



TESI SEMPLICE

TESI DI LAUREA

**IL CONTRATTO PRELIMINARE NELLA DOTTRINA
E NELLA GIURISPRUDENZA**

WWW.TESISEMPLICE.IT

SOMMARIO

| | |
|---|----|
| INTRODUZIONE | 3 |
| CAPITOLO 1: IL CONTRATTO PRELIMINARE | 6 |
| 1.1 NATURA DEL CONTRATTO PRELIMINARE | 6 |
| 1.2 GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO PRELIMINARE..... | 9 |
| 1.2.1 Accordo | 9 |
| 1.2.2 Causa | 11 |
| 1.2.3 Forma | 14 |
| 1.2.4 Oggetto | 17 |
| 1.2.5. Termine | 21 |
| 1.3 RAPPORTI TRA PRELIMINARE E DEFINITIVO..... | 25 |
| 1.4 IL PRELIMINARE DI PRELIMINARE | 27 |
| | |
| CAPITOLO 2: INVALIDITA', RISOLUZIONE E RESCISSIONE | 31 |
| 2.1 L'INVALIDITA' DEL PRELIMINARE | 31 |
| 2.2 LA RISOLUZIONE DEL PRELIMINARE | 35 |
| 2.2.1 Risoluzione per inadempimento | 35 |
| 2.2.2 Risoluzione per impossibilità sopravvenuta | 39 |
| 2.2.3 Risoluzione per eccessiva onerosità | 44 |

| | |
|---|-----------|
| 2.3 RESCSSIONE DEL PRELIMINARE E TERMINI DI PRESCRIZIONE | 47 |
| CAPITOLO 3: I SOGGETTI | 52 |
| 3.1 PERSONE FISICHE | 52 |
| 3.2 PERSONE GIURIDICHE | 56 |
| 3.3 ENTI PUBBLICI | 58 |
| CAPITOLO 4: LA PUBBLICITA' DEL PRELIMINARE | 60 |
| 4.1 I CONTRATTI PRELIMINARI SOGGETTI A TRASCRIZIONE | 60 |
| 4.2 LA TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE DI UN IMMOBILE DA COSTRUIRE | 65 |
| BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA | 75 |

INTRODUZIONE

Il lavoro di questa tesi ha, come scopo, quello di approfondire lo studio sul contratto preliminare.

In particolare, nel primo capitolo analizzeremo il contratto preliminare, la natura, i suoi elementi e i rapporti con il contratto definitivo.

Con l'approvazione del codice civile, nel 1942, arriva il riconoscimento del contratto preliminare all'art. 1351, comma II, anche se tale riconoscimento non ha ricevuto una regolamentazione omogenea anzi: la disciplina del preliminare è molto disordinata. L'istituto del preliminare non è ben determinato, e le norme che ad esso si collegano devono essere individuate in diverse parti del codice civile.

Anche se non viene conferita una definizione precisa, il codice civile fa direttamente o implicitamente riferimento al contratto preliminare in varie disposizioni: l'art. 1351, denominato «*contratto preliminare*», che disciplina la forma di tale fattispecie; l'art. 2645 bis, riguarda la trascrizione del contratto preliminare; l'art. 2652 impone la trascrizione della domanda giudiziale avente ad oggetto l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre; l'art. 2932, che regola l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Il preliminare come strumento di circolazione dei diritti è configurabile, infatti, come un «*cantiere attivo*», nell'ambito del quale agiscono diversi operatori.

C'è, comunque, da dire che sia la dottrina, sia la giurisprudenza, ed anche il legislatore, hanno contribuito a produrre una sorta di disordine che impera sulla materia.

È, quindi, un contratto la cui funzione si manifesta nel promuovere la successiva conclusione di un distinto contratto e con essa si esaurisce; la funzione del contratto preliminare è quella di impegnare i contraenti alla successiva stipula di un contratto definitivo.

Una parte della dottrina lo definisce contratto a «*struttura neutra*» ossia può avere ad oggetto la stipulazione futura di contratti aventi diversa natura, quali compravendita, locazione, transazione, appalto, lavoro, e via discorrendo.

Questo non vuol dire che è possibile stipulare preliminare vietato dalla legge, il quale porterebbe con sé un vizio di nullità collegato all'oggetto impossibile e/o alla causa illecita.

Nella seconda parte della tesi si affronta il momento patologico del contratto preliminare, quale l'invalidità, la rescissione e la risoluzione.

L'invalidità, che può produrre nullità o annullabilità, è una sanzione; rescissione e risoluzione sono dei rimedi.

La distinzione tra nullità e annullabilità consiste nel fatto che il contratto annullabile perde efficacia se la parte che ne ha diritto chiede e ottiene l'annullamento, il contratto nullo non ha efficacia fin dal momento in cui origina.

Un contratto nullo è un contratto contrario a norme imperative, quindi manca di uno dei requisiti previsti dall'articolo 1325 del codice civile; la nullità è la patologia contrattuale più grave, sostanziandosi in una sanzione in grado di far venire meno gli effetti prodotti, come se lo stesso contratto non fosse mai esistito.

L'azione di nullità è imprescrittibile e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e rilevata, anche di ufficio, da parte del giudice; inoltre, non è sanabile, né convalidabile, salvo che la legge non disponga diversamente, e la stessa si estende all'intero contratto.

L'altra causa di invalidità contrattuale è l'annullabilità.

Tra le cause di annullabilità del contratto si rileva l'incapacità di una delle parti e il consenso dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo,

Ovviamente, per essere causa di annullamento l'errore deve essere essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

È, sostanzialmente, considerata una patologia meno grave riguardo alla nullità e che può essere fatta valere esclusivamente su istanza della parte interessata; è soggetta a un termine di prescrizione quinquennale.

Rescissione e risoluzione sono rimedi esperibili da uno dei contraenti.

La rescissione, istituto diretto a tutelare il cosiddetto «sinallagma genetico» del contratto, è regolamentata dagli artt. 1447-1452, cod. civ., e rappresenta un rimedio finalizzato ad ovviare ad un contesto di alterazione della libertà negoziale di uno dei contraenti

La rescissione può chiedersi per anomalie occorse al momento della sottoscrizione del contratto: A) Quando uno dei contraenti si trovi in uno «*stato di pericolo*», circostanza nota alla controparte, che per tale motivo ottiene condizioni contrattuali inique; B) Quando una delle parti si trovi in «*stato di bisogno*», di cui la controparte ha approfittato per trarne vantaggio, ed il contratto produce una sproporzione tra le prestazioni; in tal caso, lo stato di bisogno deve perdurare sino alla proposizione della domanda di rescissione.

La risoluzione del contratto, regolamentata dagli artt. 1453 e ss. del codice civile, è un istituto che si riguarda una disfunzione del rapporto contrattuale sopravvenuta; è lo scioglimento del vincolo contrattuale contemplato a favore della parte non inadempiente, quando l'altra invece sia colpevole di inadempimento, nonché previsto in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione e sopravvenuta eccessiva onerosità.

A differenza di quanto si verifica nei casi di nullità e annullabilità, la risoluzione opera anche se al momento iniziale della formazione, il contratto era stato validamente stipulato ed era esente da vizi.

Nella terza parte si qualificano le parti del preliminare; infatti, nei requisiti essenziali del contratto definitivo si acclude l'indicazione delle parti, che deve già sussistere nel momento in cui il contratto viene stipulato.

Per parte si intende il «*centro di interessi*» rispetto ai quali si producono gli effetti del contratto.

La parte contrattuale può essere rappresentata da una persona fisica o giuridica, ma può essere anche plurisoggettiva, ossia costituita da una pluralità di persone.

Nella quarta parte si esamina la disciplina della trascrizione del contratto preliminare, strumento che garantisce la certezza delle situazioni giuridiche soggettive.

La trascrizione, disciplinata dagli artt. 2643-2696 cod. civ., è lo strumento di pubblicità definito dall'ordinamento per rendere certi i fatti che riguardano i beni immobili e i beni mobili registrati.

Scopo principale della trascrizione è quella di liberare il conflitto fra più aventi causa rendendo gli effetti di un atto opponibili «*erga omnes*».

CAPITOLO 1: IL CONTRATTO PRELIMINARE

1.1 NATURA DEL CONTRATTO PRELIMINARE

Il contratto preliminare è il contratto che ha ad oggetto l'obbligo di perfezionare un successivo contratto, comunque previsto nei suoi elementi essenziali.

Il codice civile non contempla una definizione del contratto preliminare, ma disciplina soltanto alcuni aspetti, quali la forma (art. 1351 c.c.), la trascrizione (art. 2652, n. 2, c.c.) e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto (art. 2932 c.c.)¹.

L'articolo 1351 disciplina la forma del preliminare, stabilendo che il contratto preliminare deve essere fatto nella stessa forma del definitivo, pena la nullità del primo (cd. forma per *relationem*).

Il legislatore è, successivamente, tornato a regolamentare il contratto preliminare, con il D.L. 31 669/96 che ha introdotto l'art. 2645 bis c.c., il quale prevede la trascrivibilità di talune categorie di contratti preliminari; con l'art. 2775 bis c.c., che riconosce al promissario acquirente un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del preliminare nel caso di mancata esecuzione del preliminare trascritto; con l'art. 2825 bis c.c. che prevede la prevalenza dell'ipoteca, iscritta a garanzia di finanziamento relativo alla costruzione di edifici, sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollato con il preliminare².

In ultimo, il D.Lgs.122/05 è intervenuto a regolamentare il preliminare di vendita avente ad oggetto immobili da costruire, prevedendo una serie di norme a garanzia del promissario acquirente nei confronti dei rischi di insolvenza del costruttore³.

¹ Gambaro A., Morello U., *Lezioni di diritto civile: casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano Giuffrè, 2013, pp. 172 e ss.

² "Disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997", GU n.305 del 31-12-1996.

³ "Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a

norma della legge 2 agosto 2004", n. 210, GU n.155 del 6-7-2005.

Non esiste una nozione di preliminare di origine normativa; è stato compito della dottrina configurarne i contorni: *«Dal preliminare nasce dunque in tal caso a carico del promittente alienante l'obbligo di far conseguire al promittente acquirente la proprietà della cosa, nasce cioè un obbligo di dare, al quale sono strumentali la nascita e l'adempimento degli obblighi necessari a questo fine. Ciò significa che vi è bensì diversità tra preliminare di vendita e vendita, ma non già sul piano obbligatorio, quanto dal punto di vista del solo modus acquirendi che, in caso di vendita, coincide con il titulus, mentre in caso di preliminare si identifica con il definitivo, secondo il modello romanistico. Il promittente alienante dovrà dunque - al pari del venditore - procedere alla individuazione della cosa generica, far sì che la cosa futura venga ad esistenza o che la cosa altrui sia acquistata dal promittente acquirente»* (GAZZONI)

La natura del preliminare come contratto ad efficacia obbligatoria è confermata, oltre che dalla dottrina, anche dalla giurisprudenza: *«Trova quindi applicazione il seguente e condivisibile orientamento giurisprudenziale: "nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile "ad usucapionem", salvo la dimostrazione di un'intervenuta "intersersio possessionis" nei modi previsti dall'art. 1141 cod. civ.."* (Cass. sez. un. sent. n. 7930 del 27.3.2008; nella stessa direzione si vedano, successivamente, Cass. civ. sent. n. 1296 del 25.1.2010 e Cass. civ. sent. n. 9896 del 26.4.2010). *esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile ad usucapionem, a meno che non vi sia la dimostrazione di un'intervenuta intersersio possessionis»*⁴.

⁴ Trib. Campobasso 17 settembre 2014 n. 698, in www.ilmerito.it

Dal contratto preliminare va tenuto distinto il preliminare improprio o compromesso, il quale è considerato un contratto definitivo immediatamente efficace, ma che contempla l'impegno di rinnovare il consenso in una forma determinata.

Questa distinzione con il preliminare improprio è stata ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità: «*Sia in dottrina che in giurisprudenza è nota poi la differenza intercorrente tra il contratto preliminare proprio (quello sopra menzionato) e quello cd. "improprio", in cui le parti, nell'assumere l'obbligo della prestazione del consenso al contratto definitivo, convengono l'anticipata esecuzione di alcune delle obbligazioni nascenti dal contratto (da qui la definizione di tale figura contrattuale, come contratto ad effetti anticipati) quale la consegna immediata del bene al promissario acquirente, con o senza corrispettivo. Tale particolare tipo di atto di fatto è equiparabile al definitivo in quanto ha un effetto traslativo immediato, fermo l'obbligo per le parti di riprodurre il consenso in una forma determinata (soprattutto ai fini della trascrizione). Si tratta di una figura contrattuale molto diffusa nella pratica delle transazioni immobiliari avente la recondita finalità di non manifestare nell'atto pubblico, per ragioni fiscali, il reale contenuto dell'atto..... Come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza di questa Corte, in relazione a tale peculiare figura contrattuale con la quale le parti, nell'assumere l'obbligo della prestazione del consenso al contratto definitivo, convengono l'anticipata esecuzione di alcune delle obbligazioni nascenti dal contratto, quale la consegna immediata del bene al promissario acquirente, con o senza corrispettivo, si afferma che la disponibilità del bene ha luogo con la piena consapevolezza da parte dei contraenti che l'effetto traslativo non si è ancora verificato, risultando piuttosto dal titolo l'altruità della cosa (v. da ultimo Sez. 1^a 9.6.2011 n. 12634, Rv. 618361; conforme S.U. 27.3.2008 n. 7930, Rv. 602815)»⁵*

Il contratto preliminare, invece, pur essendo un contratto in sé perfetto, ricopre una funzione preparatoria per il contratto definitivo; viene definito quindi preliminare proprio.

⁵ Cass. civ., 26 luglio 2017 n. 18408, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

1.2 GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO PRELIMINARE

1.2.1 Accordo

Il contratto preliminare ha, con i contratti normativi e programmatici, il collegamento ad accordi futuri, dei quali determina il contenuto nei suoi contorni essenziali.

