 n. 7930, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1039 ss. (seguita da Cass. 1° marzo 2010 n. 4863 e Cass. 15 maggio 2015 n. 10009), con la quale il Supremo Collegio ha criticato la tesi in esame ed ha configurato il preliminare ad esecuzione anticipata (chiamato anche comunemente "preliminare complesso") come un collegamento tra un contratto preliminare, un comodato ed un mutuo. Tesi quest'ultima che ha ricevuto a propria volta ampie critiche dalla maggior parte della successiva dottrina (v. per tutti, M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 119; G. COSCO, *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*, Milano, 2018, pp. 81 ss., 93 ss.).

¹⁴Così già, oltre agli autori citt. nella nota successiva, C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, IV, *Atti del convegno di Milano, 10-12 aprile 1986*, Milano, 1987, p. 94-98 e nota 18, il quale ritiene che il preliminare con effetti anticipati realizza un vero e proprio abuso del tipo contrattuale ed esclude che possa essere qualificato come

Altri studiosi, infine, riguardo al preliminare di vendita ad esecuzione anticipata, configurano un procedimento traslativo, contrassegnato nella sua sintesi da una funzione di scambio di cosa contro prezzo, in relazione al quale né il primo negozio ad effetti obbligatori né il secondo negozio puramente traslativo, sarebbe qualificabile in termini di vendita (mancando nel primo uno degli effetti giuridici essenziali di questo contratto, ossia l'effetto traslativo¹⁵, e nel secondo l'obbligazione di prezzo) e concludono nel senso della atipicità del primo contratto. Secondo i sostenitori dell'opinione testé riferita, la qualificazione di tale contratto come vendita deve essere esclusa in quanto l'effetto traslativo costituisce un "essenziale negotii" del tipo-vendita¹⁶, e «al sistema del codice ripugna una vendita dalla quale sia definitivamente staccato il trasferimento»¹⁷, tenuto anche conto che nelle norme del codice in materia di vendita «non v'è traccia di riferimenti ad un effetto *reale* che ... venga demandato ad un negozio ulteriore»¹⁸.

Tesi che
qualifica il
prel. ad esec.
ant. come
contr. atipico

vendita obbligatoria non essendo [all'epoca] prevista dal legislatore la trascrizione del preliminare.

¹⁵ V. in tal senso, G. PORTALE, *Principio consensualistico* ecc., cit., p. 913 ss.; A. LENER, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, p. 173 e nt. 77 ss.; ID., *La sequenza preliminare-definitivo e la modularità del vincolo nelle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre*, in *La contrattazione preliminare* a cura di R. De Matteis, Torino, 2017, p. 3 ss.; P. CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare* ecc., in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 1017 ss.; G. Buset, *Considerazioni* ecc., cit., p. 1477; P. SIRENA, *L'effetto traslativo*, in *I contratti di vendita* a cura di Valentino, I, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, Milano, 2007, p. 424; ID., *La nozione di vendita* ecc., cit., p. 82; v. pure, E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 79. L'opinione riferita nel testo era stata condivisa anche da me in precedenti scritti sull'argomento: v., ad esempio, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 27; *La vendita*, cit., pp. 66 ss., 653 ss.; *La compravendita* (in tutte le edizioni da quella del 1991 sino alla nona del 2018), spec. pp. 6 s. e 443 s., dove, avvicinandomi alla soluzione che viene accolta nella presente edizione che sto per illustrare, giungevo alla conclusione che «forse non si è troppo lontani dal vero se si afferma che il contratto preliminare ad effetti anticipati costituisce una sorta di *vendita obbligatoria "atipica"*».

¹⁶ Così, in particolare, G. PORTALE, *Principio consensualistico* ecc., cit., p. 938; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare* ecc., cit., p. 170 ss., nota 77; P. CORRIAS, *La nuova disciplina* ecc., cit., p. 1017.

