

CAPITOLO 1

IL CONTRATTO PRELIMINARE

1.1 Evoluzione storico-giuridica, nozione e funzione del contratto preliminare

Sebbene la disciplina del contratto preliminare risulti ancora oggi incerta su alcuni aspetti, è opportuno svolgere qualche considerazione di natura storica per comprenderne la sua odierna connotazione.

Nel diritto romano, nonostante tale contratto non fosse riconducibile ad un tipo a noi noto¹, si poteva ugualmente pervenire alla produzione di effetti obbligatori² tramite l'accordo in forma solenne denominato *stipulatio*, che obbligava le parti ed era fonte di responsabilità o, d'altro canto, il *pactum de contrahendo*³ o *de ineundo contractus* poteva accedere ad altro contratto quale *pactum adiecto*⁴.

Volgendo lo sguardo non lontano dall'Italia, si nota come nel sistema francese il contratto preliminare non è contemplato in quanto figura generale, vista l'imperatività della regola dell'efficacia immediatamente traslativa del consenso⁵ e l'inammissibilità della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*⁶; l'ordinamento francese ammette, dunque, la rilevanza del preliminare ma riconnette ad esso non l'obbligazione di contrarre bensì gli effetti propri del definitivo⁷.

¹ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 27, per il quale il contratto preliminare, in quanto tale, non è conosciuto nel diritto romano

² ID., p. 27; L. COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur. it.*, III, 3.2, Milano, 1902, p. 74; A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, p. 1

³ Per P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, Milano, 2010, pp. 449-450, il contratto preliminare era sconosciuto al diritto romano; esso era invece ammesso dai giuristi intermedi con la denominazione di *pactum de contrahendo*; A. CHIANALE, *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Digesto, sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 290

⁴ P. FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, p. 684

⁵ L'art. 1589 del codice napoleonico, ispirato ai principi del giusnaturalismo groziano, prevedeva il principio "promessa di vendita vale vendita", in omaggio al dogma del consenso traslativo

⁶ P. FAVA, *Il contratto, Trattato teorico-pratico*, Milano, 2012, p. 1262

⁷ A. GIUSTI e M. PALADINI, *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 24; cfr. P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione* cit., il quale afferma che: «In Francia il contratto preliminare, inteso come contratto che obbliga al trasferimento della proprietà di un bene, non può essere concepito»

Accanto al modello francese si pone, quasi come contraltare, quello tedesco che ha sviluppato la figura del *Vorvertrag*⁸ il quale, trovando la sua giustificazione nel principio della libertà contrattuale, rappresenta un contratto autonomo e completo come qualsiasi altro⁹. Nonostante l'ampia diffusione dottrinarie, il contratto preliminare in Germania non ha avuto uno sviluppo comparabile a quello che si è verificato nell'ordinamento in cui è stato trapiantato (in Italia, appunto), poiché la scissione tra *titulus* e *modus* è già intrinseca al sistema¹⁰.

Il codice del 1865, non contenendo alcuna norma riferentesi a tale tipologia contrattuale, non considerava la possibilità di assumere un vincolo preliminare¹¹ uniformandosi, anche su questo punto, al precedente modello napoleonico¹². Dopo il silenzio del codice del 1865¹³, il contratto preliminare¹⁴ viene disciplinato dall'attuale codice civile del 1942¹⁵, il quale, tuttavia, non lo definisce e non ne offre una disciplina sistematica ma ne menziona le caratteristiche ai soli artt. 1351 c.c. (il quale stabilisce che esso debba rivestire la stessa forma prescritta per il definitivo a pena di nullità), 2932 c.c. (che contempla il diritto delle parti ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo attraverso l'emissione di una sentenza costitutiva idonea a produrre gli effetti di quest'ultimo contratto) e 2645 *bis* c.c. (che ammette la trascrivibilità dei contratti preliminari a condizione che

⁸ H. DEGENKOLB, *Des Begriff des Vorvertrages*, AcP, 1887, p. 1

⁹ A. GIUSTI e M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 26

¹⁰ P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, cit., p. 451; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, III ed., Torino, 2010, p. 5, si esprime come segue: «Poiché, dunque, la scissione è organica all'operazione traslativa tedesca, il contratto preliminare non ha senso in quell'ordinamento. Si comprende allora perché il tentativo di elaborazione dottrinarie del *Vorvertrag* non sia riuscito, risolvendosi esso, a tutto concedere, in una maggiore articolazione delle trattative»; D. HENRICH, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2000, p.701

¹¹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare. Le teorie*, in «*Il contratto preliminare*», 2010, pp. 1-2

¹² La soluzione francese viene inizialmente accolta in Italia da dottrina e giurisprudenza maggioritarie, benché il principio dell'art. 1589 *code Nap.*, recepito in alcuni codici preunitari (tra cui quello albertino), non figurasse nel codice civile del 1865

¹³ A. GIUSTI e M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, cit. p. 27, si esprime come segue: «All'inizio del secolo il pensiero italiano ha di fronte a sé un quadro composito: da una parte la scelta del legislatore francese, secondo cui non si può dar vita all'obbligazione di concludere in futuro il contratto produttivo dell'effetto reale; dall'altra l'elaborazione dogmatica sviluppatasi in Germania, che riconosce il *Vorvertrag* come contratto autonomo, produttivo dell'obbligazione di concludere il contratto definitivo»

¹⁴ È con l'opera di L. COVIELLO che si assiste ad un rifiuto della equiparazione della promessa di vendita alla vendita (come prospettava il modello francese) e ad una valorizzazione delle possibilità offerte dall'assenza di una disposizione esplicitamente riferita al contratto preliminare

¹⁵ A. GIUSTI e M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 13, afferma che: «Il contratto preliminare si è affermato vivacemente nella pratica ben prima che il legislatore lo regolasse. Ed il riconoscimento operato dal codice vigente è la conseguenza di tale prassi diffusissima»

risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o giudizialmente accertata aventi ad oggetto la stipulazione di contratti definitivi rientranti nei primi quattro numeri dell'art. 2643 c.c.).

Si nota come la *species* della contrattazione preliminare si inserisce nel più ampio *genus* dei negozi preparatori¹⁶, strumentali e distinti rispetto al contratto finale; difatti è proprio la funzione «preparatoria¹⁷» del contratto preliminare a costituire un aspetto della formazione progressiva del contratto¹⁸, secondo la quale i normali effetti non si producono tutti immediatamente, perché questo è l'intento delle parti¹⁹.

Per contratto preliminare²⁰ si intende²¹, dunque, il contratto con cui una (contratto preliminare c.d. unilaterale) o entrambe le parti (contratto preliminare c.d. bilaterale) si impegnano a stipulare, in futuro, un altro contratto, chiamato – per contrapposizione – definitivo²². Si dice «preliminare» perché prelude ad un contratto «definitivo» ma non si deve credere che il contratto preliminare sia un contratto incompleto o in cui si fissano solo alcuni punti, lasciando la determinazione degli altri

¹⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2012, pp. 224-226; F. REALMONTE, *Introduzione, I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996, pp. XV ss., afferma che: «Possono essere considerati preparatori tutti quegli atti, negoziali e non, che svolgono una funzione in senso lato preliminare rispetto alla stipulazione di un futuro contratto». Lo stesso autore mette in luce come, attualmente, si assegna la qualifica di rapporto giuridico preparatorio in senso stretto esclusivamente a quelle fattispecie a cui è ricollegabile il sorgere di un qualche effetto vincolante a carico delle parti rispetto alla conclusione del futuro contratto o anche solo alla predeterminazione del suo contenuto; V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, V ed., Milano, 2010, p. 564, sostiene che: «Per rapporti giuridici preparatori si intendono quei rapporti diretti a fermare un affare, il cui assetto definitivo viene posticipato nel tempo»; per una voce dissenziente cfr. P. CENDON, *I contratti in generale, Conclusione, Opzione-Prelazione, Contratto preliminare*, III, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 2000, p. 360, il quale precisa che: «Il contratto preliminare non può ricomprendersi nella più ampia categoria degli accordi preparatori, ossia di quelle singole figure che costituiscono le varie fasi del procedimento»

¹⁷ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, p. 719, sostiene che: «Il contratto preliminare è un vincolo negoziale preparatorio, incidente sulla libertà di contrarre»; C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, p. 421, parla di “contratti preparatori” che «Sebbene perfetti o conclusi ed efficaci, servono a preparare un successivo contratto, cui essi sono strumentali e la cui conclusione segnerà l'assetto definitivo degli interessi delle parti»

¹⁸ L'espressione «formazione progressiva del contratto» è descrittiva, ed esprime sinteticamente ogni ipotesi in cui l'accordo venga raggiunto su alcuni punti del regolamento contrattuale, ma non su altri. Così MAGGIORLO, *Formazione progressiva del contratto e vincoli precontrattuali*, in G. AMADIO e F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile, norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, p. 685

¹⁹ F. MESSINEO, *Il contratto (Voci della Enc. Dir.)*, Milano, 1961, p. 299

²⁰ G. BUFFONE, C. DE GIOVANNI, A. I. NATALI, *Il contratto*, Tomo I, 2013, p. 519

²¹ Tra le varie definizioni del contratto preliminare viene posta in risalto, perché più risalente di altre, quella di L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno*. Estratto dall'*Enc. Giur. it.*, Vol. III, parte 3, Milano, 1896, pp. 11 ss., che lo definisce come «Quel contratto che ha per oggetto un futuro contratto obbligatorio, detto anche principale o definitivo»

²² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 268; La tradizionale concezione del contratto preliminare risale a L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896

al definitivo: è un contratto vero e proprio, con effetti solo obbligatori²³. I paciscenti, assumendo con il preliminare l'obbligo di concludere un contratto entro un determinato lasso temporale, danno vita ad una fase preparatoria rispetto alla fattispecie definitiva al perfezionamento della quale sono collegati gli effetti finali²⁴. L'interesse principale che i contraenti vogliono realizzare con il binomio preliminare definitivo è proprio quello di concludere quest'ultimo gradualmente e non istantaneamente, riservando gli effetti reali al solo contratto definitivo²⁵: lo scopo normale e plausibile del preliminare consiste, per l'appunto, nello scindere gli effetti reali definitivi dagli effetti immediati strumentali transeunti²⁶.

La dottrina si è sbizzarrita nel tentativo di individuare le funzioni²⁷ del contratto preliminare²⁸: secondo alcuni il preliminare si limiterebbe a fissare i punti essenziali dell'affare che dovrebbero poi essere integrati in sede di conclusione del definitivo²⁹; secondo altri il definitivo avrebbe, invece, una funzione novativa rispetto agli impegni assunti con il preliminare³⁰. Si osserva, tuttavia, che le parti ricorrono al preliminare quando, avendo individuato anche solo i termini essenziali di un affare e avendolo ritenuto conveniente, intendono "bloccarlo" vicendevolmente trovando utile rimandare la conclusione del contratto definitivo³¹: l'utilità del ricorso al contratto preliminare consiste, dunque, nel dilazionare nel tempo il momento del trasferimento della proprietà, riproducendo, per alcuni aspetti, la scissione tra *titulus* e *modus* tipica del diritto tedesco, e prima ancora di quello romano³².