L'accordo è uno degli elementi essenziali del contratto.

L'articolo 1321 cod. civ. definendo il contratto come *«l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»*, non conferisce una nozione di accordo⁶.

Secondo la dottrina, quella dell'accordo sarebbe una categoria ampia nella quale è ricompreso il contratto.

Il contratto è dunque un accordo, e ciò è confermato dall'articolo 1325 cod. civ. che lo include tra i requisiti essenziali del contratto, tanto che la sua assenza può produrre la nullità della fattispecie negoziale.

Così, nella giurisprudenza di legittimità l'accordo è elemento essenziale alla configurazione del preliminare: *«Si ritiene necessario premettere, come evidenziato anche da parte convenuta, che il preliminare di vendita è un contratto "preparatorio" al definitivo e come tale deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto, ovvero l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma. Nella fattispecie concreta tutti gli elementi essenziali sono presenti nel contratto preliminare, per cui non può ritenersi inficiato da alcun vizio. Si precisa, infatti, che la mancanza di indicazione del termine entro cui stipulare il definitivo, non è da considerare elemento essenziale del contratto ed in sua assenza è possibile ricorrere all'art. 1183 c.c., come pacificamente affermato dalla consolidata giurisprudenza, richiamata anche da parte convenuta. In particolare, secondo la Suprema Corte, "Il contratto preliminare è fonte di obbligazione al pari di ogni altro contratto ed il suo particolare oggetto, cioè*

⁶ <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>

l'obbligo di concludere il contratto definitivo, non esclude che, ove non sia fissato un termine né in sede convenzionale, né in sede giudiziale, sia applicabile, ai sensi dell'art. 1183 cod. civ., la regola dell'immediato adempimento ("quod sine die debetur statini debetur"). Ne consegue che, a norma degli artt. 2934, 2935 e 2946 cod. civ., l'inattività delle parti, protrattasi per oltre dieci anni da quando il diritto alla stipulazione del contratto definitivo poteva essere fatto valere, comporta l'estinzione del diritto medesimo per prescrizione»⁷ ed anche nella giurisprudenza di merito: «Ad ogni modo il Tribunale ritiene che il contratto preliminare oggetto di causa è pienamente valido ed efficace, risultando pacifico in giurisprudenza che, "ai fini della validità del contratto preliminare, non è indispensabile la completa e dettagliata indicazione di tutti gli elementi del futuro contratto, risultando sufficiente l'accordo delle parti su quelli essenziali; in particolare, nel preliminare di compravendita immobiliare, per il quale è richiesto "ex lege" l'atto scritto come per il definitivo, è sufficiente che dal documento risulti, anche attraverso il riferimento ad elementi esterni, ma idonei a consentirne l'identificazione in modo inequivoco, che le parti abbiano inteso fare riferimento ad un bene determinato o, comunque, determinabile, la cui indicazione pertanto, attraverso gli ordinari elementi identificativi richiesti per il definitivo, può anche essere incompleta o mancare del tutto, purché l'intervenuta convergenza delle volontà sia anche "aliunde" o "per relationem" logicamente ricostruibile" (cfr. Cassazione civile sez. II, 10/05/2018, n. 11297, Cass. 1.2.2013, n. 2473; Cass. 30.5.2003, n. 8810)»⁸.

⁷ Cass. civ. Sez. II, Sent., 30-06-2011, n. 14463, in pluris-cedam.utetgiuridica.it

⁸ Tribunale Nola, Sezione 1, Civile, Sentenza 8 gennaio 2020, n. 18, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

1.2.2 Causa

La causa è lo scopo che si vuole conseguire attraverso il negozio giuridico, è la funzione economico sociale del contratto.

La causa del contratto è da sempre un tema discusso.

Il codice civile in vigore non prevede alcuna norma volta a circoscrivere la causa del contratto; in tutti i casi, l'articolo 1325 cod. civ. la elenca tra gli elementi essenziali del contratto stesso⁹.

Il concetto di causa quale elemento genetico essenziale del contratto costituisce uno dei più dibattuti dell'esperienza giuridica contemporanea, rappresentando un tema arduo nell'alveo della teoria del diritto.

Il contratto rappresenta lo strumento giuridico per mezzo del quale le parti possono costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche patrimoniali.

La causa, quindi, è un elemento incluso nel contesto di un'operazione economico-patrimoniale affinché sia tutelata dall'ordinamento¹⁰.

Dal preliminare, quindi, non originerebbe un'obbligazione di dare o di fare ma un'obbligazione di prestare il consenso alla quale le parti potrebbero non darvi seguito, nel caso in cui tra la redazione del preliminare e quella del definitivo dovessero emergere fatti in grado di incidere, in maniera negativa, sugli interessi tutelati alla stipula del preliminare.

Una parte della dottrina considera la funzione del preliminare necessaria a consentire la riproduzione o la ripetizione del regolamento di interessi predisposto dalle parti in una forma più adeguata alle loro esigenze (MONTESANO).

⁹ Mancarelli P. *La forma del contratto*, Vicalvi, Key, 2018, p. 23.

¹⁰ Bessone M., Roppo E., *Il problema della causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione*, in Università di Genova Facoltà di giurisprudenza Annali, 1972, fasc. 2, pp. 555-562.

Questa tesi determina, però, lo svilimento del contratto definitivo, conferendogli natura di semplice atto dovuto, finendo con l'equiparazione della figura del contratto preliminare vero e proprio con quella del cd. preliminare improprio, il quale produce subito tutti gli effetti che le parti hanno convenuto.

La funzione del preliminare è, di conseguenza, quella di bloccare l'affare che le parti vogliono raggiungere, quando ancora i termini dell'accordo definitivo non sono stati specificati.

La tesi che considera il preliminare e il definitivo collegati ma portatori ciascuno di autonomia negoziale delle parti, è ribadita dalla giurisprudenza di legittimità: *«E' principio consolidato che il definitivo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni e che, nell'interpretazione del contratto, il ricorso a criteri interpretativi sussidiari può farsi solo quando quelli principali, letterale e del collegamento logico, siano inadeguati all'accertamento della comune volontà delle parti. I giudici di appello hanno correttamente applicato questo principio consolidato, in quanto il preliminare, determinando solo l'obbligo reciproco della stipulazione del definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare. Questa suprema Corte non ignora il diverso orientamento di parte della dottrina che, sulla scorta della teoria procedimentale, valorizza il momento del preliminare, in quanto regolativo dei futuri assetti contrattuali, ma rileva che la giurisprudenza è costantemente orientata nel senso che il contratto definitivo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare»*¹¹.

La tesi tradizionale, invece, considera una totale autonomia tra i due contratti, ritenendo il contratto definitivo fornito di un'unica causa variabile in base al tipo di operazione economica che si vuole perseguire: *«Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte, dal quale non vi è motivo di dissentire, nel caso in cui le parti, dopo avere stipulato un contratto preliminare, abbiano stipulato il contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei*

¹¹ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 30 settembre 2009 n. 20989, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina puo' anche non conformarsi a quella del preliminare, senza che per cio' sia necessario un distinto accordo novativo, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva (Cass. 114-2007 n. 15585)»¹².

Una terza tesi, cosiddetta del doppio contratto, considera il definitivo titolare di una doppia causa; una corrispondente all'operazione economica voluta, ed un'altra, corrispondente alla funzione solutoria del contratto preliminare: *«E' così maturato progressivamente il convincimento che l'impegno assunto con il preliminare non ad esaurisce nello scambio dei consensi richiesto per la stipulazione del contratto definitivo. Non solo perché l'interesse delle parti è diretto alla realizzazione dell'operazione economica programmata, rispetto alla quale il contratto definitivo assume un rilievo meramente strumentale. Ma (e soprattutto) perché la conclusione di detto contratto non è neppure indispensabile per il raggiungimento del risultato perseguito dalle parti, avendo il legislatore previsto che lo stesso obiettivo possa essere raggiunto mediante la pronuncia di una sentenza produttiva degli effetti del contratto "non concluso" (art. 2932 c.c.). Il contratto preliminare e quello definitivo, pur rimanendo distinti, si configurano pertanto quali momenti di una sequenza procedimentale diretta alla realizzazione di un'operazione unitaria (Cass. 27 giugno 1987, n. 5716). E in termini non diversi si pongono i rapporti tra il contratto preliminare e la sentenza destinata a surrogare il contratto "non concluso", dal momento che la natura giurisdizionale dell'atto non esclude che il rapporto da essa derivante abbia pur sempre natura contrattuale. Questo spiega, tra l'altro, perché (superando il dogma della immodificabilità del contratto preliminare, il quale postula che l'assetto definitivo dell'operazione coincida esattamente con quello prefigurato nel preliminare) sia stata ammessa dalle sentenze appena ricordate, in presenza di difformità non sostanziali e di vizi incidentali (non sulla sua effettiva utilizzabilità, ma*

¹² Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 30 aprile 2013, n. 10209, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

solo) sul relativo valore e su qualche secondaria modalità di godimento, la possibilità di introdurre, nel giudizio promosso ai sensi del citato art. 2932 c.c., domande dirette a modificare o ad integrare il contenuto delle prestazioni delle parti»¹³.

1.2.3 Forma

L'art. 1351 cod. civ. dispone che «*Il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo*».

La sanzione della nullità costituisce la conseguenza dei limiti imposti dal legislatore all'autonomia privata, i quali si dimostrerebbero inutili se fosse poi possibile eluderli con facilità.

La regola è necessaria affinché gli effetti del definitivo possano realizzarsi, in base a quanto stabilito dall'articolo 2932 cod. civ.: «*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. 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, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile*»¹⁴.

Nei contratti per i quali è prescritta la forma scritta *ad substantiam*, la volontà comune delle parti deve avere tale forma esclusivamente nella parte riguardante gli elementi essenziali, che devono risultare dall'atto stesso.

In pratica, nei contratti dove è prevista la forma scritta *ad substantiam*, la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma soltanto nella parte riguardante gli elementi essenziali.

¹³ Corte di Cassazione, Sezione U, Civile, Sentenza, 7 luglio 2004, n. 12505, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

¹⁴ <https://www.altalex.com/documents/news/2014/05/19/della-tutela-giurisdizionale-dei-diritti>

La necessità della forma scritta è ribadita anche dalla giurisprudenza di merito:

«Invero, come chiarito di recente dalla giurisprudenza di legittimità, "ove tale patto abbia ad oggetto beni immobili, esso deve risultare da un atto avente forma scritta "ad substantiam", atteso che esso è sostanzialmente equiparabile ad un contratto preliminare", per il quale l'art. 1351 c.c. impone la stessa forma del contratto definitivo; "nè l'atto scritto può essere sostituito da una dichiarazione confessoria proveniente dall'altra parte, non valendo tale dichiarazione nè quale elemento integrante il contratto né - anche quando contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto - come prova del medesimo" (Cass. n. 10163/2011 e Trib. Milano IV Sezione Civile giudice Ro. n. 412/14)»¹⁵.

«Deve premettersi che in tema di stipulazione del contratto, anche preliminare, il requisito della forma "ad substantiam" è soddisfatto anche mediante scritti non contestuali, non essendo indispensabile la compresenza fisica delle parti stipulanti, né l'adozione di particolari formule sacramentali, bensì sufficiente che dal contesto documentale complessivo sia desumibile l'incontro della volontà delle parti, costituito da una proposta e dalla relativa accettazione, dirette a contrarre il vincolo giuridico de quo. Quest'ultimo, nell'ipotesi di un contratto preliminare, si sostanzia nell'assunzione dell'impegno alla futura stipula, in un contesto che consenta l'individuazione degli elementi essenziali del contratto definitivo, come può avvenire allorquando l'iniziale proposta d'acquisto venga sottoscritta per accettazione, con conseguente incontro della volontà delle parti e conclusione del contratto all'atto in cui il proponente viene a conoscenza di tale adesione (Cass. 2005/20653)»¹⁶

e da quella di legittimità: *«La necessità che il contratto preliminare rivesta la medesima forma prescritta per quello definitivo, concerne soltanto il caso che una determinata forma sia stabilita dalla legge e non pure quella in cui essa sia stata prevista dalle parti per un contratto per il quale la legge nulla dispone con la*

¹⁵ Tribunale, Pescara, Civile, Sentenza, 17 febbraio 2020 n. 193, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

¹⁶ Tribunale Milano, Sezione 4, Civile, Sentenza, 8 febbraio 2013 n. 1940, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

conseguenza che, operando in tale ipotesi il principio della libertà di forme, è valido il preliminare di mutuo stipulato oralmente, ancorchè le parti abbiano previsto, per il contratto definitivo l'atto pubblico»¹⁷.

«La risoluzione consensuale di un contratto, riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari, è soggetta al requisito della forma scritta ad substantiam non soltanto quando il contratto da risolvere sia definitivo e, quindi, il contratto risolutorio rientri nella espressa previsione dell'articolo 1350 del codice civile, ma anche quando detto contratto da risolvere sia preliminare, tenuto conto che la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare all'indicata forma, ai sensi dell'articolo 1351 del codice civile, da ravvisare nell'incidenza che il preliminare spiega su diritti reali immobiliari, sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazioni, si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso, con la conseguenza che, anche rispetto ad esso, non è ammissibile la prova testimoniale»¹⁸.

La mancanza della forma rende inesequibile in forma specifica il contratto preliminare; infatti, la nullità del preliminare per difetto di forma inibisce il ricorso a quanto previsto all'art. 2932 cod. civ. .

¹⁷ Cassazione civile, sez. III, 18 giugno 1981, n. 3980, in Mass. GI, 1981.

¹⁸ Corte di Cassazione, Sezione U, Civile, Sentenza, 28 agosto 1990, n. 8878, in Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

1.2.4 Oggetto

Anche se la nozione di oggetto riprende quella di cosa, secondo quanto stabilito dall'articolo 1346 cod. civ., è evidente che non si fa riferimento alla cosa materiale. La cosa è solo un termine esterno al contratto e, di conseguenza, non può essere annoverato come elemento del contratto.