¹⁷ Così G. PORTALE, *op. ult. cit.*, p. 939. L'opinione sostenuta da questo autore è stata esaminata criticamente da C.M. BIANCA, *La vendita*² ecc., cit., pp. 97-98 nt. 1, il quale rileva esattamente che siccome «può senz'altro ammettersi che l'effetto traslativo sia collegato ad un successivo atto di natura negoziale ... l'atto non altererebbe tuttavia il tipo della vendita in quanto non avrebbe una propria autonomia causale, rappresentando pur sempre un momento esecutivo di quel contratto».

¹⁸ Così, G. Buset, *Considerazioni sul c.d. contratto preliminare* ecc., cit., p. 1477.

La tesi testé riferita, alla quale avevo aderito in miei precedenti scritti, ad una più ponderata riflessione, mi appare oggi infondata in quanto l'assunto che ne sta alla base, secondo cui nella vendita obbligatoria farebbe difetto uno degli elementi essenziali e segnatamente il risultato traslativo sul piano programmatico ed il trasferimento del diritto sul terreno effettuale, si rivela, a ben vedere, non adeguatamente motivata sotto il profilo concettuale e priva di riscontri sotto il profilo normativo.

1.3. *Riconducibilità della vendita ad efficacia obbligatoria al tipo legale della vendita.*

Inquadrabilità della v.o. nel tipo legale di cui all'art. 1470 c.c.

Se è vero che il profilo traslativo costituisce un carattere essenziale del contratto di vendita, è altrettanto vero, a mio modo di vedere, che anche nella vendita obbligatoria è presente siffatto profilo, che cioè il trasferimento non è "staccato" dal primo contratto (della sequenza bifasica) ma trova (anche) in esso la sua radice fattuale e il suo fondamento causale, da qualunque angolo visuale si analizzi l'operazione.

L'intento delle parti

Sotto il profilo dell'*intento delle parti*, è indubitabile che le stesse con il primo contratto della sequenza perseguono l'obiettivo di operare uno scambio di cosa contro prezzo e quindi vogliono con esso il trasferimento della proprietà (o di un altro diritto) e lo vogliono, più precisamente, come effetto pratico da realizzarsi non immediatamente ma in un secondo momento in virtù di una apposita manifestazione di volontà.

L'oggetto del contratto

Siffatto intento comporta, sotto il *profilo programmatico*, che l'*oggetto del contratto* include tra i risultati voluti dalle parti il trasferimento della proprietà di una cosa (o di un altro diritto). Le parti, infatti, contemplanò, tra gli obiettivi da raggiungere con il contratto, oltre alla consegna della cosa e al pagamento del prezzo, il risultato finale costituito dal trasferimento del diritto e assumono l'impegno immediatamente vincolante di conseguirlo mediante un ulteriore atto di volontà.

La causa del contratto

Sotto il *profilo funzionale*, la causa della vendita contrassegna non solo il primo contratto della sequenza ma anche il secondo, ossia l'atto di puro trasferimento, poiché esso trova, per l'appunto, il suo presupposto causale nel primo contratto. La causa giustificativa dell'attribuzione traslativa è perciò una causa di vendita.

L'effetto traslativo

Sotto il *profilo effettuale*, deve rilevarsi che dal primo contratto della sequenza nasce non un'obbligazione di stipulare un contratto causale introduttivo di un regolamento di interessi *ex venditione* bensì "un'obbligazione di dare", di compiere cioè un atto di puro trasferimento. Il negozio di disposizione con cui si realizza il trasferimento del diritto è perciò un atto esecutivo della vendita obbligatoria e quindi ancillare rispetto a questa.

La fattispecie traslativa

Dal punto di vista della *fattispecie dell'effetto traslativo*, va notato che questa è costituita da un negozio di disposizione che trova il suo fondamento nel primo contratto della sequenza, la cui invalidità o inefficacia,

privando l'atto traslativo del suo presupposto causale, determina la paralisi effettuale di quest'ultimo. Il negozio dispositivo fa parte, perciò, assieme alla vendita obbligatoria, di un unico procedimento traslativo contrassegnato da una causa di scambio.