²³ G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Vicenza, 2015, p. 460

²⁴ G. BOZZI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2007, p. 3

²⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Iudica e Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, p. 611, parla di una sfasatura degli effetti contrattuali: primi gli effetti obbligatori del preliminare, e solo dopo gli effetti reali del definitivo, a cui gli effetti obbligatori risultano strumentali

²⁶ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 275

²⁷ Cfr. Trib. Napoli, sez. VIII, 3 febbraio 2001, la quale si iscrive nel filone ricostruttivo che valorizza, del contratto preliminare, il momento dell'obbligazione di dare individuando come funzione (complessa) del contratto preliminare non più soltanto un *facere*, ossia una manifestazione del successivo consenso già vincolato nel suo oggetto e contenuto, ma un'obbligazione di dare, prodromica alla realizzazione degli obiettivi realizzabili con il definitivo

²⁸ P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, cit., p. 453

²⁹ C. A. NICOLETTI, *Sul significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1970, p. 396

³⁰ R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, pp. 81, 179

³¹ A. CARRATO, *L'efficacia del contratto preliminare ed il suo rapporto con il contratto definitivo*, in *Corriere giuridico*, 2/2013, p. 220

³² P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, cit., p. 454

Tenendo presente che le funzioni³³ del preliminare si identificano cogliendo le esigenze e gli interessi propri delle parti, un'altra funzione è quella di consentire il controllo sulla conformità del bene o della prestazione dedotti in contratto: i contraenti beneficiano di un intervallo di tempo per verificare che il bene non presenti vizi o che la prestazione non sia colpita da sopravvenienze incompatibili³⁴.

Può inoltre essere utile ricorrere a tale tipologia contrattuale quando una delle parti non abbia l'immediata disponibilità della somma necessaria per la conclusione del definitivo ma non voglia lasciarsi sfuggire l'affare³⁵. Sebbene tale tipologia contrattuale sia molto diffusa nella prassi, vi sono ancora oggi dei problemi aperti in dottrina³⁶; si è persino posto in dubbio che il contratto preliminare fosse un contratto, dal momento che non comporta l'effetto definitivo, occorrendo un ulteriore contratto per la realizzazione dell'operazione. Vi è uniformità di vedute³⁷ nell'attribuire dignità di contratto al preliminare³⁸ affermando, *in limine*, come esso sia per la precisione un contratto consensuale, tipico, perfetto, obbligatorio, ad esecuzione differita e con obbligazione soggettivamente indivisibile³⁹.

³³ La funzione del preliminare è quella di consentire alla parti di esaminare o di risolvere alcune questioni complementari tra cui la continuità delle trascrizioni o l'accertamento dell'inesistenza di trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli. Così R. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto preliminare*, in Lipari Rescigno, *Diritto civile*, vol. III, parte II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, pp. 245 ss., specie p. 246

³⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 611-612; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pp. 152 ss., sostiene che: «L'acquirente può preferire di obbligarsi a comprare, anziché comprare, quando volendo cautelarsi contro eventuali vizi o difetti della cosa scelga di formare intanto un vincolo giuridico, rinviando gli effetti reali della compravendita al momento in cui lo stato di fatto e di diritto dell'immobile gli sia ben noto, in modo che un'eventuale contestazione lo trovi legittimato passivo ad un'azione di adempimento piuttosto che legittimato attivo ad una azione di risoluzione»

³⁵ G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 460

³⁶ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1994, p. 263

³⁷ È stata, in verità, prospettata l'idea inconsueta che il preliminare non possa considerarsi un contratto perché privo del connotato della patrimonialità, cfr. F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999, pp. 45 ss.

³⁸ G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale* «per relationem», in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 286, afferma che: «La dottrina è concorde nell'attribuire pieno valore e autosufficienza al contratto preliminare che è contratto vero e proprio. Il fatto che esso sia posto in essere in posizione strumentale rispetto al contratto definitivo, non esclude la sua natura di contratto»

³⁹ *Tema da uditore* di FULVIO TRONCONE, in *Studium Iuris*, 9/2015, p. 1009

1.2 Requisiti del contratto preliminare e rapporto con il definitivo

Come qualunque contratto, anche il preliminare deve presentare i requisiti generali previsti dalla legge (art. 1325 c.c.: accordo, causa, oggetto e forma, se richiesta), mutuando in particolare *per relationem* i requisiti di forma e di sostanza da quelli che il legislatore prevede per lo specifico contratto definitivo⁴⁰. Attesa la sua particolare natura in punto di rapporto con il contratto definitivo, la disciplina di tali elementi risulta inevitabilmente influenzata da questo collegamento⁴¹.

A tal proposito considerando nello specifico la forma, l'unico requisito per il quale esiste una norma apposita, l'art. 1351 c.c. sancisce che: «*il preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo*». La regola enunciata dall'art. 1351 c.c. viene considerata come emersione del principio della necessaria corrispondenza tra i requisiti imposti per la validità di ciascun tipo contrattuale, se immediatamente concluso in via definitiva, e quelli che deve possedere lo stesso contratto, anche se concluso in via preliminare⁴².

Questa regola risulta essere di non poco conto dal momento che gli effetti del definitivo possono prodursi anche senza la valida conclusione di esso, grazie ad una sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*⁴³ Appare evidente, allora, come la *ratio* di tale previsione legislativa venga ricondotta al timore di evitare che si possa eludere l'onere della forma del contratto definitivo con la conclusione di un contratto preliminare privo dei requisiti formali richiesti, ma a cui segua la domanda di adempimento dell'obbligo di contrarre prevista dall'art. 2932 c.c.⁴⁴ Una tesi minoritaria ritiene invece arbitrario e riduttivo individuare solo nel rapporto tra le disposizioni degli artt. 1351 e 2932 c.c. la giustificazione del regime previsto per il preliminare. Tale regime è applicabile a qualsiasi contratto preliminare, prescindendosi dalla sua attitudine ad un'esecuzione giudiziale e quindi rappresenterebbe un vero e proprio requisito di validità⁴⁵.

⁴⁰ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, cit., pp. 422-423

⁴¹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 105 ss.

⁴² R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 684

⁴³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 613

⁴⁴ P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, in *Novissimo Digesto italiano*, IV, Torino, 1959, p. 689; R. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, in Alpa e Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, III, in *Giur. sist. Dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, p. 45

⁴⁵ R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 193 ss.

Per ciò che attiene ai requisiti di sostanza, non enunciati da una norma specifica ma desumibili dal sistema, si fa riferimento al contenuto fondamentale del preliminare che deve indicare gli elementi essenziali del contratto definitivo, sempre sotto pena di nullità. In dottrina come in giurisprudenza⁴⁶ è ricorrente la posizione secondo cui il contratto preliminare deve contenere tutti gli elementi essenziali per individuare e determinare l'oggetto del definitivo⁴⁷.

Quanto all'oggetto del contratto preliminare, vale la regola generale dell'art. 1346 c.c.⁴⁸ (l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile). Nel dettaglio, l'oggetto⁴⁹ immediato del preliminare è la conclusione del definitivo ma in via mediata esso ha per oggetto le stesse prestazioni dedotte nel definitivo⁵⁰. Si è precisato che l'oggetto del preliminare non è genericamente un obbligo a contrarre, che rischia di confondersi con l'obbligo a contrattare, ma l'obbligo di concludere quel certo contratto il cui contenuto è già definito⁵¹. L'oggetto del preliminare deve, come precisato, essere determinato o determinabile, sulla base degli

⁴⁶ La giurisprudenza conosce molto bene la regola secondo cui il contratto preliminare deve contenere tutti gli elementi sostanziali del futuro contratto definitivo o indicare il modo per individuarli: Cass. civ., 23 aprile 1995, n. 1145; Cass. civ., 9 luglio 1969, n. 2518; Cass. civ., 5 marzo 1973, n. 618; Cass. civ., 18 gennaio 1974, n. 152; Cass. civ., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c.1489; Cass. civ., 8 aprile 1981, n. 2001, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1784; Cass. civ., 10 giugno 1982, n. 3529; Cass. civ., sez. I, 5 aprile 1990, n. 2804; Cass. civ., sez. II, 10 giugno 1991, n. 6570

⁴⁷ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., Milano, 2015, pp. 581-582, puntualizza che: «Il preliminare deve già precisare in modo sufficiente il contenuto del contratto definitivo, altrimenti sarebbe invalido per indeterminazione. Vale a dire che la conclusione del definitivo non deve richiedere nessuna ulteriore discussione per decidere in ordine agli elementi dell'accordo definitivo da perfezionare. Un tale requisito di contenuto è affermato per ragioni di necessità logico-giuridica, ma non è posto esplicitamente da alcuna norma»; M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Torino, 2012, p. 316, afferma: «La necessità che il preliminare contenga la predeterminazione di tutti gli elementi essenziali del contratto da stipulare dovendosi precisare, perciò, la causa, l'oggetto, il prezzo e quant'altro. In mancanza l'impegno avrebbe un contenuto indeterminato e sarebbe perciò nullo»

⁴⁸ MAGGIORLO, *Formazione progressiva del contratto e vincoli precontrattuali*, cit., p. 688

⁴⁹ In ordine all'oggetto del preliminare, la dottrina più antica sosteneva che esso si identificasse con la conclusione del definitivo, ossia con la prestazione del consenso necessario a costituire e a far sorgere il futuro contratto. Così F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 174; L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno*, cit., p. 14, afferma che: «Oggetto del contratto preliminare è la conclusione di un futuro contratto»

⁵⁰ In sé e per sé considerato dovrebbe dirsi che l'oggetto del preliminare si identifica con la prestazione del consenso definitivo, cioè con la conclusione del successivo contratto. Si veda G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p.213; in giurisprudenza Cass. civ., 18 luglio 1974, n. 2165; Cass. civ., 22 luglio 1969, n. 2751

⁵¹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, IV, 2, Torino, 1997, p. 103; così si esprime P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, III ed., Torino, 2013, p. 167: «Il contratto preliminare ha ad oggetto l'obbligo di un *facere* e più precisamente l'obbligo delle parti di prestare il consenso ad un futuro contratto, definitivo, il cui contenuto essenziale è stato già determinato nel preliminare medesimo»

stessi criteri valevoli per ogni contratto. Qualche massima giurisprudenziale parla di un'attenuazione di tale requisito ma, pur essendo vero che il definitivo è più «completo» del preliminare che lo precede, questa idea non è condivisibile: le linee essenziali del preliminare devono pienamente rispondere ai requisiti dell'art. 1346 c.c.⁵²

Passando ad analizzare l'accordo delle parti⁵³, il quale è assoggettato alle regole generali sulla conclusione del contratto (artt. 1326 ss.), esso può definirsi come il reciproco consenso dei contraenti in ordine al programma negoziale, teso alla costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale⁵⁴. Anche il contratto preliminare, come ogni fattispecie contrattuale, si considera concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte; proposta e accettazione costituiscono, dunque, manifestazioni di volontà esemplificative dell'intenzione di obbligarsi. L'accordo delle parti implica una manifestazione della volontà⁵⁵ diretta alla realizzazione del fine stabilito e costituisce il *quid* essenziale che dà vita al negozio giuridico.