L'oggetto del contratto si identifica con la prestazione e con qualsiasi cosa le parti siano obbligate a fare, a dare o a non fare¹⁹.

L'oggetto del preliminare andrebbe identificato, secondo l'impostazione maggiormente condivisa, con la prestazione cui il contratto medesimo si riferisce.

Il concetto di prestazione andrebbe inteso in senso ampio, ossia inclusivo di ogni modificazione materiale di situazioni giuridiche conseguenti al contratto (MIRABELLI).

Una buona parte della dottrina assimila il bene con l'oggetto del contratto, con la conseguenza che bene e oggetto si identificano.

Inoltre, viene fatta una distinzione tra oggetto diretto o immediato, e oggetto indiretto o mediato.

Per oggetto diretto si fa riferimento ad una prestazione di fare o di non fare.

L'oggetto indiretto, invece, è rappresentato dal bene.

La giurisprudenza ha più volte riconosciuto la validità del contratto preliminare che abbia un contenuto minimo, purché di esso sia possibile un completamento mediante l'opera giudiziale d'integrazione ed interpretazione.

In tutti i casi, non è consentito rimandare al contratto definitivo la definizione dell'oggetto del contratto.

¹⁹ Gabrielli E., *Il problema del contenuto e dell'oggetto-nel "Contratto"* di Cesare Massimo Bianca, in Rivista di Diritto Civile n. 3/2020, pp. 572-587.

Infatti, se l'oggetto del preliminare è un bene immobile è indispensabile che siano determinati o determinabili tutti gli elementi oggettivi, come ad esempio i dati catastali, i confini e comunque tutti quegli estremi idonei ad identificare il bene promesso in vendita.

Questo concetto è confermato dalla giurisprudenza di legittimità: « *Va ribadito che nei contratti in cui è richiesta la forma scritta "ad substantiam", l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile sulla base degli elementi risultanti dal contratto stesso, non potendo farsi riferimento ad elementi estranei ad esso. Ne consegue che ove le parti di una compravendita immobiliare abbiano fatto riferimento, per individuare il bene, ad una planimetria allegata all'atto, è necessario che essa non solo sia sottoscritta dai contraenti, ma sia anche espressamente indicata nel contratto come facente parte integrante del contenuto dello stesso (Cass. n. 2900/89; n. 1165/2000; n. 5028/2007). La Corte territoriale, con motivazione aderente a tali principi, ha affermato che la planimetria indicata era di molto antecedente al contratto e doveva ritenersi superata dalla modifica dello stato dei luoghi nel frattempo intervenuta, con suddivisione in due unità, e apertura di un separato accesso sulle scale, come accertato dal C.T.U., e, quindi, non essendo stata essa neanche allegata al contratto di vendita, non poteva "essere ritenuta rappresentativa dello stato dei luoghi, esistente al momento della vendita, peraltro conosciuto dall'acquirente al momento della conclusione del contratto"»²⁰.*

«*Nei contratti in cui è richiesta la forma scritta "ad substantiam", l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile sulla base degli elementi risultanti dal contratto stesso, non potendo farsi ricorso ad elementi estranei ad esso. Ne consegue che se le parti di una compravendita immobiliare hanno fatto riferimento, per individuare il bene, ad una planimetria allegata all'atto, è necessario che essa non solo sia sottoscritta dai contraenti, ma sia anche espressamente indicata nel*

²⁰ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 9 ottobre 2014, n. 21352, in *Il Sole 24 Ore*, Mass. Repertorio Lex24.

contratto»²¹.

«Trattandosi, infatti, di contratto preliminare di vendita che pur avendo natura obbligatoria, è attinente al trasferimento dei diritti reali e richiede, perciò, la forma scritta ad substantiam ex art. 1351 c. c., gli elementi identificativi del bene oggetto del contratto debbono essere frutto del consenso delle parti che, proprio per la natura formale del negozio, non può manifestarsi al di fuori dell'atto scritto; da ciò l'irrilevanza del comportamento delle parti non conforme all'atto scritto, comportamento del quale, nel caso di specie, non è neppure possibile verificare la suddetta conformità dal momento che l'atto non fornisce elementi atti ad operare il confronto»²².

Nel caso di compravendita di immobili, in cui si configuri un iniziale indeterminatezza dell'oggetto del preliminare, il contratto può comunque ritenersi valido attraverso atti successivi: *«La vendita alternativa (o di genere limitato) e` configurabile anche per gli immobili allorchè le parti concordino di trasferire una determinata estensione immobiliare da distaccarsi da un'entità di maggiori dimensioni. Il contratto in tal modo concluso, di natura obbligatoria, acquista effetti reali allorquando si procederà alla concreta individuazione del bene venduto sulla base della scelta che dovrà operare il soggetto indicato nel contratto stesso e, ove si tratti di preliminare, questo viene a porsi come preparatorio di un contratto ad effetti esclusivamente obbligatori, in relazione al quale soltanto si pone il problema della scelta e della forma che deve assumere, trattandosi di immobili»²³.*

Ed ancora: *«Ai fini della validità del contratto preliminare, non è indispensabile la completa e dettagliata indicazione di tutti gli elementi del futuro contratto, risultando sufficiente l'accordo delle parti su quelli essenziali. In particolare, nel preliminare di*

²¹ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 5 marzo 2007, n. 5028, CED, Cassazione, 2007.

²² Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 27 gennaio 2004, n. 1432, in Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

²³ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 27 giugno 1987 n. 5716, CED, Cassazione, 1987.

compravendita immobiliare, per il quale è richiesto "ex lege" l'atto scritto come per il definitivo, è sufficiente che dal documento risulti, anche attraverso il riferimento ad elementi esterni, ma idonei a consentirne l'identificazione in modo inequivoco, che le parti abbiano inteso fare riferimento ad un bene determinato o, comunque, determinabile, la cui indicazione pertanto, attraverso gli ordinari elementi identificativi richiesti per il definitivo, può anche essere incompleta o mancare del tutto, purché, l'intervenuta convergenza delle volontà sia anche "aliunde" o "per relationem", logicamente ricostruibile. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che aveva negato valore di contratto preliminare ad un "impegno di rogito", sottoscritto dalle parti davanti al giudice di pace, nonostante esso contenesse le puntuali indicazioni dell'immobile da trasferire e ne determinasse il prezzo tramite rinvio alla stima di un consulente tecnico d'ufficio)»²⁴.

Quanto previsto dall'articolo 1351 cod. civ. deve essere osservato anche per le relative modifiche che riguardino parti significanti del contratto: *«Quando per un determinato negozio giuridico è richiesta la forma scritta ad substantiam, come ai sensi degli articoli 1350 e 1351 c.c., nell'ipotesi di un preliminare di vendita immobiliare la forma scritta è necessaria anche per la successiva modifica (nel caso concreto l'individuazione dell'appartamento) del contratto. Conseguentemente, la dimostrazione di detta modifica deve essere fornita solo per via documentale, non essendo consentite né la prova testimoniale né quella per presunzioni, né la stessa confessione delle parti ed ancor meno una consulenza tecnica»*²⁵.

«Quando per un determinato negozio giuridico è richiesta la forma scritta a pena di nullità, come nell'ipotesi di un preliminare di vendita immobiliare, tale forma è necessaria anche per la successiva modifica del contratto, e quindi anche per l'individuazione dell'immobile inizialmente non (completamente) determinato.

²⁴ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 1 febbraio 2013, n. 2473, CED, Cassazione, 2013.

²⁵ Cassazione 24 novembre 1980 n. 6231, in Massimario di Giustizia civile, 1980, 11.

Conseguentemente, la dimostrazione di detta modifica può essere fornita solo per via documentale, non essendo consentite né la prova testimoniale né quella per presunzioni, né la stessa confessione delle parti ed ancor meno una consulenza tecnica»²⁶.

1.2.5. Termine

Il termine è l'evento futuro e certo da cui trae origine l'efficacia del negozio o la sua caducazione; è un elemento accidentale del contratto, in quanto è liberamente disponibile dalle parti, e non necessariamente viene contemplato nel contratto.

Il codice civile non prevede una regolamentazione specifica del termine, prevedendo solo il termine di pagamento e il computo dei termini di prescrizione.

L'aggiunta del termine al contratto preliminare è nodale al fine di inquadrare nel tempo l'interesse delle parti alla redazione del definitivo.

Il termine, oltre a definire la durata dell'efficacia del contratto, rappresenta anche il limite di scadenza di una tipica obbligazione contrattuale.

Il contratto preliminare, avente per oggetto un contratto futuro, configura un'obbligazione a termine; mancando il termine, è come se una parte si obblighi in maniera definitiva a vantaggio dell'altra.

Il termine imposto dalle parti in un contratto preliminare per la stipulazione del contratto definitivo ricopre il ruolo di «*termine di adempimento*», il che significa che le parti sono obbligate, in quello spazio di tempo, a prestare il consenso per la redazione del contratto definitivo; nel caso in cui una parte risulti inadempiente non implica, però, la risoluzione del preliminare: *«Il collegamento negoziale si qualifica come un fenomeno incidente direttamente sulla causa dell'operazione contrattuale che viene posta in essere, risolvendosi in una interdipendenza funzionale dei diversi atti negoziali rivolta a realizzare una finalità pratica unitaria. Al fine di acquisire autonoma rilevanza giuridica, specie nel caso in cui le parti contrattuali siano diverse e laddove la connessione rifletta l'interesse soltanto di uno dei contraenti, è necessario, tuttavia, che il nesso teleologico tra i negozi o si traduca nell'inserimento*

²⁶ App. Cagliari 3-7-1986, RGS, 1987, 356.

di apposite clausole di salvaguardia della parte che vi ha interesse ovvero venga quantomeno esplicitato ed accettato dagli altri contraenti, in modo da poter pretendere da essi una condotta orientata al conseguimento dell'utilità pratica cui mira l'intera operazione. (Nella specie, la S.C., alla stregua dell'enunciato principio, ha rigettato il ricorso, confermando la sentenza impugnata con la quale, in relazione ad un'azione di risoluzione di un contratto preliminare di compravendita per inosservanza del termine previsto in funzione della stipula del contratto definitivo al quale era connessa la vendita di un altro immobile in favore di terzi da parte del promissario acquirente, era stato escluso, adottandosi una motivazione logica ed adeguata, tanto l'inserimento nel preliminare di clausole contrattuali che potessero esprimere la dedotta interdipendenza tra i due contratti, quanto che un tale legame fosse noto e fosse stato condiviso e fatto proprio dagli altri contraenti)»²⁷.

Pronunce giurisprudenziali più datate, hanno definito la non essenzialità del termine, affermando che è compito del giudice appurare se lo scadere del termine indicato nel preliminare porti alla risoluzione del contratto: «*In questa prospettiva giuridica il problema della scadenza del termine non essenziale, accedente alla promessa di vendita, trova la sua esatta soluzione nell'ambito dell'art. 1453 c.c., per cui l'inadempienza può determinare la risoluzione del contratto solo se essa persista al momento della domanda. Nel sistema di detta norma la parte inadempiente ad un contratto con prestazioni corrispettive – quale è il preliminare di compravendita – può adempiere la propria obbligazione, se l'altra non le abbia intimato la diffida, sino a quando non sia stata proposta la domanda di risoluzione. In ultima analisi, nell'ipotesi di termine non essenziale, l'inadempimento di uno dei promittenti non determina di per sé la risoluzione del preliminare né la caducazione del vincolo negoziale, ma fa sorgere nella parte che ha interesse il diritto potestativo di risolvere il preliminare mediante una manifestazione di volontà che – dopo la messa in mora*

²⁷ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 16 febbraio 2007 n. 3645, Utet, *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 7, pg. 648.

*dell'inadempiente – deve essere attuata in sede giudiziale ex art. 1453 c.c.»*²⁸.

Il termine del preliminare può essere considerato come non essenziale, con la conseguenza che la parte non inadempiente potrà, alla scadenza del termine, esperire le seguenti azioni: A) chiedere domanda di risoluzione del contratto per inadempimento così come previsto dall'articolo 1453 cod. civ.; B) Opporre diniego alla stipula del contratto definitivo, a meno che la controparte non chieda una nuova data successiva alla scadenza del termine C) Ingiungere per iscritto la diffida ad adempiere entro un termine non inferiore a quindici giorni, decorso il quale il contratto potrà considerarsi risolto.

Nella condizione in cui, invece, il termine applicato al preliminare debba considerarsi come essenziale in base a quanto previsto dell'art. 1457 cod. civ., il contratto si risolve automaticamente alla scadenza del termine: *«Sul punto, la Cassazione ha statuito che l'essenzialità del termine apposto a un contratto preliminare di compravendita per la stipulazione del contratto definitivo e il pagamento del saldo del prezzo comporta, in caso di colposa inosservanza del detto termine, la risoluzione di diritto del preliminare a norma dell'art. 1457 c.c., prescindendo dall'indagine circa l'importanza dell'inadempimento. Del resto, anche a voler ritenere non essenziale detto termine, è evidente che il comportamento assunto dal convenuto ha determinato la perdita dell'interesse a concludere l'affare, tale da superare qualsiasi eccezione formulata dalla parte convenuta»*²⁹.

In base alla previsione dell'art. 2946 cod. civ., il diritto alla stipulazione del definitivo si prescrive in dieci anni: *«Il contratto preliminare è fonte di obbligazione al pari di ogni altro contratto e il suo particolare oggetto, cioè l'obbligo di concludere il contratto definitivo, non esclude che l'inattività delle parti, ove si protragga per oltre dieci anni dalla scadenza del termine, sia pur non essenziale, ivi fissato, determini, a norma degli artt. 2934, 2935 e 2946 c.c., l'estinzione del diritto medesimo, salvi gli effetti di*

²⁸ Cass. 26.01.1980, n. 652, FI, 1980, I, 1696.

²⁹ Tribunale, Napoli, Sezione 11, Civile, Sentenza, 16 marzo 2018, n. 2644, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

*eventuali atti interruttivi»*³⁰.