Le considerazioni che precedono mettono in luce, a mio avviso, che nell'operazione in esame il trasferimento del diritto non appare «definitivamente staccato dalla vendita» – come si ritiene dai sostenitori della tesi che si critica – ma trova la sua radice in un intento pattizio che coincide con quello tipico della vendita, che viene programmato dalle parti con il primo contratto in funzione di un corrispettivo di prezzo, che è prodotto da un atto esecutivo di un contratto avente causa di vendita e che rinviene infine la sua fonte in un negozio dispositivo che concorre a formare, assieme al primo contratto della sequenza, un unitario procedimento con causa traslativa di scambio.

Questi argomenti consentono, tenuto anche conto del principio c.d. di “elasticità del tipo”, di ricondurre l'operazione negoziale in discorso al tipo legale della vendita e quindi di qualificare la stessa come “vendita obbligatoria”¹⁹ per distinguerla dalla “vendita traslativa”, l'unica che avevano presente i compilatori del codice civile stante l'accoglimento in esso del principio consensualistico.

Si potrebbe in tal modo ravvisare nel tipo legale della vendita un contratto ad “effetti variabili”²⁰, capace, cioè, a seconda della concreta volontà dei contraenti, di produrre effetti reali o effetti obbligatori²¹.

La vendita
come contratto
ad effetti
variabili

¹⁹ Per tale opinione, v. già, C.M. BIANCA, *La vendita ecc.*, cit., pp. 97-98, nt. 1; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico ecc.*, cit., p. 52 s.

Devono menzionarsi, in senso conforme alle conclusioni di cui nel testo, quegli autori che qualificano il preliminare di vendita come vendita obbligatoria (ci riferiamo a SACCO, CHIANALE e GAZZONI citati in precedenza nella nota 11) i quali vanno perciò annoverati tra i pochi studiosi italiani che ammettono nel nostro ordinamento positivo la figura della vendita obbligatoria e la riconducono allo schema tipologico disegnato dal codice all'art. 1470 e ss. Come ho chiarito in precedenza, l'opinione di questi autori non mi sembra però condivisibile laddove operano una completa identificazione tra preliminare di vendita (e segnatamente il c.d. preliminare puro) e la vendita obbligatoria.

²⁰ D'altro canto, il nostro codice civile prevede svariati tipi contrattuali che, per espressa o implicita previsione legislativa, sono in grado di produrre, a seconda dei casi, un effetto traslativo od una obbligazione di dare, rimanendo inalterato il tipo legale, come, ad esempio, la donazione (art. 769 c.c.), il mandato ad acquistare (art. 1706 commi 1 e 2 c.c.) e il contratto di società (nell'ipotesi di conferimenti in proprietà *ex art.* 2254 richiamato anche dagli artt. 2343 comma 3 e 2464 comma 5 c.c.).

Oltre a ciò, deve rilevarsi, come è stato da altri notato (P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico ecc.*, cit., p. 53 e nt 163), che il tipo contrattuale della vendita può essere considerato il medesimo nei vari ordinamenti nonostante alcuni adottino il principio di separazione ed altri il principio consensualistico.

²¹ È appena il caso di osservare che, ai fini della qualificazione del concreto

1.4. Vendita obbligatoria e negozio esecutivo di puro trasferimento.

Abbiamo rilevato più sopra che nella vendita puramente obbligatoria l'effetto traslativo viene rinviato dalle parti alla stipulazione di un successivo negozio di puro trasferimento che costituisce, al tempo stesso, adempimento dell'obbligare di "dare" che le parti assumono con lo stesso contratto di vendita²².

La scissione
tra *titulus*
e *modus*

Su questo congegno traslativo, ispirato al principio (di provenienza romanistica) della separazione, ossia della dissociazione tra *titulus* e *modus acquirendi*, che si contrappone storicamente al principio consensualistico, è opportuno spendere qualche parola.