Venendo, infine, ad analizzare la causa del contratto preliminare⁵⁶, essa viene individuata nell'assunzione reciproca dell'obbligo a concludere in futuro il contratto definitivo e sarebbe, pertanto, diversa da quella di qualsiasi contratto definitivo, in quanto quest'ultimo è una fattispecie negoziale autonoma la cui causa è variabile a seconda della sua funzione economico-sociale⁵⁷. Tuttavia, dal contratto preliminare deve evincersi la natura giuridica del contratto definitivo che le parti si obbligano a stipulare, dal momento che non risulta sufficiente un generico riferimento dell'obbligo

⁵² Si afferma correntemente che l'oggetto del contratto è determinabile quando il giudice possa in concreto individuarlo facendo riferimento ad elementi prestabiliti dai paciscenti, che si siano accordati circa la futura determinazione dell'oggetto stesso ed i criteri e le modalità da osservarsi a questo fine cfr. Cass. civ., 10 giugno 1982, n. 3529, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, 128

⁵³ P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, pp. 1290-1291

⁵⁴ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, pp. 206 ss.

⁵⁵ M. GIORGIANNI, voce "Volontà", in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1992, pp. 1043 ss.; S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 66 ss.

⁵⁶ La causa del preliminare è la stessa del definitivo, cui il preliminare punta; il fatto che il preliminare non renda ancora giuridicamente attuale lo scambio o l'impegno di garanzia di per sé non trasforma la causa. Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 614

⁵⁷ G. ALPA e M. BESSONE, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, I contratti in generale, I requisiti del contratto*, III, Torino, 1991, pp. 306-307

a trasferire il bene senza indicare la tipologia negoziale che genera l'effetto traslativo prefigurato⁵⁸.

Si è già sottolineato che il contratto preliminare deve individuare in modo sufficiente il contenuto del contratto definitivo⁵⁹ che le parti si obbligano a stipulare, poiché, in caso contrario, esso incorrerebbe nella sanzione di invalidità per indeterminatezza dell'oggetto, salva però la possibilità per le parti di apportare modifiche o aggiunte consensuali al momento della stipula del definitivo⁶⁰. Inoltre il rapporto che intercorre tra gli effetti obbligatori, che *ad interim* il contratto preliminare produce, e gli effetti definitivi, scaturenti dal contratto definitivo, non deve indurre a ritenere i primi, e quindi lo stesso contratto preliminare, come un prolungamento delle trattative o come una realtà ibrida che rappresenta una sorta di passaggio tra la fase delle trattative e la completa definizione del contratto⁶¹. Come è stato precisato, infatti: «già nel primo [contratto] vi è la piena e completa previsione degli effetti del secondo⁶² [contratto]». Tuttavia, la distinzione tra preliminare e definitivo pur essendo concettualmente chiara, può creare non poche incertezze nella pratica: non è sempre immediatamente evidente se un dato contratto sia solo preliminare o già definitivo: per dirimere queste difficoltà ci si avvale dei canoni interpretativi e quindi, *in primis*, deve ricostruirsi la volontà delle parti⁶³.

Le maggiori dispute, prevalentemente di natura dottrina⁶⁴, hanno riguardato il rapporto che intercorre tra il contratto preliminare e quello definitivo. Tali

⁵⁸ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, II, Torino, 2010, pp. 107 ss.

⁵⁹ La giurisprudenza (v., ad es., Cass. civ., 25 febbraio 1982, n. 1196 e Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2003, n. 2824) ha ripetuto, in diverse occasioni, che il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo di stipulare il contratto definitivo, resta superato da quest'ultimo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare

⁶⁰ A. CARRATO, *L'efficacia del contratto preliminare ed il suo rapporto con il contratto definitivo*, cit., pp. 221 ss.; in dottrina si è sottolineato che, qualora il contratto preliminare non determini tutti gli elementi del contratto definitivo, ciò non impedisce l'emanazione della sentenza *ex art. 2932 c.c.* a condizione che si tratti di lacune colmabili mediante il ricorso a norme dispositive, o se l'interpretazione del contratto preliminare fornisce criteri oggettivi in base ai quali il giudice possa integrare il regolamento negoziale. Nel caso in cui, invece, siano rimasti indeterminati o non determinabili elementi essenziali, il contratto preliminare deve ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c.

⁶¹ G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale* «per relationem», cit., p. 286

⁶² Così S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, pp. 252-269; *contra* questa impostazione D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Torino, 1962, pp. 371-374, che scinde nettamente il contenuto del contratto preliminare da quello del definitivo

⁶³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 615

⁶⁴ A. CARRATO, *L'efficacia del contratto preliminare ed il suo rapporto con il contratto definitivo*, cit., p. 222; l'Autore mette in luce come siano state prospettate varie impostazioni teoriche che, d'altro

teorie oscillano tra il concepire il contratto definitivo come un vero e proprio contratto e il ritenere prevalente la sua natura solutoria⁶⁵.

Scendendo nel dettaglio, sulla questione appena richiamata sono individuabili due filoni teorici principali⁶⁶: un primo, sicuramente maggioritario e accolto anche dalla giurisprudenza predominante⁶⁷, fondato sulla regola dell'assorbimento del preliminare, postula che nel contratto definitivo andrebbe individuata una doppia causa, o quella solutoria o quella di adempimento del preliminare, e l'altra negoziale che si collega al definitivo come un atto di autonomia negoziale idoneo a determinare l'acquisto ed il trasferimento del diritto in esso contemplato⁶⁸; un secondo orientamento, minoritario⁶⁹, trova il suo presupposto nel principio dell'intangibilità del preliminare e considera questo quale unica fonte delle situazioni giuridiche considerate dai contraenti, concludendo che il contratto definitivo rappresenterebbe un atto solutorio dell'obbligazione derivante dal contratto preliminare⁷⁰.

canto, non hanno trovato un corrispondente riscontro nella giurisprudenza di legittimità, schierata, invece, nel solco di un indirizzo sostanzialmente univoco

⁶⁵ MAGGIORLO, *Formazione progressiva del contratto e vincoli precontrattuali*, cit., pp. 691-692; l'Autore continua l'attenta disamina delle varie posizioni dottrinali sostenendo che: «Le opinioni che propendono per la natura contrattuale del definitivo sono a loro volta diverse in quanto secondo taluno, il contratto definitivo sarebbe operante su effetti sostanziali già prodotti in via strumentale dal contratto preliminare, effetti che diverrebbero definitivi in virtù di una loro trasformazione operata dal definitivo, o secondo altri di una sostituzione di carattere novativo. Le tesi che escludono la natura contrattuale del contratto definitivo muovono essenzialmente sulla base della difficoltà di sovrapporre in esso natura contrattuale e natura di adempimento»

⁶⁶ Per un panorama generale in proposito si v. M PENNISI, *La giurisprudenza sul contratto preliminare*, in www.ildirittoamministrativo.it

⁶⁷ Si v. ad es. Cass. civ., sez. III, 29 novembre 1994, n. 10210; Cass. civ., sez. II, 28 maggio 2003, n. 8515 in *Giust. civ.* 2004, I, 157; Cass. civ., sez. II, 25 febbraio 2003, n. 2824; Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2007, n. 233, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, pp. 1973 ss., con nota di M. NARDELLA, *La sopravvivenza delle clausole del contratto preliminare alla stipula del contratto definitivo*, e in *I contratti*, 2007, pp. 867 ss., con nota di F. T. VESPASIANI, *Sull'efficacia di clausole del contratto preliminare non riprodotte nel definitivo*; Cass. civ., sez. II, 11 luglio 2007, n. 15585

⁶⁸ Cfr. G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, pp. 230 ss.; R. G. PISCITELLI, *Preliminare ed interpretazione del definitivo*, in *I contratti*, 2002, pp. 1094 ss.

⁶⁹ Si v. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile* diretto da Cendon, IV, Torino, 1989, pp. 84 ss.; F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XIV ed., Napoli, 2009, pp. 883 ss.

⁷⁰ Anche Cass. civ., sez. II, 18 novembre 1987, n. 8486, in *Giur. agr.*, 1988, 93, applica i principi sostenuti dalla teoria scientifica minoritaria, affermando che, poiché il contratto definitivo risulta stipulato in adempimento delle obbligazioni assunte dalle parti con il preliminare, è quest'ultimo a costituire la fonte dei diritti e degli obblighi delle parti nonostante la stipula del contratto definitivo, anche se le parti possono modificare il contenuto del preliminare, il cui accertamento deve essere operato in concreto

Preso atto di come le ricostruzioni dottrinarie oscillano tra la teoria dell'«assorbimento» e quella dell'«intangibilità» del preliminare⁷¹, occorre evidenziare come sul fronte della casistica la prima teoria domina pressoché incontrastata. In altre parole, dunque, secondo questa ricostruzione dottrinale il collegamento tra preliminare e definitivo implica che l'esclusiva fonte del rapporto obbligatorio sia rappresentata dal negozio-fine, come se l'accordo preliminare fosse espunto dalla realtà giuridica divenendo un mero antecedente storico⁷². Anche la giurisprudenza di legittimità ha voluto aderire a questo orientamento⁷³ specificando che, nel momento in cui venga stipulato un contratto preliminare seguito da un contratto definitivo, quest'ultimo – anche se preveda una disciplina diversa da quella pattuita con il preliminare – si presume quale unica regolamentazione del rapporto voluto dalle parti.

Volendo, in definitiva, evitare *in nuce* la nascita di aporie intorno al significato da attribuire alla divergenza tra preliminare e definitivo⁷⁴, si afferma che, nel caso in cui al contratto preliminare che determina solo l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, sia seguita la stipula di quest'ultimo, tale atto costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto dalle parti, in quanto il contratto preliminare resta superato dal definitivo, la cui disciplina, anche se diversa da quella prevista con il preliminare, configura un nuovo accordo intervenuto tra le parti e come tale si presume l'unica fonte per regolare il rapporto da esse voluto⁷⁵.