Inoltre, nel caso in cui la determinazione del termine per il definitivo sia rimandata alla scelta di una delle parti, l'ingiustificato ritardo di tale facoltà legittima la controparte a chiedere la definizione del termine, in base a quanto previsto dall'art. 1183 cod. civ.: «*Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice. Se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta ugualmente al giudice di stabilirlo secondo le circostanze; se è rimesso alla volontà del creditore, il termine può essere fissato su istanza del debitore che intende liberarsi*»³¹.

La Cassazione, in tal senso ha sancito come: «*Il contratto preliminare è fonte di obbligazioni al pari di ogni altro contratto e il suo particolare oggetto non esclude che, nell'ipotesi in cui la data della stipulazione del contratto definitivo non sia stata determinata né in sede convenzionale né in sede giudiziale, sia applicabile, ai sensi dell'articolo 1183 del codice civile, la regola dell'immediato adempimento, con la conseguenza che, a norma degli articoli 2932, 2934, 2935 e 2946 del codice civile, il termine di prescrizione decennale del diritto alla stipulazione di un contratto definitivo di compravendita inizia a decorrere dal giorno del pagamento, o dell'offerta di pagamento, del prezzo*»³².

³⁰ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 22 marzo 2018 n. 7180, CED, Cassazione, 2018.

³¹ <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>

³² Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 31 maggio 2018 n. 13867, Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2018, 27, p. 71, annotata da Mario Piselli.

1.3 RAPPORTI TRA PRELIMINARE E DEFINITIVO

Il preliminare comporta, per le parti, l'obbligo di adivenire alla stipulazione del definitivo.

Nell'ambito dei rapporti tra preliminare e definitivo, la dottrina ha elaborato diverse tesi³³.

Con la prima, il contratto preliminare è un contratto autonomo, differenziato dal definitivo; tra preliminare e definitivo esiste però un rapporto che può individuarsi nel cosiddetto collegamento negoziale; è con il contratto definitivo che si verifica trasferimento del diritto o l'assunzione dell'obbligazione.

In tal senso, si è espressa la Cassazione: «*Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte, dal quale non vi è motivo di dissentire, nel caso in cui le parti, dopo avere stipulato un contratto preliminare, abbiano stipulato il contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, senza che per ciò sia necessario un distinto accordo novativo, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva (Cass. 114-2007 n. 15585)*»

³⁴.

Un'altra tesi, sostenuta da Montesano, minoritaria, considera il definitivo un atto dovuto non negoziale; in sostanza, il contraente non ha né la possibilità di determinare il contenuto dell'atto, e neanche quella di decidere se contrarre o no, essendo tenuto a stipulare il definitivo.

Tra le parti si instaurerebbe un obbligo di adivenire al definitivo; gli effetti del rapporto giuridico discenderebbero esclusivamente dal contratto preliminare.

³³ Natali A. I., *Il preliminare: aspetti sostanziali e profili applicativi*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 78 e ss.

³⁴ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 30 aprile 2013, n. 10209, in plusplus24diritto.ilsole24ore.com

A sostegno di tale linea, una vecchia sentenza della Cassazione: «*Il contratto preliminare è un contratto con cui le parti graduano nel tempo le reciproche prestazioni differendo, nel caso di compravendita, l'effetto traslativo della proprietà, sicché la stipula del contratto definitivo costituisce soltanto l'adempimento delle obbligazioni assunte con il preliminare, con la conseguenza che esso e non il contratto definitivo è l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, le quali però possono, per il principio dell'autonomia negoziale, modificare gli accordi stabiliti col preliminare stesso. Tale eventuale modifica deve essere accertata in concreto e non è deducibile, in caso di preliminare di vendita di una pluralità di beni, dalla sola circostanza che il contratto definitivo abbia avuto ad oggetto soltanto alcuni di essi, sicché, ove non risulti che le parti abbiano voluto così limitare le obbligazioni reciprocamente assunte, il contratto definitivo si configura come adempimento parziale e non impedisce la risoluzione per inadempimento del preliminare*»³⁵.

La tesi del Montesano è stata contestata in quanto il definitivo non ricalca automaticamente il contenuto del preliminare, ma può apportarvi delle variazioni³⁶. C'è da considerare che, nonostante la dottrina e la giurisprudenza abbiano contrastato questa tesi, in taluni casi il rapporto tra preliminare e definitivo descritto dal Montesano è stato accolto.

La tesi preferibile è quella secondo cui la relazione tra preliminare e definitivo va creato caso per caso, al fine di accertare se i contraenti abbiano definito margini di libertà in merito a parti del contratto definitivo, oppure se quest'ultimo non sia stato configurato come un mero atto esecutivo.

Questa linea dottrina è ravvisabile in un'ordinanza della Cassazione del 2017: «*In tema di compravendita, in caso di discordanza tra il contenuto di un contratto preliminare e quello di un contratto definitivo, prevale il contratto definitivo, a meno che le parti non abbiano manifestato la volontà di far salve talune clausole del*

³⁵ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 18 novembre 1987 n. 8486, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

³⁶ www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/03/09/contratto-preliminare

preliminare. La presunzione di conformità del nuovo contratto alla volontà delle parti, cioè, nel silenzio sul punto del contratto definitivo, può essere vinta solo dalla prova scritta di un accordo contemporaneo alla stipula del contratto definitivo. A ribadire il principio è la Cassazione in relazione al caso di un acquirente che, pagato un prezzo superiore, ovvero quello convenuto nel preliminare, rispetto a quanto riportato nel definitivo, ne aveva chiesto il rimborso adducendo l'effettuazione di un indebito. Per la Corte, vale ciò che è scritto nel definitivo, per il principio che «quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto» in quanto il contratto preliminare resta superato dal definitivo «salvo che i contraenti non abbiano espressamente previsto che» il preliminare «sopravviva»³⁷.

1.4 IL PRELIMINARE DI PRELIMINARE

In questi anni abbiamo assistito alla diffusione di alcune formule contrattuali che non hanno una precisa previsione normativa.

La formula «*preliminare di preliminare*» descrive una fattispecie di preliminare che impegna le parti alla redazione di un secondo, e successivo, preliminare da cui discendono soltanto effetti obbligatori.

Nella pratica commerciale il «*preliminare del preliminare*» è stato introdotto dalle agenzie di mediazione immobiliare, attraverso il quale si arriva alla vendita del bene mediante un percorso diverso rispetto alla procedura di formazione contrattuale tradizionale.

La figura del preliminare di preliminare è stata, spesso, obiettata e contrastata dalla dottrina.

Anche la Cassazione non si allontana dall'orientamento prevalente in materia, che propendono per l'inammissibilità, nel nostro sistema, del cd. preliminare di preliminare.

³⁷ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza, 30 agosto 2017 n. 20541, Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2017, 38, pg. 56, annotata da A.A. Moramarco.

In effetti, si ritiene che la funzione economica del preliminare vero e proprio di obbligare le parti alla futura stipula di un successivo contratto definitivo e, di conseguenza, di assegnare alle parti un'ulteriore fase di riflessione, non giustifichi la redazione di un contratto preliminare, che impegni alla stipula di un altro preliminare. In numerose pronunce giurisprudenziali, nella maggior parte dei casi, è stata negata validità a tali accordi; ad ogni modo, esso rappresenterebbe un contratto atipico a contenuto ed effetti obbligatori, diretto alla successiva stipulazione del definitivo³⁸.

«Due preliminari successivi l'uno all'altro possono quindi concepirsi solo a condizione di differenziarli. Sul piano formale, il secondo potrebbe essere concluso in forma pubblica, essendo stato preceduto da un preliminare per scrittura privata, ma si tratterebbe, allora, di un caso di ripetizione negoziale, cosicché in realtà il preliminare sarebbe unico. Sul piano sostanziale, poi, non si comprende come un secondo preliminare potrebbe essere concluso con un contenuto diverso, magari più ricco, in esecuzione di un obbligo a contrarre assunto con un precedente preliminare di contenuto più povero. Il contratto preliminare non può obbligare a concludere un successivo contratto di identico contenuto. Ove il contenuto fosse invece più ricco, ciò sarebbe il risultato di un accordo integrativo-modificativo intercorso tra le parti nelle more della stipula del secondo contratto, in piena libertà e quindi non quale frutto dell'obbligo assunto in precedenza. Dovrebbe pensarsi ad un preliminare che obblighi non già a contrarre altro preliminare, ma a trattare in vista della conclusione di tale successivo contratto, con contenuto più ricco, perché volto a disciplinare taluni punti riservati. Si tratterebbe insomma della stessa ipotesi già considerata nei rapporti tra preliminare e definitivo, riferito però a due preliminari. Non può di certo escludersi, ed anzi spesso nelle trattative complesse avviene, che il contratto finale si formi a tappe. Questa eventualità, però, sarebbe l'esito di vincoli successivi non già a contrarre, ma a contrattare, anche da questo punto di vista, non sarebbero mai ipotizzabili preliminari di preliminari; Del resto se l'esito di vincoli successivi non già a contrarre, ma a contrattare, anche da questo punto di vista, non sarebbero mai ipotizzabili preliminari di preliminari. Del resto se si considerano le fattispecie

³⁸ Cfr. Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in Dir. e Giur., 1995, 463.

giurisprudenziali che dovrebbero poter essere inquadrare nello schema del preliminare di preliminare, si scorge che, al di là delle affermazioni di principio, si era in presenza di un preliminare di definitivo o di una ripetizione negoziale o di un obbligo contrattare (...) al fine di dare un senso all'operazione, dovrebbe qualificarsi il secondo contratto come preliminare improprio. Si sarebbe allora in ogni caso in presenza di un contratto definitivo, documentato da semplice scrittura privata. Questa conclusione potrebbe essere l'esito di un'interpretazione oggettiva del contenuto del contratto, in termini di sua conservazione ai sensi dell'art. 1367 c.c., se si parte dall'idea, peraltro condivisibile, che il preliminare di preliminare non potrebbe avere effetto alcuno, perché obbligherebbe ad un "bis in idem". Non sembra dunque necessario invocare l'art. 1424 c.c. e parlare di conversione del preliminare di preliminare (nullo) in preliminare di definitivo»³⁹.

In merito alla giurisprudenza, soprattutto dopo la sentenza della Cassazione n. 4268-15, il preliminare di preliminare ha acquistato una sua autonoma validità contrattuale; è necessario, però, che il preliminare abbia un contenuto diverso e più limitato del secondo preliminare⁴⁰.

Infatti, se il preliminare di preliminare ha un perimetro meno esteso e le parti si impegnano a contrarre un successivo e ulteriore preliminare che avrà confini più estesi del precedente, allora il preliminare di preliminare sarà da considerarsi valido: «la stipulazione di un contratto preliminare di preliminare (nella specie, relativo ad una compravendita immobiliare), ossia di un accordo in virtù del quale le parti si obbligino a concludere un successivo contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento) è valido ed efficace, e dunque non è nullo per difetto di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali, e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo

³⁹ Gazzoni 2002, 48, in Serrao E., *Il contratto preliminare*, Assago, CEDAM, 2011, p. 9.

⁴⁰ Rizzo F., *Il preliminare di preliminare*, Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – n. 7/2018, pp. 145 e ss.

negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, è idonea a fondare, per la mancata conclusione del contratto stipulando, una responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale»⁴¹.

Il passato orientamento della Cassazione sul preliminare di preliminare affermava che *«Il collegio non ignora che questa S.C. ha già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione (sent. 2 aprile 2009 n. 8038, seguita, senza ulteriori approfondimenti da Cass. 10 settembre 2009). Ritiene, tuttavia, che tale orientamento, nella sua assolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi»⁴².*

Il preliminare del preliminare è manifestazione di quelle situazioni nelle quali vi è convergenza tra le parti ma, tuttavia, è necessario effettuare delle verifiche.

Quindi, il «pre-preliminare» prevede un accordo già raggiunto sui punti fondamentali del regolamento negoziale, in modo da creare un vero e proprio «obbligo a contrarre»

⁴¹ Corte di Cassazione, Sezione U, Civile, Sentenza, 6 marzo 2015 n. 4628, Il Sole 24 Ore, Ventiquattrore Avvocato, 2017, 1, p. 59, annotata da P. Felcioloni, L. Briarella.

⁴² Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza, 12 marzo 2014 n. 5779.

CAPITOLO: 2 INVALIDITA', RISOLUZIONE E RESCISSIONE

2.1 L'INVALIDITA' DEL PRELIMINARE

Il negozio giuridico che si pone in contrasto con una norma di legge è da considerarsi invalido; un negozio invalido non produce effetti, oppure li produce fino a che l'invalidità non sia fatta valere in giudizio.

L'invalidità è la sanzione che colpisce l'atto giuridicamente irregolare e immeritevole, quindi, di tutela.

Distinguiamo tre forme di invalidità che sono la nullità, l'annullabilità e la rescindibilità⁴³.

La nullità è la forma di invalidità che ha carattere generale e, di conseguenza, il negozio è inefficace fin dall'inizio.

L'annullabilità è una forma meno grave di invalidità rispetto alla nullità, attraverso la quale si consente al contraente di impugnare il negozio giuridico viziato.

La rescindibilità è una particolare forma di invalidità che si accosta all'annullabilità; un contratto è rescindibile quando preveda condizioni inique determinate dallo stato di bisogno o dallo stato di pericolo di una delle parti.

Sia la nullità che l'annullabilità, sono collocabili alla categoria della invalidità.

Il concetto di validità richiama il concetto di conformità alle regole giuridiche; un contratto è invalido quando non è conforme alle norme che determinano i requisiti per la sua esistenza.

L'invalidità costituisce la reazione dell'ordinamento per il negozio non conforme, rappresentando così una sanzione diretta a caducare o consentire la caducazione dell'atto invalido.

La disciplina imposta dal legislatore è giustificata in rapporto agli interessi tutelati; ne deriva che la nullità, quale sanzione di maggiore gravità, produce l'assoluta e radicale improduttività degli effetti negoziali.