I pagamenti
traslativi

La compatibilità di negozi a prestazione unilaterale con il principio di causalità dell'attribuzione patrimoniale accolto dal nostro sistema positivo rappresenta, come si è detto più sopra, una acquisizione relativamente recente da parte della nostra dottrina, alla quale la nostra giurisprudenza si è affiancata solo di recente²³. In conseguenza degli approfondimenti dottri-

contratto come vendita traslativa o vendita obbligatoria, è decisivo l'intento pratico delle parti, nel senso che occorre accertare se i contraenti, nel concordare uno scambio di cosa contro prezzo, vogliono che il trasferimento si produca senz'altro in forza di quell'accordo o invece intendono rinviare il trasferimento della proprietà ad un loro successivo atto di volontà. Riterrei che, ove rimanga incerto l'intento pratico dei contraenti, il contratto sia da qualificare come vendita traslativa, alla luce della regola consensualistica dettata dall'art. 1376 c.c., la quale assume la valenza di norma speciale di interpretazione del contratto.

Sulla distinzione tra vendita (traslativa od obbligatoria) e preliminare di vendita, ritorneremo più avanti nel capitolo VII.

²² I motivi che possono indurre le parti a frazionare nel tempo la realizzazione dell'assetto di interessi ed in particolare a rinviare il trasferimento del diritto al compimento di un successivo negozio dispositivo sono fondamentalmente analoghi a quelli che usualmente determinano gli interessati ad utilizzare la sequenza preliminare-vendita definitiva (così, già, R. SACCO, *Il contratto*³ cit., II, p. 271). La dottrina e la giurisprudenza – come si vedrà meglio più avanti (nel § 140) – identificano tali motivi soprattutto nell'interesse dei contraenti a bloccare l'affare e nel contempo a cautelarsi contro gli inadempimenti, i vizi o i difetti di qualità e quindi a rinviare l'effetto traslativo al momento in cui lo stato di fatto e di diritto sia meglio conosciuto e quindi controllabile dal promissario acquirente (v., in particolare, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 159 ss.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare* ecc. cit., spec. p. 143 ss.) in modo che "un'eventuale contestazione lo trovi legittimato ad un'azione di adempimento, piuttosto che legittimato attivo ad un'azione di risoluzione" (v., tra i tanti, R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*).

²³ Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., p. 567; L. CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 142; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Milano, 1966, p. 46 ss. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 204; E. NAVARRETTA, *La causa*, ecc. cit., p. 261 ss. La giurisprudenza solo negli ultimi tempi ha fatto propri i risultati conseguiti

nali compiuti intorno agli anni '60 del secolo scorso, gli interpreti italiani ritengono ammissibili “prestazioni isolate” con causa esterna, e, in particolare, per quel che interessa in questa sede, negozi di puro trasferimento che trovano il proprio presupposto causale in un precedente contratto o in un rapporto obbligatorio *ex lege*²⁴.

In siffatti negozi, comunemente denominati “pagamenti traslativi”, il requisito causale si ritiene soddisfatto qualora le parti abbiano provveduto ad indicare nel negozio l'interesse alla cui realizzazione esso è preordinato. In tal modo è stato enucleato l'elemento della causa in senso soggettivo, intesa come «lo scopo indicato dalla parte che la pone in essere», segnalandosi così la necessità, perché il negozio sia valido, che la struttura negoziale sia completata dall'*expressio causae*²⁵ (come anche si argomenta dagli artt. 1325, n. 2 e 1418 comma 2 c.c. nonché *a contrario* dall'art. 1988 c.c.).

La causa
soggettiva

Secondo la maggior parte degli studiosi il requisito causale, necessario per la validità dei negozi con prestazione isolata, richiede tuttavia un ulteriore elemento, costituito dal rapporto (obbligatorio) antecedente, il quale funge da fondamento giustificativo (causa in senso oggettivo) dell'effetto traslativo e da termine di riferimento dell'intento negoziale²⁶.