⁷¹ Per l'adesione ad un orientamento mediano tra la teoria dell'«assorbimento» e quella dell'«intangibilità» del preliminare si v. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 660

⁷² R. CALVO, *Diritto civile*, Vol. II, *Il contratto*, Torino, 2015, p. 174; non mancano orientamenti che si sono allontanati dalla *communis opinio*, cfr., Cass. civ., sez. II, 18 novembre 1987, n. 8486, in *Foro it.*, 1988, I, 1696 e in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1988, p. 537, con nota di R. DE MATTEIS, *Contratto preliminare-Vendita di più beni-Vendita definitiva di alcuni*, ivi, pp. 541 ss., secondo cui: «Il c.d. contratto preliminare, lungi dall'essere un semplice contratto preparatorio, destinato ad essere assorbito da quello definitivo, resta la sola fonte dei diritti e degli obblighi contrattuali tra le parti, e il c.d. definitivo, lungi dall'assorbire il preliminare e a porsi come il solo regolamento dei rapporti tra i contraenti, rileva esclusivamente come adempimento delle obbligazioni assunte con il primo. Ovviamente, poiché si è nel campo dell'autonomia contrattuale, le parti sono libere di regolare come meglio credono i loro rapporti, all'infuori dello schema ora delineato; ma ove questa volontà di modifica non sia enucleabile, il puro e semplice fatto della stipula del c.d. contratto definitivo non è per alcun verso sufficiente a porre nel nulla i diritti e le obbligazioni nascenti dal c.d. preliminare»

⁷³ Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Corr. giur.*, 2006, 10, p. 1394, con note di Bolondi e Travaglino; Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937

⁷⁴ R. CALVO, *Diritto civile*, Vol. II, *Il contratto*, cit., p. 177

⁷⁵ A. CARRATO, *L'efficacia del contratto preliminare ed il suo rapporto con il definitivo*, cit., p. 223

1.3 Distinzione del contratto preliminare da figure affini

Si afferma, generalmente, che il contratto preliminare si colloca in una posizione intermedia tra la fase c.d. precontrattuale e la stipula del contratto definitivo. Appare doveroso, dunque, individuare le differenze che sussistono tra esso e le trattative⁷⁶. A tal fine si reputa fondamentale l'intenzione dei contraenti dal momento che: «vi è contratto preliminare soltanto quando i contraenti hanno voluto obbligarsi alla conclusione di un determinato futuro contratto. Le trattative consistono invece in un'attività strumentale alla conclusione di un contratto e per mezzo di esse le parti non assumono mai un'obbligazione di contrarre⁷⁷».

Lo stesso criterio distintivo viene adoperato anche riguardo alla c.d. “minuta” o “puntualizzazione” (detta anche puntuazione di contratto⁷⁸), la cui funzione è quella di fissare i punti fondamentali di un futuro contratto sui quali i paciscenti hanno già trovato un accordo e continuare la trattativa su altri aspetti del contratto⁷⁹. In questo caso non sussiste un obbligo di contrarre e la stesura della minuta è utile esclusivamente per valutare la buona fede nel corso delle trattative, in quanto danno la prova dello stato di avanzamento delle stesse, e per l'interpretazione del contratto che sarà poi concluso⁸⁰. In una posizione quasi assimilabile alla minuta viene posta anche

⁷⁶ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, cit., p. 409, sostiene che: «Secondo alcuni, nel linguaggio legislativo, i termini “formazione del contratto” e “trattative” sarebbero sostanzialmente equipollenti, mentre secondo altri esprimerebbero concetti distinti, per quanto collegati. Secondo quest'ultima opinione, le trattative, rappresenterebbero un momento particolare ed eventuale all'interno della fase di formazione del contratto, intesa come procedimento volto alla conclusione dell'accordo contrattuale»

⁷⁷ Così A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 279

⁷⁸ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XX ed., Milano, 2014, p. 289, afferma che: «Nel corso di trattative lunghe e complesse accade talvolta che le parti formulino per iscritto l'accordo raggiunto su alcuni punti (c.d. «minuta» o «puntuazione») e si impegnino a continuare la trattativa in incontri successivi. Ma, l'impegno di trattare non va confuso con la promessa di concludere, che è oggetto del contratto preliminare. Esso costituirà solo un elemento, fra gli altri, per valutare la correttezza del comportamento di chi successivamente interrompa la trattativa; ciò ai fini di un'eventuale responsabilità precontrattuale»

⁷⁹ D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato italiano*, cit., p. 374, afferma che: «Si tratta di una documentazione provvisoria, il cui contenuto le parti si obbligano a trasfondere nel futuro contratto, se sarà stipulato»; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, VI ed., Vicenza, 2015, p. 678, asserisce che: «Il discrimine tra una semplice ma completa minuta di contratto e il contratto vero e proprio può essere talvolta molto labile e sarà compito del giudice quello di valutare se, nel caso di specie, sia stata raggiunta un'intesa parziale con funzione soltanto preparatoria del futuro negozio, o se invece il consenso si sia già formato proprio in merito all'insorgenza attuale di un definitivo rapporto contrattuale»

⁸⁰ P. ZATTI e V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, XV ed., Padova, 2015, pp. 421-422; F. GALGANO, *Diritto privato*, XV ed., Padova, 2010, p. 255, precisa che nel caso in cui le parti abbiano

la c.d. lettera d'intenti, che alcuni assimilano alla prima, ma che si avrebbe nell'ipotesi in cui le parti decidano di trasfondere in un documento l'accordo parziale raggiunto, dichiarando altresì che è loro intenzione impegnarsi a continuare le trattative per concludere il contratto⁸¹, dimostrando la non avvenuta conclusione dello stesso⁸².

Come si è accennato, il contratto preliminare può vincolare entrambe le parti alla stipula del contratto definitivo o anche solo una di esse; in questo secondo caso si parla di preliminare unilaterale⁸³. La configurazione del c.d. preliminare unilaterale ha posto, però, in dottrina alcuni problemi relativi all'individuazione degli aspetti discretivi rispetto ad altre figure che, con modalità differenti, preludono anch'esse alla conclusione di un successivo contratto⁸⁴. La funzione di tale tipologia contrattuale è, per certi versi, assimilabile a quella dell'opzione⁸⁵ e della proposta irrevocabile: consentire, cioè, alla controparte di valutare entro un lasso di tempo la convenienza di stipulare un contratto o di scegliere il momento più opportuno per concluderlo.

Anche se non sono mancati autori che hanno assimilato le due figure⁸⁶, esse presentano marcati profili discretivi⁸⁷. Se, da una parte, l'opzione e la proposta

posto in essere una minuta ma non abbiano raggiunto l'accordo sui punti mancanti, non si potrà fare ricorso all'art. 2932 c.c. e si riterrà di essere in presenza di un contratto con oggetto non determinato né determinabile, come tale nullo; Cass. civ., sez. II, 4 agosto 1990, n.7871, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Obbl. e contr.* n. 355, asserisce che: «A differenza del contratto preliminare ove le parti si obbligano a prestare il loro consenso alla conclusione del contratto definitivo, i cui elementi essenziali ed accidentali siano stati contestualmente precisati ed i cui effetti si produrranno al momento della sua stipulazione, con la sottoscrizione della c.d. minuta o "puntuazione" di contratto – la quale ha la sola funzione di documentare l'intesa raggiunta su alcuni punti del contratto da concludere quando si sarà raggiunto l'accordo anche sugli altri punti da trattare – le parti conservano la libertà di recesso dalle trattative la quale trova un limite soltanto nella responsabilità contrattuale prevista dall'articolo 1337 c.c.»

⁸¹ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, cit., p. 409

⁸² M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, II ed., Torino, 2016, p. 504; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 614-615, asserisce che: «Le lettere d'intenti implicano la non avvenuta conclusione del contratto, e sono presidiate da rimedi non contrattuali; invece il preliminare è un contratto concluso, cui si applicano rimedi contrattuali»

⁸³ G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., pp. 59 ss.

⁸⁴ A. GIUSTI e M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 345

⁸⁵ R. DE RUGGIERO e F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, II, Milano-Messina, 1943, p. 179, sostiene che: «Il contratto preliminare unilaterale e l'opzione avrebbero una funzione comune consistente nell'attribuire ad una parte il potere di scelta in ordine al prodursi o meno, in un secondo tempo, di un effetto contrattuale»; per un'analisi funzionale di tali accordi cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, pp. 255, 276 ss.

⁸⁶ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3ª ed., Torino, 1980, p. 210; interessante la posizione di G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 255, 303, 313, che nega l'autonoma configurabilità del preliminare unilaterale, assimilandolo, per la funzione e gli effetti al patto di opzione; piuttosto isolata l'opinione di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 168, per cui l'opzione sarebbe un esempio di contratto preliminare unilaterale in quanto entrambe le figure svolgono la medesima funzione e non vi sarebbe ragione di distinguerle

⁸⁷ Secondo E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 54, il preliminare unilaterale differisce dall'opzione perché quest'ultima non crea un obbligo ma una soggezione; per

irrevocabile consentono all'oblato di addivenire alla conclusione del contratto con una mera dichiarazione unilaterale, dall'altra, in caso di preliminare unilaterale è necessario che i contraenti concludano comunque il contratto definitivo ponendo in essere un'attività negoziale successiva, o che gli effetti del definitivo siano prodotti ai sensi dell'art. 2932 c.c.⁸⁸ Si tenga presente, inoltre, che il preliminare differisce *ictu oculi* dalla proposta irrevocabile, oltre che per gli effetti, anche per la struttura perché quest'ultima non è un contratto ma un atto giuridico unilaterale.

In altre parole, nell'opzione vi è una proposta (irrevocabile) e il contratto si conclude con la sola dichiarazione di volontà dell'opzionario mentre nel preliminare, anche se unilaterale, occorrono in ogni caso due dichiarazioni di volontà, quella della parte obbligata a stipulare e quella della parte libera di decidere⁸⁹.

Parimenti importante è la distinzione che intercorre tra il contratto normativo e il contratto preliminare. Mediante il primo, infatti, le parti pongono in essere un complesso di clausole destinate a regolare una serie di negozi giuridici futuri ed eventuali senza, però, obbligarsi alla loro conclusione⁹⁰. Dal contratto preliminare deriva, invece, l'obbligo per una o per entrambe le parti di stipulare il contratto definitivo⁹¹. È stato precisato, inoltre, che mentre il contratto normativo può essere predisposto in ragione della stipulazione di una serie indefinita di contratti⁹², il

un'attenta disamina sulle diversità delle due figure cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1980, p. 570 e G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano, 1991, p. 207; per le differenze legate alla funzione svolta dai due istituti si v. invece C. M. BIANCA, *Diritto civile-Il contratto*, III, Milano, 1984, pp. 186 e 200 ss. ed anche E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., p. 60 e C. DAVÌ, *Considerazioni su promessa di contratto e patto d'opzione. Consensualismo in tema di anticipazione degli effetti ed aspetti patologici del preliminare*, in *Vita not.*, III, *Suppl.* 2, p. LXXIV; si v. anche Cass. civ., 11 ottobre 1986, n. 5950, *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 522

⁸⁸ Cass. civ., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Vita Notarile*, 1986, 1215; Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 1997, n. 2692

⁸⁹ M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 327, prosegue affermando che: «In caso di inadempimento del preliminare si chiederà al giudice una sentenza costitutiva del contratto; nell'opzione, in caso di contestazione, si chiederà una sentenza meramente dichiarativa»

⁹⁰ G. IUDICA e P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, XII ed., Padova, 2011, p. 302, precisa che: «Il contratto normativo non obbliga le parti a contrarre ma ad inserire nei futuri contratti, che si trovino a stipulare, determinate clausole cosicché ne risulta vincolata non la libertà di contrarre, ma quella di determinare il contenuto del contratto»

⁹¹ V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, in *Studi in onore di B. Sforza*, Roma, 1940, p. 724, afferma che: «Il contratto normativo, a differenza del contratto preliminare, non deve contenere tutti gli elementi essenziali dei futuri contratti, in quanto la loro determinazione può essere rimessa al momento successivo della stipulazione del singolo contratto»

⁹² G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, pp. 218-219

contratto preliminare ha per oggetto un determinato contratto definitivo⁹³. Il contratto normativo, dunque, non obbliga le parti a concludere successivi contratti, ma solo, nel momento in cui si decida di addivenire alla stipula di essi, a regolamentare gli interessi sottostanti così come stabilito nel precedente accordo. Dal momento che dal contratto normativo non deriva alcun obbligo di contrarre in capo a nessuna delle parti, sarebbe inammissibile il ricorso all'art. 2932 c.c. nel caso in cui una di esse si rifiutasse di stipulare il successivo contratto⁹⁴.