⁴³ Paradiso M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 369.

L'art. 1418 cod. civ. fissa le cause di nullità del contratto «*Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*»⁴⁴.

Quindi, un contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge non disponga diversamente, quando manca uno dei requisiti essenziali indicati nell'art. 1325 cod. civ., quando la causa è illecita o quando illecito è il motivo comune e determinante, o quando l'oggetto difetti di uno dei requisiti indicati nell'art. 1346 cod. civ.⁴⁵.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge; in tutti i casi, la nullità deve essere comunque accertata dal giudice.

L'azione diretta ad accertare la nullità può essere promossa da chiunque, anche se estraneo al rapporto, a patto che provi un concreto interesse alla sua dichiarazione. L'azione di nullità è imprescrittibile: la nullità può essere fatta valere in qualunque tempo.

È discussa, in dottrina, la questione dell'invalidità del contratto preliminare e del contratto definitivo; tale questione si basa sulla comunicabilità dei vizi del contratto preliminare al contratto definitivo.

Al fine di poter definire ciò, è necessario chiarire il tipo di rapporto che lega i due contratti.

In dottrina prevale l'idea della funzione meramente *solutoria* del contratto definitivo, visto non come negozio autonomo ma come atto dovuto; di conseguenza i vizi del preliminare si riverberano sul contratto definitivo.

⁴⁴ <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>

⁴⁵ Mantovani M., *Le nullità e il contratto nullo*, in Tratt. Roppo, IV, Milano 2006, pp. 145 e ss.

Al contrario, la linea dottrinarica che riconosce l'autonomia strutturale e funzionale del definitivo riguardo al preliminare considera che, in caso di nullità di quest'ultimo, il definitivo conservi la sua validità⁴⁶.

Per quel che riguarda i vizi sopravvenuti tra la stipulazione del preliminare e del definitivo, si considera impugnabile esclusivamente il preliminare, anche perché la stipulazione del definitivo, da parte di chi ha consapevolezza dei vizi già esistenti, determina l'obbligo di prestare il consenso.

La parte pregiudicata avrebbe potuto opporre diniego al consenso e, non facendolo, ha comunque considerato conveniente la perfezione dell'affare.

Nel caso in cui i vizi riguardino esclusivamente il definitivo, l'invalidità del contratto definitivo non può influire sulla validità del preliminare.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, sul tema del preliminare nullo, ha più volte ribadito: «*Osserva il ricorrente incidentale che il preliminare prevedeva la consegna dell'immobile al momento del rogito. Dalla data del rogito decorreva però l'obbligo di denuncia e il termine due mesi per lo Stato per esercitare la prelazione. La previsione della consegna prima della scadenza del termine per l'esercizio della prelazione era vietata e comunque nulla per contrarietà a norme imperative, assistite anche da sanzioni penali (vedi della Legge n. 1089 del 1939 articolo 63). Di conseguenza, poiché il divieto in questione era assistito da sanzione penale, il relativo contratto preliminare che ne preveda la violazione non poteva non considerarsi affetto da nullità ai sensi dell'articolo 1418 c.c., n. 1, per contrarietà a norme imperative con la conseguenza che le parti del preliminare dovevano considerarsi libere da ogni reciproca obbligazione. In ogni caso non si sarebbe potuta pronunciare la risoluzione del contratto una volta accertato che il mancato adempimento di VE. Sa. era una conseguenza dell'impossibilità della consegna, derivante dalla normativa appena richiamata e ciò sulla base del principio generale di cui all'articolo 1460 cod. civ.. Inoltre la corte, avendo affermato che la speciale normativa pubblicistica a tutela dei beni di interesse storico artistico doveva ritenersi*

⁴⁶ Buffone G., De Giovanni C., Natali A.I., *Il contratto*, Padova, Cedam, 2013, pp. 1251 e ss.

aver rilievo soltanto in favore dello Stato e non nel rapporto civilistico tra le parti, era incorsa in vizio di violazione e falsa applicazione della normativa in questione»⁴⁷.

Ed ancora: «In forza, allora, dell'interpretazione di questa Corte, cui il Collegio intende dare continuita', la sanzione della nullita' prevista dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, articolo 40, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonche' dalla circostanza che, successivamente al contratto preliminare, puo' intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1 settembre 1967. Ne consegue che, anche nel caso in cui il preliminare abbia ad oggetto un immobile privo della concessione edificatoria, si ritiene costituito tra le parti un valido vincolo giuridico (Cass. 19 dicembre 2013, n. 28456; Cass. 18 luglio 2011, n. 15734; Cass. 11 luglio 2005, n. 14489)»⁴⁸.

«Per l'effetto si e' quindi ribadito che (cfr. da ultimo Cass. n. 26988/2013) e' viziato da nullita' il preliminare di vendita avente ad oggetto alcuni degli appartamenti da realizzare sul lotto di terreno gia' di proprieta' del promissario acquirente e la cui individuazione sia rimessa a quest'ultimo, dovendosi considerare indeterminabile l'oggetto del contratto, nel quale l'individuazione del bene non sia desumibile dagli elementi contenuti nel relativo atto scritto ma sia rimessa ad una successiva scelta di uno dei contraenti, restando irrilevante, a tal fine, l'eventuale adempimento della controprestazione (conf. Cass. n. 9232/1992, che conferma come non possano avere rilievo i dati di interpretazione che non facciano riferimento al testo scritto dell'accordo, quali quelli desumibili dal comportamento successivo dei contraenti in fase di esecuzione dello stesso, come nel caso in cui le parti non abbiano indicato

⁴⁷ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 10 marzo 2009 n. 5773, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

⁴⁸ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 26 aprile 2017, n. 10297, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

specificamente il bene che esse si sono obbligate, rispettivamente, a vendere e a comprare, ma si siano limitate ad indicarne le caratteristiche ed il prezzo, riservandosi di effettuare la scelta in concreto successivamente e con altra scrittura)»

49.

2.2 LA RISOLUZIONE DEL PRELIMINARE

2.2.1 Risoluzione per inadempimento

Il codice civile identifica tre ipotesi di risoluzione del contratto, individuate dall'art. 1453 (risoluzione per inadempimento), dall'art. 1469 (risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta) e dall'art. 1463 cod. civ. (risoluzione per impossibilità sopravvenuta).

L'art. 1453 cod. civ. statuisce che: *«Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione»*⁵⁰.

In un contratto a prestazioni corrispettive, in caso di inadempimento di una parte, l'altra può decidere per l'esecuzione o per la risoluzione del negozio.

La legge consente la doppia alternativa, definendo, all'art. 1453, che la parte adempiente, di fronte all'inadempienza di controparte, può *«a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso il risarcimento del danno»*.

⁴⁹ Corte di Cassazione, Sezione 6, Civile, Ordinanza, 11 gennaio 2018, n. 537, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

⁵⁰ <https://www.altalex.com/documents/news/2014/10/29/delle-obbligazioni-dei-contratti-in-generale>

Una volta esperita l'azione di risoluzione, l'attore non può più chiedere l'adempimento, e la stessa parte inadempiente convenuta nel giudizio risolutorio, non potrà più adempiere la propria obbligazione.

La risoluzione del contratto, infatti, annulla il vincolo contrattuale e si concretizza attraverso un'azione finalizzata ad ottenere una sentenza di natura costitutiva, atteso che lo scioglimento del vincolo si attua al momento della pronuncia del giudice ⁵¹.

In tal senso, l'art. 1455 cod. civ. non configura un generico inadempimento, ma ne delinea i confini stabilendo che il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa valenza.

Quindi, la risoluzione non può che trovare la sua giustificazione in un inadempimento connotato da elementi di una certa gravità e, di conseguenza, un inadempimento idoneo a determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Quindi il giudice, chiamato a decidere sulla domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, deve verificare e accertarne la gravità, quale elemento che costituisce la base stessa dell'azione.

In caso di accoglimento della domanda, il giudice è poi tenuto specificare il motivo per cui, nel caso di specie, considera che l'inadempimento non sia stato di «*scarsa importanza*».

La dottrina ha cercato, negli anni, di inquadrare al meglio l'istituto della risoluzione. Auletta⁵² collocò l'istituto della risoluzione nel più ampio concetto di sanzione: «*esso rappresenta ... una misura disposta dall'ordinamento giuridico come conseguenza della violazione di una norma primaria dell'ordinamento stesso, misura afflittiva per gli interessi del soggetto passivo e satisfattiva per gli interessi del soggetto attivo del*

⁵¹ Rendina C., *Contratto preliminare-Un dovere informativo atipico. Fondamenti e rimedi*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 3/2020, pp. 532-538.

⁵² G. G. Auletta 1913-2000, giurista.

*comando, contenuto nella norma violata»*⁵³.

Secondo il Gorla⁵⁴ la risoluzione serve per impedire che un contraente si arricchisca a danno di un altro, che simmetricamente impoverisce; l'esecuzione forzata e il risarcimento del danno, non garantiscono adeguatamente il creditore quando il debitore abbia impoverito il suo patrimonio; in conseguenza di ciò, è preferibile la restituzione della cosa⁵⁵.

Cospicua è la giurisprudenza di legittimità in merito alla risoluzione del preliminare per inadempimento, prevalentemente in tema di compravendita immobiliare: *«In tema di contratto preliminare di compravendita immobiliare, la mancata consegna o il mancato rilascio del certificato di abitabilità (o agibilità) ovvero l'insussistenza delle condizioni perché tale certificato venga rilasciato, non incidono sul piano della validità del contratto, ma integrano un inadempimento del venditore per consegna di "aliud pro alio", adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, salvo che quest'ultimo non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza»*⁵⁶.

«In tema di compravendita immobiliare, la mancata consegna al compratore del certificato di abitabilità non determina, in via automatica, la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del venditore, dovendo essere verificata in concreto l'importanza e la gravità dell'omissione in relazione al godimento e alla commerciabilità del bene. Deriva da quanto precede, pertanto, che, ove in corso di causa si accerti che l'immobile promesso in vendita presentava tutte le caratteristiche necessarie per l'uso suo proprio e che le difformità edilizie rispetto al progetto

⁵³ Auletta G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942, pp. 147-148.

⁵⁴ L. Gorla, 1906-92, giurista.

⁵⁵ Gorla L., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1934, pp. 137 e ss.

⁵⁶ Corte di Cassazione, Sezione 6, Civile, Ordinanza, 5 giugno 2020, n. 10665, CED, Cassazione, 2020.

originario erano state sanate a seguito della presentazione della domanda di concessione in sanatoria, del pagamento di quanto dovuto e del formarsi del silenzio-assenso sulla relativa domanda, la risoluzione non può essere pronunciata»⁵⁷.

«Nei contratti a prestazioni corrispettive, la pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, facendo venir meno la causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali già eseguite, comporta l'insorgenza, a carico di ciascun contraente, dell'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento. Ne consegue che la risoluzione di un contratto preliminare di vendita per inadempimento del promittente venditore determina l'obbligo del promissario acquirente di corrispondere l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene negoziato, che gli sia stato consegnato anticipatamente, per il tempo compreso tra la consegna e la restituzione del medesimo»⁵⁸.

«In caso di pattuizione di caparra confirmatoria, ai sensi dell'articolo 1385 del Cc, la parte adempiente, per il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento della controparte, può scegliere tra due rimedi, alternativi e non cumulabili tra loro: o recedere dal contratto e trattenere la caparra ricevuta (o esigere il doppio di essa), avvalendosi della funzione tipica dell'istituto, che è quella di liquidare i danni preventivamente e convenzionalmente, così determinando l'estinzione ope legis di tutti gli effetti giuridici del contratto e dell'inadempimento stesso; ovvero chiedere, con pronuncia costitutiva, la risoluzione giudiziale del contratto, ai sensi degli articoli 1453 e 1455 del Cc e il risarcimento dei conseguenti danni, da provare a norma dell'articolo 1223 del Cc»⁵⁹.

⁵⁷ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 18 novembre 2019 n. 29866, Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2020, 14, pg. 104, annotata da Mario Finocchiaro.

⁵⁸ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza, 28 novembre 2017, n. 28381, CED, Cassazione, 2017.

⁵⁹ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 5 febbraio 2018, n. 2747, Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2018, n. 19, pg. 53 annotata da Mario Piselli.

«In tema di contratto preliminare, va qualificata in termini di declaratoria di risoluzione per inadempimento - soggetta, pertanto, alla relativa disciplina generale - e non quale esercizio del diritto di recesso, la domanda con cui la parte non inadempiente, che abbia conseguito il versamento della caparra, chieda, oltre alla risoluzione del contratto, la condanna della controparte al risarcimento di ulteriori danni; in tal caso, dunque, essa non può incamerare la caparra, che perde la sua funzione di limitazione forfetaria e predeterminata della pretesa risarcitoria e la cui restituzione è ricollegabile agli effetti propri della risoluzione negoziale, ma solo trattenerla a garanzia della pretesa risarcitoria o in acconto su quanto le spetta, a titolo di anticipo dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati»⁶⁰.

2.2.2 Risoluzione per impossibilità sopravvenuta

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione è un modo di estinzione delle obbligazioni diverso dall'adempimento, così come previsto dall'art. 1256 cod. civ.

«L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla»⁶¹.

Quando la prestazione diventa impossibile per causa non ascrivibile al debitore, e questi non sia in mora, l'obbligazione si estingue.

Nel caso in cui l'impossibilità sia solo temporanea, l'obbligazione non si estingue ma il debitore, finché essa continua, non è colpevole del ritardo nell'adempimento.

⁶⁰ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 8 settembre 2017, n. 20957, CED, Cassazione, 2017.

⁶¹ <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>

Se l'impossibilità è solo parziale, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile.