... e la causa
oggettiva

Le prestazioni traslative isolate sollevano delicati problemi, alcuni dei

dalla dottrina in tema di trasferimenti modellati sul principio di scissione tra *titulus* e *modus* ed ha cominciato ad utilizzare la categoria del negozio esecutivo di trasferimento con causa esterna (facendone applicazione soprattutto in relazione al mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili e al contratto fiduciario che – sulla scia della dottrina oramai maggioritaria – vengono costruiti dai nostri giudici come negozi con obbligazione di dare): v. Cass. S.U. 6 marzo 2020, n. 6459 in *Foro it.*, 2020, I, c. 1936; Cass. 15 maggio 2014, n. 10633 (entrambe in relazione alla fiducia); Cass. 28 ottobre 2016, n. 21805 e Cass. 2 settembre 2013, n. 20051 (in relazione al mandato ad acquistare).

²⁴ V., in particolare, G. PORTALE, *Principio consensualistico* ecc., cit., p. 934 ss.; P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico* ecc., cit., p. 50 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, spec. p. 234 ss.

²⁵ V. gli aa. citt. nella precedente nota 23.

²⁶ Per la tesi accolta nel testo, v. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»* cit., p. 204 s.; E. NAVARRETTA, *La causa*, ecc., cit., p. 105 s.; LOPILATO, *Il pagamento traslativo (prima parte)*, in *Diritto e formazione*, 2003, p. 420 s.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 735 ss.; A. LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 31. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'esistenza del rapporto preesistente (cui si appoggia il negozio di puro trasferimento) inciderebbe non sulla validità del negozio ma esclusivamente sulla conservazione dei suoi effetti (che potrebbero essere neutralizzati mediante l'esercizio da parte del *solvens* di una *condictio proprietatis*): v. M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., p. 568; E. MOSCATI, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 93.

quali tuttora dibattuti, anche riguardo alla natura ed alla struttura delle corrispondenti fattispecie.

Natura
negoziale
dei pag. trasl.

Si dubita innanzi tutto della natura negoziale dei pagamenti traslativi. Alcuni studiosi ritengono infatti che sussista una incompatibilità tra la «libertà» che caratterizza il negozio giuridico e la «doverosità» che connota ogni atto di adempimento, e sulla base di tale premessa qualificano il pagamento traslativo atto giuridico in senso stretto²⁷. Questa tesi viene tuttavia rifiutata da larga parte della dottrina, dalla quale viene, esattamente, sottolineato che la natura giuridica degli atti di adempimento non è costante e deve essere individuata, di volta in volta, in relazione al contenuto della singola prestazione, poiché occorre tener distinti tra loro il profilo funzionale (in cui si esprime la doverosità dell'atto) ed il profilo strutturale che attiene invece al contenuto della prestazione e che in talune ipotesi può ben rivestire natura negoziale²⁸, conclusione che indubitabilmente vale per gli atti *solvendi causa* con i quali si manifesti la volontà di trasferire un diritto²⁹.

Struttura
bilaterale
dei pag. trasl.

Altro profilo discusso in dottrina (e in giurisprudenza), con riferimento alle prestazioni isolate in generale e al pagamento traslativo in particolare, è se esso possa rivestire struttura unilaterale o debba invece avere necessariamente i caratteri di un contratto³⁰. Secondo una parte della dottrina un negozio traslativo (alla luce del principio di relatività degli effetti del negozio, di quello di tassatività dei negozi unilaterali e al principio generale di autonomia privata) non può non assumere la struttura di un contratto, e quindi per il suo perfezionamento si richiede tanto la dichiarazione di volontà dell'alienante quanto quella dell'acquirente³¹.

²⁷ V. in tal senso, fra gli altri, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 381 s.; ID., *Causa e impugnazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 781 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*², in *Il contratto in generale*, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, p. 575 ss. già R. NICOLÒ, voce *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 557.