⁹³ V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, in *Studi in onore di B. Sforza*, cit., p. 723; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 123; M. DOSSETTO, *Contratto normativo*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, pp. 664-665; E. PEREGO, *I vincoli preliminare e il contratto*, cit., pp. 26-27; questa affermazione non è però condivisa da S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 72 e B. CASSANDRO, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa. Il factoring in Europa*, Milano, 1981, p. 38, secondo i quali è ben possibile configurare un contratto preliminare avente ad oggetto una pluralità di contratti definitivi con il solo limite della necessità che sia determinato o determinabile il numero di contratti che le parti si impegnano a concludere

⁹⁴ P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 170

1.4 Invalidità e vizi del contratto preliminare

La tematica dell'invalidità del contratto preliminare, del contratto definitivo e delle loro eventuali interferenze è quella che risente maggiormente delle varie tesi elaborate dalla dottrina in ordine alla natura giuridica dei due negozi⁹⁵.

Da una parte, la dottrina che considera il definitivo un mero atto di adempimento dell'obbligo a contrarre (atto dovuto), asserisce che al preliminare si applicano le norme dettate in materia di nullità e annullabilità del contratto in generale, sostenendo che i vizi dai quali deriva l'invalidità vanno ricercati esclusivamente nel preliminare e assumono rilevanza solo se sussistono nel momento in cui esso viene concluso⁹⁶. Coloro che invece sostengono la tesi della causa solutoria e di quella propria del contratto definitivo (tesi della doppia causa) non considerano la disciplina del definitivo del tutto scevra dall'obbligazione di contrarre e quindi ritengono che l'eventuale vizio del preliminare possa influire sul contratto definitivo. Questa seconda ricostruzione, tuttavia, è stata dipanata dalla dottrina prevalente che ha sostenuto il principio della totale indipendenza reciproca tra i due negozi, affermando come la

⁹⁵Secondo F. MESSINEO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 166 la funzione negoziale del definitivo consisterebbe nella possibilità di integrare ed arricchire il regolamento di interessi predisposto in modo schematico con il preliminare; secondo P. RESCIGNO, *Incapacità naturale ed adempimento*, Napoli, 1950, pp. 117 ss. e L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, pp. 84 ss., al contratto definitivo andrebbe negata la qualifica di negozio giuridico, in quanto si tratterebbe di atto dovuto, e dal preliminare sorgerebbe un obbligo di documentazione che verrebbe soddisfatto con la stipulazione del contratto definitivo, per cui quest'ultimo si configurerebbe come una ripetizione del primo; secondo A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 143 ss., il contratto definitivo avrebbe natura di atto di discrezionalità, tramite il quale le parti hanno la possibilità di specificare ulteriormente l'assetto degli interessi già delineati dal preliminare; per R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 177 ss., il contratto preliminare disporrebbe in anticipo il contenuto dell'ulteriore negozio, rispetto al quale assumerebbe una funzione preparatoria: il contratto definitivo lascerebbe pertanto intatto il regolamento di interessi predisposto dal primo ma sostituirebbe gli effetti proprio di quel regolamento a quelli strumentali o preparatori del contratto preliminare; secondo G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 190 ss., il contratto definitivo sarebbe caratterizzato da una esigenza di controllo e di valutazione dei mutamenti oggettivi ed intrinseci dello strumento negoziale, che si aggiungerebbe alla normale funzione del corrispondente contratto concluso senza un previo vincolo preliminare; secondo E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., pp. 90 ss., il contratto definitivo non innoverebbe il regolamento di interessi introdotto dalle parti con il contratto preliminare, ma ne muterebbe solamente l'impegnatività: all'impegno bilaterale di introdurre quel regolamento, si sostituirebbe l'impegno bilaterale per la sua esecuzione; C. A. NICOLETTI, *Sul contratto preliminare*, Milano, 1974, pp. 27 ss., ha visto nel preliminare un contratto caratterizzato da una riserva tipica di completamento e di integrazione negoziale, che viene esplicitata con la stipulazione del definitivo. Si sottolinea, infine, come la giurisprudenza aderisca alla concezione dominante del contratto definitivo come negozio giuridico

⁹⁶L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 110

natura negoziale del definitivo fa sì che esso produca in ogni caso i suoi effetti anche in presenza di una invalidità del contratto preliminare⁹⁷.

Come ogni contratto, anche il preliminare può essere affetto da alcuni aspetti patologici che incidono, con modalità differenti, sulla funzionalità ed efficacia del contratto. I vizi che il contratto preliminare può presentare si risolvono, in ogni caso, in un giudizio negativo dell'accordo originario *inter partes*, riconducibile nell'ottica della nullità, annullabilità, rescindibilità, risolubilità dell'accordo stesso, secondo il tipo di disciplina applicabile⁹⁸.

Può accadere che il vizio originario da cui il preliminare è affetto si ripresenti, di identico contenuto, anche nel definitivo: in tali circostanze, si potrà impugnare autonomamente lo stesso contratto definitivo e non sarà possibile stipulare nuovamente il preliminare, essendosene accertata la sua invalidità⁹⁹. Il punto che genera maggiori discussioni concerne, però, l'esperimento dell'azione di rescissione, ponendosi l'interrogativo se contro il definitivo possa agirsi autonomamente cosicché dalla sua conclusione inizi a decorrere un nuovo termine di prescrizione dell'azione. Ricordando che il nostro ordinamento prevede due presupposti per la proposizione di tale azione, lo stato di pericolo e lo stato di bisogno, e che il primo comma dell'art. 1449 c.c. stabilisce il termine di un anno per l'esercizio dell'azione di rescissione, decorrente dalla conclusione del contratto, ritenere l'azione di rescissione proponibile unicamente nei confronti del preliminare¹⁰⁰, con termine di prescrizione decorrente dalla data di quest'ultimo, creerebbe una situazione di squilibrio poiché, trascorso un anno dalla conclusione del contratto preliminare, la parte lesa dovrebbe necessariamente stipulare il definitivo o subire la sentenza ai sensi dell'art. 2932 c.c., per sopravvenuta prescrizione¹⁰¹.

⁹⁷ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 242

⁹⁸ ID., p. 159

⁹⁹ A. CHIANALE, *Contratto preliminare in diritto comparato*, cit., p.281; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 688

¹⁰⁰ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 174; P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, p. 42; cfr. anche G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, p. 266 ed anche A. DI MAJO, *Ancora in tema di prescrizione dell'azione di rescissione contro il contratto definitivo*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1963, p. 421, per i quali è ammissibile una sola azione di rescissione, esperibile contro il preliminare, dalla cui conclusione decorrebbe il termine di prescrizione, quand'anche la causa di rescissione sia poi presente anche nel definitivo

¹⁰¹ Per sostenere la tesi dell'impugnabilità del solo definitivo, dovrà ipotizzarsi una unitaria operazione economica che diverrebbe attuale con il definitivo stesso, laddove il preliminare non sarebbe di per sé impugnabile, perché la lesione sarebbe allo stadio solo potenziale; con la paradossale conclusione che

Attesa la sostanziale iniquità di queste conseguenze e il convincimento della natura contrattuale del definitivo, parte della dottrina contrattualistica¹⁰² e la giurisprudenza¹⁰³ ormai compatta sostengono la rescindibilità del contratto stipulato in adempimento di un obbligo assunto con un precedente contratto preliminare; *rebus sic stantibus* si sostiene la tesi della doppia, autonoma azione, contro il preliminare e contro il definitivo, con autonoma decorrenza dalla conclusione dell'uno e dell'altro contratto¹⁰⁴.

Analoghi dubbi interpretativi sono sorti anche con riferimento all'azione revocatoria (art. 2901 c.c.¹⁰⁵); in altre parole ci si domanda se sia suscettibile di revocatoria il preliminare o il definitivo. Per una parte della dottrina sarebbe suscettibile di revocazione soltanto il definitivo¹⁰⁶ ma in realtà non vi è ragione per non consentire la revocatoria già nei confronti del preliminare¹⁰⁷; se così non fosse il

il soggetto leso dovrebbe prima concludere il definitivo e poi impugnarlo. Così L. GUGLIELMUCCI, *Considerazioni sulla rescissione del contratti preparatori*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1968, pp. 75 ss. specie p. 80; E. MANDRIOLI, *Rescindibilità del contratto stipulato in adempimento di un preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1982, pp. 767 ss. specie pp. 783 ss.; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., pp. 226 ss.; R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 119

¹⁰² D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 2^a ed., 1971, p. 44; L. MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 1201, sul presupposto che il preliminare crei il precetto definitivo, con rinvio dell'effetto negoziale al definitivo stesso

¹⁰³ Si v. ad es. Cass. civ., 22 novembre 1978, n. 5458, in *Foro it.*, 1979, I, 1206: «I giudici di appello esattamente ritennero, in conformità al costante insegnamento di questa Corte, che se dopo il preliminare si stipula il contratto definitivo, senza che contro il preliminare sia stata proposta azione di rescissione, come avviene nella specie, dal momento della conclusione del contratto definitivo sorge una nuova azione di rescissione con un proprio termine annuale di prescrizione decorrente da quest'ultima data» ma anche Cass. civ., 5 novembre 1980, n. 5938, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1653 e Cass. civ., sez. II, 6 novembre 1990, n. 10666, in *Arch. civ.*, 1991, 297 che, dunque, sostengono l'autonoma rescindibilità del contratto definitivo; la giurisprudenza più risalente ha invece negato l'ammissibilità dell'azione di rescissione nei confronti del definitivo, limitando la sua esperibilità al solo preliminare, dalla cui conclusione decorrerebbe il termine annuale di prescrizione, anche qualora la causa di rescissione sia presente nuovamente nel definitivo: così ad es. Trib. Palermo 21 gennaio 1965, in *Giur. siciliana*, 1965, 361

¹⁰⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 43; G. MARESCA, *Se la rescindibilità per lesione colpisca il contratto preliminare o anche e solo quello definitivo*, in *Giur. mer.*, I, 1972, p. 233; In giurisprudenza per prima Cass. civ., 16 luglio 1962, n. 2151, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1403 (e in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 421) e da ultima Cass. civ., sez. II, 6 novembre 1990, n. 10666, cit.