Quindi, nel caso in cui la prestazione di una parte sia divenuta solo parzialmente possibile, l'altra parte ha diritto ad una riduzione della prestazione da essa dovuta. Nella disciplina generale delle obbligazioni, sono validi due basilari principi entrambi inclusi nell'ambito della disposizione di cui all'art. 1256 cod. civ.:

A) La sopravvenuta impossibilità definitiva della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore non in mora, estingue l'obbligazione;

B) La sopravvenuta impossibilità temporanea sospende di regola l'obbligo di eseguire la prestazione, esonerando il debitore dalla responsabilità per il ritardo.

Nel caso di contratti a prestazioni corrispettive, l'impossibilità sopravvenuta delle prestazioni costituisce causa di risoluzione del contratto; questa ipotesi si riferisce ad una causa non imputabile al contraente impossibilitato ad eseguire la prestazione. Se, invece, l'impossibilità della prestazione è riconducibile ad una colpa del debitore si determina un inadempimento, che legittima la controparte ad agire per la relativa risoluzione oltre al risarcimento del danno.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione può definirsi liberatoria e di conseguenza risolutoria.

Requisito per il ricorso al rimedio risolutorio è che la circostanza sopravvenuta non debba essere pronosticabile al momento del perfezionamento del contratto; in caso contrario si parlerà di un impedimento o evento avente il carattere dell'assolutezza e dell'oggettività.

L'impossibilità non deve poi manifestarsi in una semplice difficoltà, ma in un impedimento assoluto ed oggettivo.

Distinguiamo, nell'ambito dell'impossibilità sopravvenuta, una totale e una parziale. L'impossibilità sopravvenuta totale è un impedimento assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo, della prestazione, e produce l'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto.

L'impossibilità sopravvenuta parziale consiste, generalmente, nel deterioramento della cosa dovuta, o nella riduzione materiale della prestazione, causando una corrispondente riduzione della controprestazione e, quindi, rendendo legittimo

l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente che non abbia un concreto interesse al mantenimento del contratto⁶².

Allara⁶³ ritiene che *«l'impossibilità sopravvenuta non può essere considerata di per sé come una fattispecie estintiva; casomai possiamo dire che essa è l'effetto di una fattispecie estintiva: è solo al verificarsi di una determinata fattispecie (causa) che l'attuazione del rapporto stesso diventa impossibile (effetto); ad esempio, una valanga che distrugge la casa impedisce che io adempia alla mia obbligazione di riparare il tetto; ora, l'impossibilità sopravvenuta è effetto della valanga, e non fattispecie estintiva»*⁶⁴.

*«Possibilità ed impossibilità, di là da qualsiasi suggestione di definizioni filosofiche, sono nozioni che il giurista deve desumere dalla disciplina del fenomeno e ancor più precisamente dall'esame delle singole ipotesi, delle concrete situazioni in cui rileva, sia pure con diversa intensità ed efficacia, l'impossibilità. La nozione di impossibilità, nella teoria delle obbligazioni in particolare, non è rigida, immodificabile, rigorosamente determinata, ma elastica, relativa, dipendente innanzi tutto dalla logica del diritto positivo e dalle considerazioni di politica legislativa che la giustificano, dando ora prevalenza, specie in alcuni rapporti, all'interesse del creditore, ora a quello del debitore o a quello di terzi qualificati, ora, infine, ad interessi superindividuali che trascendono gli interessi dei protagonisti del rapporto obbligatorio sino ad identificarsi con quelli esistenziali della persona umana o con quelli genericamente collettivi e pubblici»*⁶⁵.

⁶² Cacciafava F., *Risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, IlSole24ore, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

⁶³ M. Allara, 1902-73, giurista.

⁶⁴ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/04/08/impossibilita-sopravvenuta>

⁶⁵ Perlingieri P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Commentario del Codice civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 56.

La giurisprudenza di legittimità in merito alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta: «*In caso di preliminare di vendita di un immobile da costruire, poi realizzato in modo difforme da quello pattuito, è consentita l'azione di esecuzione in forma specifica con riduzione tuttavia del prezzo per la parte di prestazione divenuta impossibile. In tale ipotesi, infatti, non scatta la risoluzione perché lo scopo del negozio rimane in piedi. Ad affermarlo è la Cassazione che ha altresì precisato che l'esecuzione a un prezzo inferiore può essere richiesta anche in corso di causa, quando l'impossibilità parziale si è determinata in giudizio. Nel caso di specie, era sopravvenuta l'impossibilità di alienare anche il giardino annesso all'immobile. Per i giudici, è indubbio che l'impossibilità è solo parziale, dal momento che il negozio non ha perso la sua ragion d'essere per un "giardinetto accessorio all'appartamento"»⁶⁶. «Il danno da risarcire al promittente compratore, ove sia accolta la domanda di risoluzione del contratto preliminare di vendita dallo stesso proposta per inadempimento del promittente venditore, non può comprendere i frutti della cosa promessa in vendita successivi alla domanda di risoluzione perché questa, comportando la rinuncia definitiva alla prestazione del promittente venditore (art. 1453, comma 3, c.c.), preclude anche al promittente compratore di lucrare i frutti che dalla cosa avrebbe tratto dopo la rinuncia. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata nella parte in cui, dichiarata la risoluzione del contratto preliminare, ha negato il diritto al risarcimento del danno correlato alla mancata percezione dei canoni che sarebbero stati riscossi, ove fosse stato concluso il contratto definitivo, per la locazione estiva dell'immobile promesso in vendita, sito in località marina)»⁶⁷.*

⁶⁶ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 27 febbraio 2017, n. 4939 Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2017, 13, p. 48, annotata da A.A. Moramarco.

⁶⁷ Corte di Cassazione, Sezione 6, Civile, Ordinanza, 8 maggio 2018, n. 11012, CED, Cassazione, 2018.

«la risoluzione del contratto per impossibilita' sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilita' di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'articolo 1463 c.c., puo' essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioe' sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilita' sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilita' sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilita' della finalita' essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione.(cfr. Cass. 26958/2007)»⁶⁸.

*«La giurisprudenza di questa Corte e' costante nel ritenere che l'impossibilita' sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilita' per il ritardo (se temporanea), deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata, e deve consistere non in una mera difficulta', ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso, a nulla rilevando comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto (cfr. e pluribus, Cass. nn. 15073/09, 9645/04, 8294/90, 5653/90 e 252/53). Di conseguenza, coordinando fra loro le suddette componenti oggettive e soggettive che regolano la responsabilita' per inadempimento, l'impossibilita' sopravvenuta della prestazione produce gli effetti estintivi o dilatori anzi detti se deriva da una causa avente natura esterna e carattere imprevedibile e imprevenibile secondo la diligenza media, fermo restando che l'estinzione dell'obbligazione per impossibilita' definitiva, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, puo' evidentemente*

⁶⁸ Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Sentenza, 10 luglio 2018, n. 18047, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro (cfr. Cass. nn. 2691/87, 3844/80, 2555/68)»⁶⁹.

2.2.3 Risoluzione per eccessiva onerosità

L'art. 1467 cod. civ. recita: «*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*»⁷⁰.

I presupposti per l'applicazione concreta di quanto previsto dalla norma sono: A) Il contratto deve essere a esecuzione continuata o periodica, o a esecuzione differita; B) Una delle due prestazioni deve essere divenuta eccessivamente onerosa riguardo all'altra; C) L'eccessiva onerosità deve derivare da eventi straordinari; D) La risoluzione non avviene in maniera automatica ma è determinata dalla volontà delle parti.

Una parte della dottrina identifica il fondamento della risoluzione per eccessiva onerosità nella causa del contratto; nel caso in cui una delle due prestazioni variesse il suo valore e la sua esecuzione si rivelasse eccessivamente svantaggiosa per il debitore, si creerebbe uno squilibrio che andrebbe ad incidere sulla causa, e quindi sulla funzione economico sociale del contratto.

⁶⁹ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 30 aprile 2012, n. 6594, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

⁷⁰ <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/04/08/risoluzione-per-eccessiva-onerosita>

Altri autori ritengono che la base della risoluzione per eccessiva onerosità sia da identificare non nella causa, ma nella volontà della parte.

Se la prestazione diventa eccessivamente gravosa, viene meno l'accordo tra le parti, in quanto le premesse per l'esecuzione del contratto sono venute meno.

La risoluzione, comunque, non può essere domandata se l'eccessiva onerosità rientra nell'alea del contratto⁷¹.

La nozione di eccessiva onerosità, che la dottrina ha cercato di inquadrare in una definizione onnicomprensiva, richiama un concetto che necessita di essere interpretato di volta in volta.

La giurisprudenza di legittimità, in merito alla risolubilità del preliminare per eccessiva onerosità, ha statuito come: «*Se le obbligazioni sinallagmatiche del contratto definitivo di compravendita - pagamento del prezzo e consegna del bene - sono state anticipate al momento della stipula del contratto preliminare, non può chiedersi la risoluzione di questo per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 cod. civ.), poiché questa norma non è applicabile se l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale delle predette prestazioni è successivo al loro adempimento*»⁷².

«*Ai fini della risoluzione del contratto preliminare di vendita di un bene immobile per eccessiva onerosità sopravvenuta, verificatasi nello spazio di tempo intercorso fra la conclusione del preliminare e la sua esecuzione, non costituiscono avvenimenti straordinari ed imprevedibili - la cui sussistenza è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi di motivazione - l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la crescente svalutazione della moneta, trattandosi di eventi che rientrano nella comune alea contrattuale. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva escluso che il mutamento - da agricolo ad edificatorio e residenziale - del regime*

⁷¹ Marseglia C., *Eccessiva onerosità della prestazione e scioglimento del contratto con prestazioni corrispettive*, in I Contratti n. 6/2007, pp. 559-65.

⁷² Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 13 giugno 1997, n. 5349, CED, Cassazione, 1997.

urbanistico dell'immobile promesso in vendita, sopravvenuto rispetto alla data di stipula del contratto preliminare, integrasse gli estremi per procedere alla risoluzione del preliminare medesimo ex art. 1467 c.c.)»⁷³.

«La richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto con prestazioni corrispettive, ex art. 1467 c.c., costituisce, anche quando proviene dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, una vera e propria domanda, e non una eccezione, essendo diretta al conseguimento di una pronuncia che va oltre il semplice rigetto della domanda principale. Ne consegue l'inaammissibilità della proposizione della stessa per la prima volta nel giudizio di appello»⁷⁴.

«Con riguardo ad un preliminare di vendita di un fabbricato da costruire, la possibilità di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., in relazione alla svalutazione monetaria determinatasi dopo la conclusione del contratto, deve essere riconosciuta al promittente venditore, ove la svalutazione medesima, considerando la capacità di previsione di un uomo medio alla stregua della situazione in atto al momento del preliminare, nonché l'entità della sua incidenza sui costi di costruzione e sul guadagno ripromesso, presenti i connotati di un avvenimento straordinario ed imprevedibile»⁷⁵.

⁷³ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 11 aprile 2017, n. 9314, CED, Cassazione, 2017.

⁷⁴ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Ordinanza, 7 novembre 2017, n. 26363, CED, Cassazione, 2017.

⁷⁵ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 15 dicembre 1984, n. 6574, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

2.3 RESCISSIONE DEL PRELIMINARE E TERMINI DI PRESCRIZIONE

La rescissione del contratto è disciplinata dagli artt. 1447-1452 cod. civ. e costituisce un istituto volto al bilanciamento del sinallagma contrattuale.

Il primo tipo di rescissione è quello disciplinato dall'art. 1447 cod. civ.: *«Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata»*⁷⁶.

La norma consente alla parte che ha assunto un'obbligazione contrattuale di richiedere, in via giudiziale, la rescissione, nel caso in cui le condizioni contrattuali siano inique e l'iniquità abbia avuto origine da una condizione di necessità di salvare sé o altri dal pericolo di un danno grave alla persona.

Il secondo tipo di rescissione è normato dall'art. 1448 cod. civ.: *«Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione»*⁷⁷.

In base a quanto previsto, ogni qual volta sia individuabile uno squilibrio tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, come effetto dello stato di bisogno di una parte, del quale l'altra si è servita per trarne vantaggio, la parte danneggiata può

⁷⁶ <https://www.altalex.com/documents/news/2007/01/15/la-rescissione-del-contratto>

⁷⁷ *Ibidem*

chiedere la rescissione del contratto.

Schematizzando, la rescissione può essere richiesta nel caso in cui il contratto sia sottoscritto: A) quando uno dei contraenti versi in uno «*stato di pericolo*», circostanza nota alla controparte; in tal caso il giudice, nel sentenziare la rescissione, può stabilire un equo compenso all'altra parte; B) quando una delle parti si trovi in «*stato di bisogno*», di cui la controparte ha approfittato per trarne vantaggio; lo stato di bisogno deve permanere fino alla presentazione della domanda di rescissione⁷⁸.

L'azione di rescissione ex art. 1448 cod. civ. necessita della simultanea sussistenza di tre requisiti: A) L'esistenza di uno stato di bisogno che rappresenti il motivo della accettazione B) l'aver la controparte ricavato profitto dall'altrui stato di bisogno del quale era a conoscenza B) l'eccedenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla controprestazione⁷⁹.

I tre presupposti devono essere simultaneamente ricorrenti alla perfezione del contratto e, constatata la mancanza di uno di essi, l'azione non è ammissibile.

La dottrina si è divisa sulla possibilità di esperire l'azione di rescissione del contratto preliminare.

Nell'esaminare il tema dell'esperibilità dell'azione rescissoria nei riguardi del contratto preliminare, è necessario considerare le questioni riguardanti la disciplina della rescissione.

Nello specifico, all'art. 1449 cod. civ., il I comma prevede che l'azione rescissoria si prescrive in un anno a partire dalla stipulazione del contratto; il II comma prevede che, in caso di prescrizione dell'azione, la rescindibilità del contratto non può essere opposta in via d'eccezione.

Nel tempo, gli autori si sono posti il problema se l'azione di rescissione sia applicabile al solo contratto preliminare, al solo contratto definitivo, oppure a entrambi.

⁷⁸ Marsella V., *Rescissione e risoluzione del contratto preliminare*, Roma, Aracne, 2014, pp. 39 e ss.