²⁸ Per tale opinione, v. P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., p. 28; M. GIORGIANNI, voce *Pagamento (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 330; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio ecc.*, cit., Milano, 1966, p. 32; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., 1987, p. 753 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 53.

²⁹ V. in tal senso, E. NAVARRETTA, *La causa ecc.*, cit., p. 22 ss., spec. p. 46; L. MEGONI e F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 191 («disporre» è un fenomeno tipico di autonomia privata e quindi l'atto di disposizione è essenzialmente un negozio); C. CASTRONOVO, *Commento al Cod. civ.* diretto da Cendon, IV, Artt. 1173-1654, Torino, 1991, *sub art.* 1176, p. 21.

³⁰ Sul problema, v. V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., p. 757 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa ecc.*, cit., p. 50 s.; N. MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Padova, 2011, p. 212 ss.

³¹ Così, G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di*

Coloro che sostengono la struttura unilaterale del pagamento traslativo³² fanno leva sulla qualificazione dal punto di vista funzionale del pagamento traslativo come atto dovuto³³ e soprattutto sul rilievo che, essendo l'attribuzione patrimoniale già prevista da un precedente accordo tra le parti, non si rende necessaria l'adesione dell'alienatario alla dichiarazione di volontà dell'alienante³⁴. Riterrei maggiormente rispondente al nostro sistema positivo la configurazione strutturale degli atti di (puro) trasferimento in chiave bilaterale, in quanto più rispettosa del principio di autonomia privata, atteso che gli oneri di gestione e di manutenzione che normalmente discendono dalla titolarità di un diritto reale consigliano di subordinarne l'acquisto all'accettazione del destinatario e soprattutto che il prodursi dell'effetto traslativo-acquisitivo non può prescindere dalla collaborazione dell'alienatario³⁵.

Accogliendo la configurazione contrattuale del pagamento traslativo, si pone un'ulteriore questione, ossia stabilire se possa applicarsi la disposizione di cui all'art. 1333 c.c., che regola una fattispecie negoziale di cui, come è noto, è vivamente discussa la struttura (unilaterale o bilaterale)³⁶.

dare in senso tecnico, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 660; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., p. 757 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa ecc.*, cit., p. 530.

³² Per questa tesi, v., fra gli altri, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 311 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario del cod. civ. dir.* da Schlesinger, Artt. 2643-2645-bis, Tomo I, Milano, 1998, p. 606, F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 480.

³³ Così A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 545.

³⁴ Così F. BENATTI, *op. loc. ultt. citt.*; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. loc. ultt. citt.*; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 579 ss.; C. CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi ecc.*, Milano, 1999, p. 123.

³⁵ V. *amplius*, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 401. A tal riguardo giova osservare che l'esigenza di lasciare all'alienatario la possibilità di valutare, prima di rendersi definitivamente acquirente, se l'attribuzione traslativa offerta risponda a tutti i caratteri e requisiti previsti nel titolo costitutivo dell'obbligazione di dare, sembra confermata indirettamente dall'art. 1378 c.c. che richiede per l'individuazione della cosa determinata solo nel genere (sebbene non abbia di per sé effetto traslativo) che essa venga compiuta d'accordo tra le parti.

³⁶ Deve però osservarsi che anche ove si accogliesse la tesi (maggioritaria) della natura contrattuale dello schema di negozio preveduto dall'art. 1333 c.c., rimarrebbe aperto l'interrogativo circa la applicabilità della disposizione ai negozi produttivi di effetti reali. Qualora si concludesse nel senso dell'estensibilità della disposizione in discorso ai negozi con effetti traslativi, dovrebbe risolversi un ulteriore problema in relazione ai trasferimenti immobiliari, dal momento che essi richiedono la forma scritta (*ad substantiam*) non solo per la proposta ma anche per l'accettazione, che quindi non potrebbe essere costituita da una mera dichiarazione tacita e tanto meno da un mero silenzio, o da un mancato rifiuto della proposta. Sui problemi testè richiamati v., in gene-