¹⁰⁵ POLIMENE, *La trascrizione del preliminare e le azioni revocatorie*, in *Vita not.*, 1997, p. 542

¹⁰⁶ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 207, 210, 213; Cass. civ., sez. II, 15 ottobre 2004, n. 20310; in senso contrario Cass. civ., 16 maggio 1962, n. 1094, in *Giust. civ.*, 1962, II, 1871 la quale ha negato che il contratto definitivo sia revocabile in quanto atto dovuto; concorda con questa soluzione A. DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1964, pp. 421, 425

¹⁰⁷ Cass. civ., 22 gennaio 1970, n. 138, in *Giust. civ.*, 1970, 1045, con nota di G. LAZZARO, *Atti di disposizione lesivi della garanzia generica e concorso tra risoluzione e azione revocatoria*; Cass. civ., sez. I, 9 dicembre 2004, n. 23016; in senso contrario si v. tuttavia Cass. civ., sez. II, 15 ottobre 2004, n. 20310

creditore sarebbe costretto ad attendere la conclusione del definitivo prima di poter proporre azione revocatoria, sempre che se ne ravvisino i presupposti. Appare, dunque, preferibile anche in questo caso propendere per la soluzione della doppia azione, con decorso di un nuovo termine dopo la conclusione del definitivo¹⁰⁸. La Suprema Corte ha avuto cura di precisare che il termine quinquennale di prescrizione dell'azione revocatoria del preliminare inizierebbe a decorrere, in assenza di trascrizione *ex art. 2645 bis*, dal momento in cui ne viene meno il carattere occulto e quindi dal momento della sua pubblicità¹⁰⁹.

Può verificarsi, d'altronde, che l'equilibrio, previsto dalle parti, fra le prestazioni formanti oggetto del futuro contratto definitivo venga alterato da fatti verificatisi dopo la conclusione del preliminare: date queste circostanze ed in linea di principio è, pertanto, possibile agire in risoluzione¹¹⁰ in caso di inadempimento nonché di eccessiva onerosità e di impossibilità sopravvenute.

L'ipotesi più importante di risoluzione è quella per inadempimento, con riferimento alla quale si sottolinea come il promissario ha diritto di verificare, prima della conclusione del definitivo, se i dati, le prestazioni, le qualità e le quantità promessi sussistono effettivamente¹¹¹. L'inadempimento che dà luogo alla risoluzione deve essere grave, ossia deve avere notevole incidenza sugli interessi regolati dal contratto. Dunque nei riguardi di un adempimento qualificato in questi termini, potrà essere invocato il rimedio solutorio, in alternativa a quello giurisdizionale, previsto dall'art. 2932 c.c.¹¹²

¹⁰⁸ G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. del contratto*, dir. da ROPPO, Milano, 2006, III, p. 438; Cass. civ., 18 maggio 1982, n. 3072, in *Vita not.*, 1982, 1205

¹⁰⁹ Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1152

¹¹⁰ Cass. civ., sez. II, 3 agosto 1990, n. 7833, in *Arch. civ.*, 1991, 174; Cass. civ., 15 dicembre 1984, n. 6582, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, 273; Cass. civ., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, 1002 o in *Giust. civ.*, 1976, I, 917; A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 244; F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, cit., p. 176

¹¹¹ P. CENDON, *I contratti in generale, Conclusioni, Opzione-Prelazione, Contratto preliminare*, cit., p. 378, ha cura di precisare come: «Il preliminare di compravendita può essere risolto per inadempimento, oltre che in presenza di vizi della cosa, anche per eventuali divergenze soltanto quantitative fra ciò che si è promesso con il preliminare e quanto effettivamente risulti al momento della stipula del contratto definitivo»

¹¹² G. ALPA e M. BESSONE, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, I contratti in generale, I requisiti del contratto* (aggiornamento 1991-1998), III, Torino, 1991, p. 1807

Si ritiene proponibile, altresì, la risoluzione per eccessiva onerosità¹¹³, per la quale si precisa che il giudice deve paragonare il valore del bene con quello della prestazione corrispettiva, tenendo conto della svalutazione monetaria e delle variazioni dei costi di mercato verificatesi tra la conclusione del contratto preliminare e il momento in cui deve essere stipulato il definitivo¹¹⁴. Per stabilire la normale alea del contratto definitivo non si dovrà aver riguardato al tipo¹¹⁵ né rileveranno vicende riferibili a terzi; l'ammissibilità dell'eventuale domanda di risoluzione per eccessiva onerosità¹¹⁶, andrà valutata, anche d'ufficio dal giudice¹¹⁷, con riguardo alla situazione che si presenta al momento della pronuncia, non trascurando la svalutazione monetaria¹¹⁸, per quel che attiene all'entità del prezzo e dell'offerta stessa¹¹⁹.

È stato, inoltre, puntualizzato come nel caso di un preliminare ad effetti anticipati, la parte, che abbia ricevuto la prestazione dovuta prima che circostanze straordinarie ed imprevedibili ne determinassero l'inadeguatezza rispetto alla controprestazione, non può domandare la risoluzione di tale contratto preliminare¹²⁰. Questa soluzione si inquadra, senza difficoltà, nell'orientamento prevalente che

¹¹³ A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1955, pp. 376 ss.; M. VIGNALE, *Brevi osservazioni in tema di eccessiva onerosità, caparra e contratto preliminare*, in *Dir. giur.*, 1960, p. 529. In giurisprudenza, per prima, Cass. civ., 10 luglio 1953, n. 2694, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1276 con commento di A. LENER; da ultima Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 1995, n. 1027, in *Riv. not.*, 1996, p. 601. Ipotesi tipica di eccessiva onerosità è l'imprevisto aumento dei costi in caso di preliminare di vendita di immobile da costruire: cfr. Cass. civ., 12 febbraio 1982, n. 854

¹¹⁴ Cass. civ., sez. II, 3 agosto 1990, n. 7833, in *Arch. civ.*, 1991, 174; Cass. civ., 7 ottobre 1995, n. 2891, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 700

¹¹⁵ Cass. civ., sez. II, 29 maggio 1998, n. 5302; Cass. civ., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1706, con nota di E. GABRIELLI (e in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1706)

¹¹⁶ P. CENDON, *I contratti in generale, Conclusione, Opzione-Prelazione, Contratto preliminare*, cit., p. 379, precisa che: «Affinché possa domandarsi la risoluzione, tuttavia, è necessario che l'evento *medio tempore* verificatosi abbia assunto misure assolutamente straordinarie ed imprevedibili rispetto al momento in cui il contratto viene concluso»

¹¹⁷ Cass. civ., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 994 con richiami di SICA; Cass. civ., sez. II, 7 aprile 18 luglio 1989, n. 3347, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2564

¹¹⁸ Cass. civ., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1981, I, 1343 e nella stessa direzione Cass. civ., 8 marzo 1978, n. 1158, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Contratto in genere*, 300, afferma che: «Agli effetti della risoluzione per eccessiva onerosità di un contratto preliminare di vendita di beni immobili, il giudice deve considerare comparativamente il valore dei beni anzidetti e quello della prestazione corrispettiva, tenendo conto della svalutazione monetaria che, nell'arco di tempo previsto per la stipula del definitivo, abbia diminuito il valore intrinseco del prezzo ancora dovuto»

¹¹⁹ Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Giur. it.*, 2001, p. 1824, con nota di CORRIERO (e in *Foro it.*, 2001, I, c. 3254); Cass. civ., sez. II, 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 163; Cass. civ., sez. II, 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita not.*, 1992, p. 548

¹²⁰ Così Cass. civ., 14 dicembre 1982, n. 6858, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, 41 (ed anche in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, 312)

esclude l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 1467 c.c. quando una delle parti abbia interamente adempiuto la prestazione dovuta¹²¹.

Viene, infine, ritenuta ammissibile dalla dottrina¹²² e dalla giurisprudenza anche la risoluzione del preliminare per impossibilità sopravvenuta¹²³. Sebbene da un punto di vista formale la prestazione consistente nel fornire il proprio consenso alla redazione del contratto definitivo non può mai diventare impossibile, il discorso cambia se si analizza la situazione da un'ottica sostanziale¹²⁴: non vi è motivo per non ammettere la risoluzione del contratto anche per impossibilità sopravvenuta; in aderenza ai principi generali la risoluzione può anche essere parziale¹²⁵. In concreto l'impossibilità è riferibile per lo più all'oggetto, a causa di modificazioni fisiche o giuridiche sopravvenute, in ogni caso tali da comportare una radicale modifica della sua identità, e nel caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, non è ovviamente possibile avvalersi dell'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 c.c.*¹²⁶

¹²¹ P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 166

¹²² La sopravvenuta totale impossibilità non imputabile della prestazione del futuro contratto ha effetto liberatorio sull'obbligazione di contrarre. Così C. TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare*, in *Recesso e risoluzione del contratto*, a cura di De Nova, Milano, 1998, p. 82

¹²³ Cass. civ., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1002; le voci discordi, basate sulla formalistica idea che l'obbligo a contrarre, in quanto prestazione immateriale, non diviene mai impossibile, non sono recenti. Tra le meno lontane A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., p. 181

¹²⁴ Sempre che si tratti di impossibilità effettiva e non di mero inadempimento, anche dovuto a terzi, che avrebbe potuto essere rimosso con l'ordinaria diligenza: Cass. civ., sez. II, 13 luglio 1996, n. 6354

¹²⁵ Cass. civ., sez. II, 29 aprile 1993, n. 5066, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 489; Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 1993, n. 1782

¹²⁶ Cass. civ., 22 gennaio 1993, n. 78, in *Foro it.*, 1993, I, 1890

1.5 Inadempimento ed esecuzione forzata

Vigente il codice abrogato, non era riconosciuta la possibilità dell'esecuzione specifica per cui la parte adempiente doveva accontentarsi del rimedio del risarcimento del danno¹²⁷ e, per questa ragione, si poteva affermare che il preliminare non dava diritto ad ottenere l'acquisto del bene ma produceva solo un *facere* (la prestazione del consenso) la cui realizzazione dipendeva in definitiva dalla volontà delle parti¹²⁸. L'opinione prevalente, formatasi sulla scia dell'insegnamento covelliano, negava, nel silenzio della legge, l'ammissibilità dell'adempimento specifico del preliminare e riteneva che i rimedi giudiziali all'inadempimento dovessero limitarsi alle azioni di condanna alla conclusione del definitivo e al risarcimento del danno¹²⁹. A queste considerazioni si opponeva la teoria di coloro che erano invece favorevoli all'esecuzione coattiva *de iure condito*¹³⁰, la quale alla fine ebbe la maggior influenza sui riformatori del 1942¹³¹.