⁷⁹ Ciccone R., Gasparini D., Morescanti S., *La rescissione del contratto*, Vicalvi, Key, 2018, pp. 29 e ss.

Una volta chiarita la questione, è agevole individuare il momento in cui decorrere il termine di prescrizione che blocca sia l'azione che l'eccezione.

Una parte minoritaria ma autorevole della dottrina (Gazzoni, Distaso, Costanza) considera il contratto preliminare come fonte esclusiva degli effetti definitivi, mentre il contratto definitivo ha natura *solutoria*.

Il preliminare obbliga alla prestazione finale, mentre il contratto definitivo è un semplice atto di adempimento⁸⁰.

Secondo questa tesi l'oggetto dell'azione rescissoria può essere il solo contratto preliminare e non il definitivo; la base portante di questa linea è che soltanto il contratto preliminare è l'espressione di autonomia negoziale, mentre il definitivo sarebbe un atto dovuto e, di conseguenza, non autonomo.

Quindi, chi ritiene che possa essere soggetto a rescissione il solo preliminare, considera il definitivo come esecuzione di un regolamento contrattuale già fissato nel preliminare, sottolineando come il preliminare «*funge da strumento di superamento dello stato di bisogno e, di conseguenza, di perpetrazione della lesione*»⁸¹.

Un'altra parte della dottrina (Mandrioli) sostiene, di contro, la rescindibilità del solo definitivo considerando i due contratti inquadrabili in un'unica operazione economica, sicché la lesione nel preliminare diverrebbe effettiva solo al momento della stipula del contratto definitivo.

Questa tesi non trova fondamento, in quanto la lesione si concretizza non con l'esecuzione della prestazione (definitivo) ma nel momento della perfezione del contratto (preliminare).

Una terza linea, sostenuta da numerose pronunce giurisprudenziali, convalida la possibilità di agire per la rescindibilità sia nei confronti del preliminare che del definitivo, con due distinte azioni: «*Se dopo il contratto preliminare, si stipula il*

⁸⁰ www.altalex.com/documents/news/2006/02/06/sulla-rescindibilita-del-contratto-preliminare-e-o-definitivo#_ftn51

⁸¹ De Poli M., *La rescissione del contratto*, Napoli Edizioni scientifiche italiane, 2011, pp. 145 e ss.

contratto definitivo (senza che contro il preliminare sia stata proposta azione di rescissione), dal momento della stipula del contratto definitivo sorge una nuova azione di rescissione, con un proprio annuale termine di prescrizione, decorrente dalla data di quest'ultimo contratto e non da quella di conclusione del contratto preliminare. Ciò sia perché il fatto che le condizioni per proporre l'azione di rescissione sussistano fin dalla stipulazione del preliminare non esclude che le stesse possano permanere e abbiano autonoma rilevanza nel momento della conclusione del contratto definitivo, sia perché l'abuso dello stato di bisogno e la lesione si consumano ulteriormente in tale momento, in quanto solo con il contratto definitivo la parte danneggiata esegue la prestazione posta a suo carico»⁸².

Comunque, la giurisprudenza di legittimità, sulla rescindibilità del contratto preliminare, ha statuito come: *«Per stabilire se un contratto preliminare sia rescindibile per lesione "ultra dimidium", l'accertamento della lesione deve essere effettuato in base al valore dei beni oggetto del contratto stesso al momento della sua stipulazione, a nulla rilevando che l'interesse ad agire o a resistere sia sorto solo successivamente, allorché la parte che si sia approfittata dello stato di bisogno ne abbia invocato l'esecuzione in forma specifica»⁸³.*

«Sia dal contratto preliminare che dal successivo contratto definitivo sorgono distinte azioni di rescissione, con un proprio annuale termine di prescrizione, decorrente dalla data di rispettiva conclusione. Pertanto, se dopo la stipulazione del contratto preliminare le parti stipulano il contratto definitivo, l'azione di rescissione di quest'ultimo contratto in tanto è fondata in quanto ricorrano al momento della sua conclusione le condizioni dell'azione stessa, fra cui lo stato di bisogno, non essendo sufficiente che le suddette condizioni ricorressero nel momento della stipula del preliminare»⁸⁴.

⁸² Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 29 gennaio 2015, n. 1677, Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2015, n. 17.

⁸³ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 9 febbraio 2011, n. 3176, CED, Cassazione, 2011.

⁸⁴ Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Sentenza, 3 maggio 1980, n. 2907, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

«La rescissione del contratto preliminare che non sia stata fatta valere in via di azione nel termine di un anno dalla sua conclusione, può essere chiesta in via riconvenzionale dal venditore nel giudizio promosso dall'acquirente con la domanda di esecuzione specifica, poiché il pregiudizio derivante dallo squilibrio delle prestazioni, potenziale nel contratto preliminare, diviene attuale solo quando la parte che vi ha interesse chiede che sia concluso alle stesse condizioni il contratto definitivo»⁸⁵.

«In tema di rescissione del contratto per lesione, il requisito dello stato di bisogno, richiesto dall'articolo 1448 del Cc, non va necessariamente inteso come assoluta indigenza, essendo sufficiente a integrarlo anche una contingente situazione di difficoltà economica, per carenza di liquidità, tale da non consentire di far fronte a impegni di pagamento con mezzi normali e da incidere sulla libera determinazione a contrarre. L'accertamento di tale requisito costituisce una valutazione di fatto riservata al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivata»⁸⁶.

⁸⁵ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 23 settembre 2016, n. 18752 CED, Cassazione, 2016.

⁸⁶ Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Sentenza, 19 gennaio 2017, n. 1284 Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto, 2017, n. 16.

CAPITOLO 3: I SOGGETTI

3.1 PERSONE FISICHE

Nell'ambito della dinamica contrattuale, è necessario qualificare le parti, ossia identificare i soggetti destinati a divenire parte del definitivo.

Il requisito dell'indicazione delle parti deve già esistere al momento della stipula del contratto preliminare.

Parte non necessariamente è sinonimo di persona fisica, ma riguarda quello che è definito come centro di interessi (GAZZONI).

Il contratto prevede, nella definizione legislativa, una pluralità di parti; in tal modo ci si riferisce a diversi centri di interessi.

Di conseguenza, il concetto di parte del contratto non si identifica necessariamente con il «soggetto» persona fisica; anche una pluralità di persone può costituire un solo centro di interessi e quindi una sola parte⁸⁷.

Non essendoci una uguaglianza tra parte e persona fisica, è necessario distinguere tra parte semplice e parte plurisoggettiva; nel caso di parte plurisoggettiva, più persone costituiscono il medesimo centro di interessi.

Fatte queste giuste precisazioni e distinzioni, già nel preliminare si procede con l'indicazione delle parti.

Nonostante in dottrina e in giurisprudenza si rinvengano pochissime indicazioni sul punto, si ritiene che i dati necessari ad una identificazione dei soggetti che stipulano il contratto preliminare (dati richiesti dalla normativa per il contratto definitivo) siano necessari anche in previsione di una sua registrazione.

In concreto, il contratto preliminare non è citato, esplicitamente, nella normativa di cui si fa cenno, nonostante sia palese che ciò che viene contemplato riguardo ai contratti in genere vale anche per il preliminare.

La normativa in questione è riconducibile alla legge n. 89/1913⁸⁸, meglio nota come legge notarile, che all'art. 51, punto 3, prevede: «*il nome, il cognome, la paternità, il*

⁸⁷ Fava P., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 357 e ss.

⁸⁸ "Ordinamento del notariato e degli archivi notarili", GU n.55 del 7-3-1913.

luogo di nascita, il domicilio o la residenza [e la condizione] delle parti, dei testimoni e dei fidejacenti. Se le parti od alcune di esse intervengono all'atto per mezzo di rappresentante, le precedenti indicazioni si osserveranno, non solo rispetto ad esse, ma anche rispetto al loro rappresentante. La procura deve rimanere ammessa all'atto medesimo o in originale o in copia, a meno che l'originale o la copia non si trovi negli atti del notaro rogante ovvero sia iscritto nel registro delle imprese».

È da sempre oggetto di dibattito, tra gli autori se, per la stipula di contratti da parte di legali rappresentanti di soggetti incapaci, sia richiesta un'autorizzazione e, in tal caso, quale sia il giudice competente.

Generalmente, nel caso in cui l'incapace pervenga alla stipula di un preliminare, il rappresentante legale dovrà chiedere l'autorizzazione al giudice.

In caso di minori *in potestate*, l'autorizzazione deve essere rilasciata dal giudice tutelare, il quale dovrà valutare l'utilità e la necessità dell'operazione per il minore.

In caso di minore sotto tutela o di soggetto interdetto è necessario il rilascio dell'autorizzazione da parte del Tribunale, previo parere del giudice tutelare⁸⁹.

Nel caso di preliminare stipulato dai coniugi dopo il matrimonio in regime di comunione legale, l'art. 177 cod. civ. prevede che: *«Costituiscono oggetto della comunione: a) gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali ; b) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione ; c) i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati; d) le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio. Qualora si tratti di aziende appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi».*

⁸⁹ Ferrucci A., Ferrentino C., Amoresano A., *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 38.

Il contratto preliminare di vendita di un immobile, in regime di comunione legale, è atto di straordinaria amministrazione e, di conseguenza, dovrà essere stipulato in maniera congiunta.

La giurisprudenza di legittimità, in caso di minori ha precisato come: *«In ipotesi di alienazione di beni appartenenti a minori autorizzata a norma dell'art. 747 cod. proc. civ. la impugnativa dell'atto (nella specie: risoluzione di preliminare di compravendita di immobile) non è riservata ai soli creditori e legatari, come nel caso di autorizzazione del giudice tutelare a norma dell'art. 320 cod. civ., bensì deve ritenersi concessa anche al rappresentante legale dei minori, in quanto in questa situazione l'intervento protettivo del giudice tutelare si esplica in modo solo marginale, mediante un parere non vincolante, espresso in via preliminare, essendo l'autorizzazione alla vendita dei beni ereditari prevista nel prevalente interesse dei creditori e dei legatari dell'eredità»*⁹⁰.

E in tema di incapacità ha precisato che: *«Al fine dell'invalidità del negozio per incapacità naturale non è necessaria la prova che il soggetto, nel momento del compimento dell'atto, versava in uno stato patologico tale da far venir meno, in modo totale e assoluto, le facoltà psichiche, essendo sufficiente accertare che tali facoltà erano perturbate al punto da impedire al soggetto una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, e quindi il formarsi di una volontà cosciente. La prova dell'incapacità naturale può essere data con ogni mezzo o in base a indizi e presunzioni, che anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità, e il giudice è libero di utilizzare, ai fini del proprio convincimento, anche le prove raccolte in un giudizio intercorso tra le stesse parti o tra altre. L'apprezzamento di tale prova costituisce giudizio riservato al giudice di merito che sfugge al sindacato di legittimità se sorretto da congrue argomentazioni, esenti da vizi logici e da errori di diritto»*⁹¹.

⁹⁰ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 5 febbraio 1985, n. 808, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

⁹¹ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 28 marzo 2002, n. 4539, CED, Cassazione, 2002.

Mentre, in tema di preliminare stipulato da uno dei due coniugi in regime di comunione legale: *«Il contratto preliminare di vendita di un bene immobile rientrante nella comunione legale dei coniugi, stipulato da uno di essi senza la partecipazione o il consenso dell'altro, non è assolutamente inefficace nei confronti della comunione, ma soggetto all'annullamento da parte del coniuge non consenziente, ai sensi dell'art. 184 cod. civ.. Il termine per la prescrizione dell'azione di annullamento, fuori dell'ipotesi di conoscenza effettiva dell'atto, decorre dalla trascrizione della domanda ex art. 2932 cod. civ.»*⁹².

*«Nel caso di acquisto di un terreno effettuato da uno dei coniugi in regime di comunione legale, l'inclusione di tale terreno nella comunione stessa, al pari del fabbricato che su di esso sia stato successivamente costruito, secondo le previsioni dell'art. 177 primo comma lett. a cod. civ. (ed a prescindere dalla provenienza del denaro impiegato), comporta che il preliminare di vendita, stipulato con riguardo a detto fabbricato senza il consenso dell'altro coniuge, può essere da quest'ultimo impugnato, ai sensi dell'art. 184 cod. civ., mentre non rileva che il preliminare si inserisca in un acquisto per interposizione reale, concordato fra promittente e promissario, stante l'inopponibilità del relativo patto a quell'altro coniuge, in posizione di terzo»*⁹³.

«La comunione legale fra coniugi, di cui all'art. 177 cod. civ., riguarda gli acquisiti, cioè gli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della "res" o la costituzione di diritti reali sulla medesima, non quindi i diritti di credito sorti dal contratto preliminare concluso da uno dei coniugi, i quali, per la loro stessa natura relativa e personale, pur se strumentali rispetto all'acquisizione di una "res", non sono suscettibili di cadere in comunione. Ne consegue che il coniuge il quale concluda un contratto preliminare di acquisto di un immobile in nome della comunione legale, ma senza il consenso dell'altro coniuge (risultante da forma scritta), deve considerarsi

⁹² Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Sentenza, 17 dicembre 1994, n. 10872, CED, Cassazione, 1994.

⁹³ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 18 giugno 1992, n. 7524, CED, Cassazione, 1992.

"falsus procurator" con riguardo al coniuge non stipulante, il quale, ove non intervenga ratifica, rimane estraneo al rapporto e non riveste, pertanto, la qualità di "litisconsorte" necessario nei giudizi aventi ad oggetto quel contratto»⁹⁴.

3.2 PERSONE GIURIDICHE

Parte del contratto preliminare può essere una persona giuridica.

La persona giuridica è un organismo unitario, rappresentato da una pluralità di individui o da un complesso di beni, al quale il diritto attribuisce capacità di agire⁹⁵.

Il codice civile, nel Titolo II del Libro I, definisce e disciplina le persone giuridiche sia pubbliche che private, le associazioni, le fondazioni, le associazioni non riconosciute e i comitati.