L'art. 2932 dell'attuale codice civile prevede, dunque, la possibilità di ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso producendo tutti gli

¹²⁷ Cass. civ., 17 gennaio 1925, n. 64, in *Foro it.*, 1925, I, 146

¹²⁸ M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, XX ed., Torino, 2013, p. 554

¹²⁹ L. COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur. it.*, cit., p. 132; C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, vol. IV, 1903, p. 68; A. ASCOLI, *Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, p. 243; A. BUTERA, *Contributo alla dottrina della promessa di vendita immobiliare*, in *La legge*, 1909, p. 2216; G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., p. 67

¹³⁰ Si v. G. P. CHIRONI, *L'obbligazione di dare* (nota a Cass. 27 maggio 1910), in *Riv. dir. comm.*, II, 1911, pp. 633 ss., afferma che: «La formazione coattiva del contratto definitivo derivava dalla necessità, che la parte inadempiente fosse pienamente responsabile, nei confronti dell'altra, degli effetti sostanziali del contratto definitivo promesso. In altri termini, la responsabilità per l'inadempimento, consistente nel rifiuto alla conclusione del definitivo, si sarebbe dovuta estendere dall'effetto immediato (prestazione del consenso) all'effetto mediato (prestazione di dare), e avrebbe dunque reclamato la sanzione di una sentenza costitutiva degli effetti del contratto» e G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1911, p. 102, precisa che: «Col contratto preliminare le parti si obbligano a conseguire gli effetti giuridici, che deriveranno dal successivo atto di volontà. Di fronte all'inadempimento, sorge il diritto potestativo di domandare al giudice una sentenza costitutiva non già del contratto, ma del diritto, la cui nascita rappresentava lo scopo della stipulazione preliminare»

¹³¹ Con riguardo all'introduzione dell'art. 2932 c.c. E. PEREGO, *I vincoli preliminare e il contratto*, cit., p. 67, ha parlato di «Evidenti ragioni di opportunità a garanzia della sicurezza del traffico» e G. A. MICHELI, *Esecuzione forzata, sub art. 2932*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Libro VI, Bologna-Roma, I ed., 1960, p. 194, ha asserito di «Interesse pubblico all'osservanza di certe obbligazioni le quali, in base alla tradizione potevano ritenersi rivestire importanza esclusivamente nei rapporti tra le parti». Non sono mancate, però, le interpretazioni tese a ridurre la portata innovativa e a restringerne i margini applicativi e addirittura W. D'AVANZO, *Alcune considerazioni sul c.d. contratto preliminare*, in *Riv. not.*, I, 1949, p. 408, ha visto nell'introduzione dell'art. 2932 c.c. una «Violazione della logica ed un'offesa ai principi dell'ordinamento giuridico italiano»

effetti di questo. Ferma restando la possibilità di limitarsi a chiedere l'adempimento del contratto¹³² o la risoluzione del preliminare per inadempimento¹³³, è possibile ottenere una sentenza o, in luogo di essa, anche un lodo arbitrale¹³⁴, che produca gli effetti del contratto non concluso. In altre parole, benché in nessun caso una parte potrebbe essere costretta ad emettere una dichiarazione negoziale se non lo voglia (*nemo precise ad factum cogi potest*), indipendentemente dal fatto che un tale rifiuto possa risultare illegittimo, la legge offre al contraente interessato a dare esecuzione al preliminare, nonostante il rifiuto dell'altra parte, la facoltà di ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti che avrebbe dovuto produrre il contratto che l'altra parte non ha voluto concludere¹³⁵.

Per avvalersi di tale rimedio processuale, è sufficiente il mero inadempimento dell'obbligazione di contrarre, anche non imputabile al convenuto, trattandosi di un procedimento di esecuzione forzata: la sua colpa rileva per l'ulteriore condanna al risarcimento dei danni causati dall'inadempimento¹³⁶. L'art. 2932 c.c. pone due condizioni per l'utilizzo di un tale provvedimento: l'esecuzione in forma specifica non deve essere esclusa dal titolo¹³⁷ e deve essere possibile¹³⁸.

¹³² Cass. civ., 21 luglio 1962, n. 2018, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 518, con nota di MANDRIOLI, *Condanna a eseguire un contratto preliminare?*

¹³³ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 148, afferma che: «Qualora uno dei promittenti non adempia l'obbligo di contrarre, l'altro può chiedere la risoluzione o agire per l'adempimento. In quest'ultimo caso, l'alternativa è quella tra una domanda di condanna ad adempiere, cosicché il condannato dovrebbe presentarsi innanzi il notaio per la stipula del definitivo, e l'esecuzione forzata ex art. 2932. Inutile dire che la prima ipotesi è ai limiti dell'assurdo, anche se si rinvergono precedenti, che sono stati oggetto di nette critiche dottrinarie. È dunque la ben più drastica e risolutiva esecuzione forzata a dominare sovrana il campo»

¹³⁴ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto: il lodo rituale fra efficacia inter partes e efficacia di sentenza*, in *Cont. impr. Eur.*, 1990, p. 936; F. ANGELONI, *Trascrivibilità di un preliminare di contratto di alienazione immobiliare*, in *Contr. impr. Eur.*, 1990, p. 946; Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 1991, n. 11650

¹³⁵ A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 583

¹³⁶ P. CENDON, *I contratti in generale, Conclusione, Opzione-Prelazione, Contratto preliminare*, cit., p. 382

¹³⁷ Il legislatore non ha offerto indicazioni puntuali circa il contenuto della clausola di esclusione dell'esecuzione coattiva, rimettendo all'interprete il potere di desumere la volontà negoziale contraria all'applicazione del rimedio. A questo proposito, giurisprudenza e dottrina hanno sottolineato la necessità di un'univoca volontà delle parti emergente chiaramente dal titolo (Cass. civ., 9 febbraio 1948, n. 208, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I, 226, con nota di Mazza; Cass. civ., 28 maggio 1965, n. 1089, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Obbligazioni e contratti*, 464; Cass. civ., 23 ottobre 1958, n. 3422, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, 360; Cass. civ., 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*, 1972, I, 889; Cass. civ., 13 dicembre 1980, n. 6482, in *Rep. giur. it.*, 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, 237; Cass. civ., 16 novembre 1984, n. 5827, in *Rep. giur. it.*, 1984, voce *Obbligazioni e contratti*, 283; in dottrina F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, artt. 2930-2933, cit., p. 378)

¹³⁸ L'emanazione della sentenza costitutiva è considerata possibile solo a condizione che nel contratto preliminare risultino determinati gli elementi essenziali del contratto da stipulare, così F. MESSINEO,

Può accadere, anche se non è frequente, che le parti escludano convenzionalmente ed in modo univoco¹³⁹ l'esecuzione in forma specifica, prevedendo altre conseguenze in caso di inadempimento, come ad esempio la devoluzione di una penale e così via¹⁴⁰: in questi casi il contraente, di fronte all'inadempimento dell'altra parte, potrebbe agire soltanto per il risarcimento del danno. L'esecuzione in forma specifica deve, inoltre, essere possibile sia di fatto che di diritto¹⁴¹ e non devono sussistere ragioni ostative, di carattere giuridico o materiale, alla realizzazione del risultato voluto dalle parti con la conclusione del contratto preliminare.

Il secondo comma dell'art. 2932 c.c. precisa che se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, ai fini dell'accoglimento della domanda è necessario che la parte che agisce in giudizio abbia già eseguito la sua prestazione o abbia offerto di eseguirla nei modi di legge¹⁴². Non occorre effettuare l'offerta solo nel caso in cui la prestazione non sia ancora esigibile al momento della domanda giudiziale¹⁴³.

L'art. 2932 c.c., all'indomani della sua entrata in vigore, aveva animato anche un ampio dibattito dottrinale concernente la natura giuridica¹⁴⁴ della sentenza dallo

Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, cit., p. 183 e F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti (artt. 2930-2933)*, cit., p. 375

¹³⁹ Cass. civ., 16 novembre 1984, n. 5827, cit.

¹⁴⁰ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 48

¹⁴¹ A. MAGRÌ, *Possibilità giuridica ed esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1977, p. 661

¹⁴² Cass. civ., 7 dicembre 1961, n. 2776

¹⁴³ Cass. civ., sez. II, 27 settembre 1991, n. 10139: «Il contraente che chiede l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto è tenuto ad eseguire tempestivamente la prestazione a suo carico o a farne offerta nei modi di legge solo se tale prestazione era già esigibile al tempo della domanda giudiziale, in ogni altro caso essendo sufficiente anche la semplice offerta della prestazione medesima, che può essere fatta anche in corso di causa, in qualsiasi forma idonea a manifestare la volontà di adempiere»; Cass. civ., sez. II, 26 novembre 1997, n. 11839, in *Arch. civ.*, 1998, 158; Cass. civ., sez. II, 11 luglio 2000, n. 9176; Cass. civ., sez. II, 1 agosto 2001, n. 10469

¹⁴⁴ Una parte della dottrina qualifica il provvedimento giurisdizionale come sentenza di mero accertamento sulla base della volontà contrattuale espressa dalla parte attrice con la proposizione della domanda giudiziale e dell'inerzia dell'altra parte, sicché la sentenza *ex art. 2932 c.c.* è diretta ad accertare l'avvenuta conclusione del definitivo, così P. CARUSI, *In tema di contratto preliminare e sentenza costitutiva*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1955, pp. 872 ss.; altra parte della dottrina assegna al provvedimento in oggetto carattere esecutivo, riconoscendo nel contempo alla stessa la funzione di rendere il definitivo il precedente assetto negoziale, così F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. CARNELUTTI, Napoli, 1958, pp. 320 ss.

stesso articolo prevista. La dottrina prevalente¹⁴⁵, ignorando il contrario argomento della collocazione sistematica dell'art. 2932 c.c. (inserito nel capo dedicato all'esecuzione forzata), ha sostenuto la natura costitutiva della sentenza in questione, precisando come, solo grazie ad essa, è possibile produrre gli effetti del contratto non concluso, con conseguente trasferimento (*ex nunc*) della proprietà, subordinatamente all'adempimento delle condizioni previste dalla sentenza e nei tempi in essa indicati.

Mediante la sentenza costitutiva il giudice, nei casi previsti dalla legge, costituisce, modifica o estingue rapporti giuridici tra le parti, i loro eredi o aventi causa (art. 2908 c.c.¹⁴⁶). Il risultato delle sentenze costitutive è, dunque, quello di produrre un mutamento della situazione sostanziale¹⁴⁷ che, di norma, è immediatamente operativo e quindi non necessita di una fase ulteriore di esecuzione; *rebus sic stantibus*, il rapporto che scaturisce dalla sentenza ha natura negoziale, esattamente come se fosse scaturito dal contratto definitivo, rappresentando, il provvedimento giurisdizionale, la fonte di produzione degli effetti del contratto non concluso.

La sentenza *ex art.* 2932 è sì costitutiva, ma diversa da quelle dispositive che eccezionalmente il giudice può pronunciare, poiché nel caso di contratto preliminare rimasto inadempito sussiste una disciplina contrattuale già prefissata in ogni suo aspetto, cosicché il giudice, per stabilire gli effetti prodotti dalla sentenza, deve avere

¹⁴⁵ S. SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, vol. IV, p. 73; G. A. MICHELI, *Esecuzione forzata, sub art. 2932*, in *Comm. Cod. civ.*, cit. p. 532; F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, cit., p. 188; *contra* si v. P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1931, p. 219, il quale si era manifestato propenso a riconoscere alla sentenza il carattere di esecuzione forzata

¹⁴⁶ L'inquadramento della sentenza in esame tra i provvedimenti costitutivi di cui all'art. 2908 c.c. la sottrae, da un punto di vista strutturale, dall'area dei provvedimenti di esecuzione forzata tra i quali è sistematicamente inserita, così P. CENDON, *I contratti in generale, Conclusione, Opzione-Prelazione, Contratto preliminare*, cit. p. 383; tuttavia, la tesi della natura costitutiva della sentenza, accolta in alcune pronunce della Corte di Cassazione (si v. ad es. sent. 23 giugno 1962, n. 1636, in *Rep. giust. civ.*, 1962, voce *Sentenza, ordinanza, decreto civile*, 182) ed autorevolmente ribadita in dottrina (per tutti F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti, artt. 2930-2933*, in *Comm. cod. civ.*, Libro VI, t. IV, Torino, 1980, p. 368 e di recente G. CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989, pp. 101 ss.) è stata progressivamente posta in crisi dall'evoluzione giurisprudenziale e dalla dottrina che ha proposto «La rivalutazione della funzione esecutiva della sentenza al fine di riconoscere al giudice poteri di adeguamento, nonché poteri specificativi analoghi a quelli previsti, per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare, dall'art. 612 c.p.c.», così S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino, 1985, p. 331

¹⁴⁷ A. DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, cit., p. 376, afferma che: «La sentenza modifica la realtà e quindi costituisce un *quid novi*, che però consiste nel provocare gli effetti del preliminare, rendendo definitivo il suo assetto di interessi e non già nel sostituire un titolo giudiziale ad un titolo negoziale che manca»

riguardo a tale precedente regolamento contrattuale. Ecco perché più tecnicamente dovrebbe parlarsi di sentenza di accertamento-costitutivo¹⁴⁸: si deve accertare l'esistenza di un diritto alla modificazione, grazie ad un preesistente vincolo, che costituisce, in definitiva, titolo per conseguire, mediante sentenza del giudice, il risultato finale che le parti avevano previsto di conseguire con la stipula del definitivo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., pp. 156 ss.; in giurisprudenza si v. Cass. civ., 12 aprile 1969, n. 1170, in *Riv. dir. comm.*, 1970, II, p. 162 e in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1278

¹⁴⁹ Cass. civ., 12 aprile 1969, n. 1170, cit.

1.6 La trascrizione del contratto preliminare

Il decreto legislativo 31 dicembre 1996, n. 669, convertito nella legge 28 febbraio 1997, n. 30 ha innovato il codice civile, introducendo l'art. 2645-*bis* c.c.¹⁵⁰, dedicato alla trascrizione dei contratti preliminari. Prima della novella legislativa non era ammessa la trascrizione dei contratti con effetti obbligatori¹⁵¹, fondandosi, tale divieto, sulla natura giuridica degli atti soggetti a trascrizione, secondo l'elencazione enunciata dall'art. 2643 c.c. che contempla, invece, le sole ipotesi di acquisto di diritti reali di godimento su beni immobili¹⁵². In questa situazione, la tutela del promissario acquirente era affidata alla trascrizione della domanda *ex art.* 2652 n. 2, finalizzata ad ottenere la sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., anche se non mancavano voci dissenzienti¹⁵³ che ricollegavano alla trascrizione stessa funzione di mera pubblicità notizia.

Da questo punto di vista, la trascrizione del contratto preliminare costituisce una rivoluzione fondamentale nel sistema della pubblicità immobiliare¹⁵⁴, il cui scopo è da rinvenirsi nell'esigenza di bilanciare la posizione del promittente acquirente e

¹⁵⁰ Per un'ampia e completa disamina della disciplina della Novella cfr. A. LUMINOSO e G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare: regole e dogmi*, Padova, 1998; G. SICCHIERO, *La trascrizione del preliminare*, in *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO, III, Milano, 2006, p. 525; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1998, pp. 693 ss.; S. DELLE MONACHE, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, pp. 3 ss.; A. LUMINOSO, *La trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto edifici da costruire*, in *Diritto privato*, III, 1997, pp. 569 ss. e gli altri scritti di R. RASCIO, M. MUSTO e G. RECCIA, V. DE DONATO, L. DI NOSSE, P. LIOTTI, F. S. IANASSO, in *Riv. not.*, 1998, pp. 367 ss.; A. GUARNERI, *Il contratto preliminare e la legge n. 30 del 1997*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1998, pp. 119 ss.; R. DE MATTEIS, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1998, p. 301; E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 98; M. BOMBELLI-M. LATO, *Trascrizione del preliminare e tutela dell'acquirente*, Padova, 2012; V. MAIO, *Il difficile rapporto tra trascrizione ed esecutorietà della sentenza costitutiva resa ai sensi dell'art. 2932 c.c.*, in *Il Civilista*, 2012, fasc. 4, p. 39; P. CARBONE, *La trascrizione del contratto preliminare ed il ruolo del notaio nelle trattative*, in *Riv. dir. privato*, 2007, p. 145

In giurisprudenza si v. Cass. civ., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 341, in *Fallimento*, 2013, p. 414, con nota di Cederle, *La trascrizione del contratto preliminare e lo speciale privilegio immobiliare del promissario acquirente*; Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2011, n. 27093, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1489, con nota di Didone, *Note minime su contratto preliminare di vendita, fallimento e trascrizione della domanda*

¹⁵¹ Alla trascrizione del preliminare si opponevano ragioni testuali (la mancata menzione del preliminare tra gli atti suscettibili di trascrizione) e concettuali (il preliminare non produce effetti reali ma soltanto obbligatori), così A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 584

¹⁵² P. FAVA, *Il contratto*, *Trattato teorico-pratico*, cit., p. 1397

¹⁵³ F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 124

¹⁵⁴ A. BUSANI, *Una rivoluzione per il mercato*, in *Ilsole24ore*, 1997, pp. 2 ss.; L. NIVARRA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, pp. 1 ss.; G. TUCCI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in AA. VV., a cura di A. A. CARRABBA, Napoli, 1998, pp. 39 ss.

quella del promittente alienante, ripristinando, un'uguaglianza sostanziale tra le diverse posizioni contrattuali. La norma introdotta dal legislatore rappresenta un efficace rimedio nei confronti di situazioni di squilibrio dovute, principalmente, alla diffusione nella prassi degli acquisti immobiliari, al ricorso a contratti preliminari con effetti anticipati, in cui si assiste all'esecuzione anticipata di obbligazioni che, normalmente, derivano dalla stipula del contratto definitivo¹⁵⁵.

La disposizione dispone, rendendola obbligatoria, la trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di contratti definitivi con oggetto relativo al trasferimento della proprietà di immobili, a diritti di usufrutto su beni immobili, a diritti di superficie e di enfiteusi, ai contratti di comunione sopra menzionati, a diritti di servitù, di uso e di abitazione, se i contratti preliminari risultano da atto pubblico o da scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente. Sono inoltre soggetti a trascrizione anche i preliminari sottoposti a condizione e quelli che riguardano edifici da costruire o in corso di costruzione¹⁵⁶. Pertanto, come si evince dal tenore della norma, il preliminare redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata determina, in ogni caso, l'obbligo notarile dell'assolvimento dell'onere pubblicitario¹⁵⁷.

Lo scopo fondamentale della trascrizione del preliminare¹⁵⁸ non è quello di realizzare una pubblicità compiuta, ma quello di determinare una sorta di "prenotazione", anticipando, cioè, alla data di trascrizione del preliminare l'opponibilità del contratto definitivo o della sentenza costitutiva purché, a loro volta, trascritti¹⁵⁹. Si è affermato che l'effetto prenotativo assolve ad una duplice tutela che si distingue in "generica", in quanto consente al promittente acquirente di acquisire l'immobile nello "stato di diritto" in cui si trovava al momento della stipula del

¹⁵⁵ G. GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 455

¹⁵⁶ G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, VII ed., Padova, 2011, p. 588

¹⁵⁷ G. CASU, *La trascrizione del contratto preliminare*, Studio n. 1702/b del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi civilistici in data 21 luglio 1997

¹⁵⁸ Una volta eseguita la trascrizione, il promissario acquirente può far valere la sua pretesa contro tutti coloro che hanno trascritto o iscritto successivamente atti incompatibili, così F. ALCARO, *Diritto privato*, II ed., Padova, 2015, p. 341

¹⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, V ed., Napoli, 2012, p. 263

definitivo, e “specifica”, in quanto è diretta a neutralizzare eventuali trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli successive alla trascrizione del preliminare¹⁶⁰.

L’effetto della trascrizione del preliminare, tuttavia, è limitato nel tempo: esso cessa – e si considera come mai prodotto – se il contratto definitivo o la domanda rivolta al giudice per ottenere la sentenza *ex art. 2932 c.c.* non sono a loro volta trascritti entro un anno dalla data in cui era prevista la stipulazione del contratto definitivo e comunque non oltre tre anni dalla trascrizione del preliminare (art. 2645 *bis*, terzo comma). Tale termine¹⁶¹ decorre dalla trascrizione del contratto preliminare e si giustifica in quanto, in assenza di un limite temporale, la funzione prenotativa della trascrizione del preliminare avrebbe di fatto comportato un vincolo di indisponibilità del bene perpetuato all’infinito¹⁶². In definitiva, gli effetti della trascrizione sono, quindi, preparatori e limitati nel tempo¹⁶³, producendo una sorta di vincolo di indisponibilità, a tutela sia del promittente venditore che dei suoi creditori¹⁶⁴.

Viene, infine, precisato¹⁶⁵ come il sistema pubblicitario introdotto dalla novella si applica anche ai contratti preliminari conclusi prima dell’entrata in vigore della stessa, in quanto la trascrizione non attiene alla forma dell’atto ma rappresenta un istituto volto alla tutela dei diritti sostanziali.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2003, n. 17197; in tal senso cfr. anche G. RIZZI, *La redazione del preliminare – Profili operativi*, Studio n. 19-2007 del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi civilistici in data 27 gennaio 2007

¹⁶¹ Il termine per la tempestiva esecuzione della trascrizione prenotata è stato qualificato di decadenza, con conseguente inapplicabilità delle cause di sospensione e di interruzione previste in materia di prescrizione, così V. RICCIUTO, *Il contratto preliminare*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, *Tratt. contr.*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 286; inoltre tale termine non è rilevabile d’ufficio, ma deve essere eccepito dalla parte interessata a contestare l’efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare, così G. GABRIELLI, *L’efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 463

¹⁶² D. DE RADA, *Preliminari di diritti reali immobiliari*, in AA. VV., *Compravendita e figure collegate*, VII, a cura di Cendon, Torino, 2007, pp. 325 ss.

¹⁶³ F. ALCARO, *Note in tema di trascrizione del preliminare*, in *Vita not.*, 2, 1997, p. 607

¹⁶⁴ C. CHESSA, *Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1998, p. 999

¹⁶⁵ App. Venezia, 5 maggio 1998, in *Fall.*, 1998, 826, con nota di ABATE, in *Foro it.*, 1991, I, 1640, e in *Arch. locazioni*, 1999, 831