A seconda che i fini siano pubblici o privati, si differenziano le persone giuridiche pubbliche dalle persone giuridiche private.

Nella prima categoria rientrano gli enti pubblici territoriali, quali lo Stato, le regioni, le province e i comuni, e gli altri enti pubblici costituiti per legge.

Fanno parte della seconda categoria le organizzazioni costituite da privati cittadini a scopo di lucro, quali le società di capitali, a scopo mutualistico, le cooperative e i consorzi, oppure a scopo non di lucro, ma culturale, quali le associazioni e le fondazioni.

La giurisprudenza di legittimità, in merito a preliminari che riguardano società di capitali, ha precisato che: *«In relazione alle trattative intercorse per la trasformazione di una ditta individuale in società di persone, e con riguardo alla domanda che una parte proponga per denunciare la responsabilità dell'altra in ordine alla mancata conclusione sia del contratto costitutivo della società medesima, sia di un contratto preliminare, in difetto di consenso sugli elementi essenziali (quale l'ammontare delle*

⁹⁴ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 9 luglio 1994, n. 6493, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

⁹⁵ Trabucchi P., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2004, pp. 283 e ss.

quote), la qualificazione della domanda medesima in termini di azione di responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c. c., non trova ostacolo nella circostanza che l'attore deduca anche l'avvenuto perfezionarsi di intese su alcuni punti dello stipulando contratto, e ne chieda la risoluzione, tenuto conto che siffatti accordi parziali, per il loro carattere provvisorio e la loro efficacia subordinata all'esito positivo delle trattative, non esulano dall'ambito della fase precontrattuale»⁹⁶.

e riguardo ad associazioni sindacali: «La circostanza che la capacità rappresentativa delle associazioni sindacali (dei lavoratori) concerna soltanto gli interessi collettivi e non anche gli interessi individuali dei singoli lavoratori, in relazione ai quali ed in mancanza di specifico incarico, il compito del sindacato è limitato ad una funzione di assistenza, non esclude che il sindacato, nello svolgimento di tale funzione di assistenza, possa stipulare con un imprenditore, nell'ambito di trattative volte a risolvere una vertenza collettiva, intese che impegnano tale soggetto ad assumere determinati lavoratori, le quali si configurano come contratti preliminari a favore di terzi (art. 1411 cod. civ.), atteso che l'interesse a stipulare in favore del terzo, potendo essere anche di natura non patrimoniale, va ravvisato, quanto al sindacato, nel suo interesse alla tutela ed all'occupazione dei lavoratori»⁹⁷.

⁹⁶ Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Sentenza, 14 gennaio 1987, n. 176, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

⁹⁷ Corte di Cassazione, Sezione L, Civile, Sentenza, 24 maggio 1985, n. 3162, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

3.3 ENTI PUBBLICI

Parte di un contratto preliminare può essere la pubblica amministrazione.

L'acquisto di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione è un esempio di «attività amministrativa di diritto privato»⁹⁸.

L'acquisto avviene, generalmente, attraverso la stipulazione di contratti con fornitori privati, in base alle necessità dei vari uffici.

Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni sono una consuetudine collegata al sistema delle esternalizzazioni, considerato come modello gestionale fondato sul ricorso a privati per lo svolgimento di attività pubbliche.

La pubblica amministrazione può, quindi, rivestire il ruolo di parte di un contratto preliminare: «Qualora la P.A. - per la migliore realizzazione degli interessi ad essa affidati in materia di acquisizione di aree di proprietà di terzi - ricorra allo strumento privatistico del contratto preliminare di compravendita e successivamente opponga un ingiustificato rifiuto alla stipulazione del definitivo - sebbene persistano le condizioni iniziali che avevano indotto l'approvazione ed autorizzazione della operazione -, deve riconoscersi alla controparte la facoltà di adire il giudice ordinario per ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., senza che ciò implichi alcuna violazione del divieto di annullare, revocare o sostituire l'atto amministrativo, posto dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865 n. 2248»⁹⁹.

«Qualora la pubblica amministrazione, per la migliore realizzazione degli interessi generali ad essa affidati, ricorra allo strumento privatistico del contratto preliminare, come nel caso di contratto preliminare di vendita di alloggio economico e popolare che venga stipulato con l'impegno di addivenire al definitivo in esito all'integrale pagamento del prezzo previsto (in alternativa al contratto di vendita con riserva della

⁹⁸ Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 655 e ss.

⁹⁹ Corte di Cassazione, Sezione U, Civile, Sentenza, 18 novembre 1992, n. 12309, CED, Cassazione, 1992.

proprietà, nella disciplina fissata dal d.p.r. 17 gennaio 1959 n. 2, modificato dalla legge 27 aprile 1962 n. 231), deve riconoscersi al promissario, a fronte di un ingiustificato rifiuto alla stipulazione del definitivo, nonché nel persistente concorso delle condizioni iniziali che avevano indotto l'amministrazione medesima ad approvare ed autorizzare l'operazione, la facoltà di adire il giudice ordinario, per ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, a norma dell'art. 2932 c. c., poiché tale pronuncia, non configurando un provvedimento esecutivo per la realizzazione coattiva di un "facere" della p.a., né interferendo sul potere dispositivo delle parti, ma bensì integrando un atto costitutivo rivolto ad attuare direttamente la volontà della legge in relazione all'accertamento dell'imputabile inadempienza del soggetto obbligato alla prestazione, non implica alcuna violazione del divieto di annullare, revocare o sostituire l'atto amministrativo, posto dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. e»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Sentenza, 29 aprile 1986, n. 2968, Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24.

CAPITOLO 4: LA PUBBLICITA' DEL PRELIMINARE

4.1 I CONTRATTI PRELIMINARI SOGGETTI A TRASCRIZIONE

La trascrizione è la più importante forma di pubblicità legale del nostro sistema, e costituisce lo strumento per mezzo del quale si rendono note a terzi le vicende giuridiche riguardanti determinati generi di beni.

Il preliminare è un contratto ad effetti obbligatori; gli accordi in esso previsti hanno effetto esclusivamente tra le parti, e non sono opponibili ai terzi.

Questa efficacia «*interna*» del preliminare può pregiudicare le tutele riservate ai contraenti; nello specifico, potrebbe risultare compromessa la tutela rappresentata dall'esecuzione in forma specifica.

Si pensi al caso in cui il promittente venditore di un bene immobile, dopo la stipula di un preliminare con il promissario acquirente, venda detto immobile ad un terzo, estraneo.

Per il promissario acquirente non vi sarebbero più le condizioni per richiedere l'adempimento del contratto, avvalendosi della procedura prevista dall'art. 2932 cod. civ., considerato che l'immobile è fuoriuscito dal patrimonio del promittente venditore e che il preliminare non è opponibile al terzo acquirente.

La trascrizione del preliminare consente di superare queste conseguenze negative. La trascrizione è la più importante forma di pubblicità legale del nostro sistema, costituendo lo strumento per mezzo del quale si rendono note a terzi le vicende giuridiche riguardanti determinati generi di beni.

È una forma di pubblicità dichiarativa e non costitutiva «*La trascrizione non è un istituto di pubblicità costitutiva, bensì dichiarativa, e come tale ha la funzione di rendere opponibile l'atto ai terzi onde dirimere il conflitto tra più acquirenti dello stesso bene, senza incidere sulla validità ed efficacia dell'atto stesso. Configurandosi come un onere, essa è, pertanto, un "quid pluris" rispetto all'atto trascrivendo, cosicché,*

ove essa sia necessaria ad integrare una qualsiasi fattispecie normativa, deve essere oggetto di esplicita previsione»¹⁰¹.

In base a quanto previsto dall'art. 2645 bis cod. civ.: « 1. I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente. 2. La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. 3. Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2). 4. I contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione devono indicare, ai soli effetti di questo articolo, la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo fabbricato espressa in millesimi e calcolata sulla base della superficie utile prevista da apposito elaborato redatto da tecnico abilitato, asseverato con giuramento e allegato al contratto. 5. Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. Non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni. L'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle

¹⁰¹ Corte di Cassazione, Sezione 3, Civile, Sentenza, 12 dicembre 2003, n. 19058, CED, Cassazione, 2003.

indicate nel contratto preliminare non produce effetti. 6. Ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura»¹⁰².

Sono esclusi i contratti preliminari dei contratti con efficacia estintiva, di locazione ultranovennale, di conferimento in società o in associazione del godimento ultranovennale o a tempo indeterminato, di anticresi, di transazione.

La trascrizione obbligatoria riguarda, quindi, i contratti preliminari redatti con atto pubblico o scrittura privata autenticata, con effetti prenotativi destinati a cessare o a considerarsi come mai prodotti se entro un anno dalla data prevista tra le parti per la redazione del definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non venga effettuata la trascrizione del definitivo¹⁰³.

Quindi, la trascrizione perde effetto se entro un anno dal termine fissato per la redazione del definitivo o, comunque, entro tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare, non viene trascritto il titolo prenotato ovvero la domanda giudiziale intesa ad ottenere la sentenza costitutiva che ne tiene luogo¹⁰⁴.

Nel caso in cui il contratto preliminare non venga redatto con tali formalità, la trascrizione è facoltativa.

Il fine della trascrizione è duplice; notiziale e dichiarativo.

In assenza di trascrizione, del resto, il promissario acquirente, nell'intervallo di tempo intercorrente prima della stipula del definitivo, potrebbe vedere il bene venduto ad altro soggetto e, di conseguenza, essere obbligato ad un'azione giudiziale per tutelare i propri diritti nei confronti del promittente venditore.

La trascrizione del preliminare produce un effetto prenotativo, ossia permette la retroazione degli effetti della trascrizione dell'atto definitivo al momento della trascrizione del preliminare; in conseguenza di ciò, l'acquirente, una volta trascritto il contratto definitivo prevale rispetto ai terzi che abbiano eseguito trascrizioni o iscrizioni a carico del promittente venditore dopo la trascrizione del preliminare.

¹⁰² <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/27/della-trascrizione>

¹⁰³ Busani A, *Immobili 2014*, Assago (Mi) IPSOA, 2014, pp. 1225 e ss.

¹⁰⁴ Serrao E., *Il contratto preliminare*, Assago, Cedam, 2011, pp. 327 e ss.

Essenzialmente, è come se l'atto definitivo fosse trascritto nel momento in cui è stato trascritto il preliminare.

C'è, comunque, da ricordare che la trascrizione del contratto preliminare non risolve immediatamente un conflitto tra portatori di posizioni incompatibili assumendo, essenzialmente, il compito di anticipare l'efficacia della trascrizione del contratto definitivo riconducendola al momento della trascrizione del preliminare.

Quindi, lo scopo della prenotazione è quello di anticipare la data degli effetti della pubblicità ad un momento anteriore.

Questione affrontata dalla dottrina riguarda la prevalenza del preliminare trascritto sull'eventuale definitivo precedente, ma non trascritto o trascritto successivamente; la risposta è affermativa.

La funzione della trascrizione del contratto preliminare è quella di far retroagire gli effetti del trasferimento definitivo al momento della trascrizione dell'impegno a trasferire.

Inoltre, l'art. 2645 bis cod. civ., peraltro, subordina il prodursi di detto effetto prenotativo della trascrizione del preliminare a due condizioni: 1) La trascrizione del contratto definitivo o della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. avvenga entro un anno dalla data stabilita tra le parti per la stipulazione del contratto definitivo; 2) la trascrizione del contratto definitivo o della domanda giudiziale ex art. 2932 cod. civ. avvenga entro tre anni dalla data della trascrizione del preliminare.

La tutela è, comunque, limitata nel tempo in quanto la trascrizione perde effetto se entro un anno dal termine fissato per la stipulazione del definitivo o, comunque, entro tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare non viene trascritto il titolo prenotato ovvero la domanda giudiziale intesa ad ottenere la sentenza costitutiva che ne tiene luogo.

In merito alla funzione della trascrizione del contratto preliminare, la dottrina si è divisa tra due diverse tesi; funzione di mera opponibilità e funzione meramente prenotativa.

I sostenitori della funzione di autonoma opponibilità della trascrizione del preliminare (Gazzoni) partono dalla rilevazione che il contratto preliminare avrebbe assunto le caratteristiche di un vero e proprio contratto obbligatorio, idoneo a produrre effetti

definitivi.

Alla trascrizione del preliminare è, quindi, riconosciuto un «*privilegio iscrizionale*» il quale, però, non nasce immediatamente con la trascrizione del preliminare, ma richiede il verificarsi dell'inadempimento del preliminare medesimo¹⁰⁵.

L'opinione prevalente (Cian) riconosce alla trascrizione del contratto preliminare funzione prenotativa, nel senso che tale pubblicità non opera, in maniera autonoma, riguardo alla trascrizione del definitivo, ma produce una sorta di prenotazione¹⁰⁶.

In parole povere, la funzione prenotativa si concretizza nella prevalenza della successiva trascrizione del contratto definitivo, o della sentenza che ne tiene luogo in base a quanto contemplato dall'art. 2932 cod. civ, su tutti gli atti con effetti incompatibili effettuati nel periodo compreso tra la trascrizione prenotante e quella prenotata.

Questa teoria parifica, quanto agli effetti, la trascrizione del contratto preliminare a quella delle domande giudiziali di cui all'art. 2652, n. 2 cod. civ., che contempla come «*la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda*».

In favore della funzione prenotativa del preliminare, la giurisprudenza di legittimità ha precisato come: «*Premesso infatti che l'art. 2644 regola gli effetti della trascrizione in generale, mentre l'art. 2645 bis, successivamente aggiunto, disciplina specificamente la trascrizione dei contratti preliminari sicché è a quest'ultima che occorre fare riferimento, va in proposito rilevato che il secondo comma dell'art. 2645 bis oggetto di contestazione si limita innanzitutto a far retroagire l'efficacia dichiarativa della trascrizione del contratto definitivo al momento della trascrizione del preliminare, con una disciplina identica a quella della sentenza in relazione alla domanda accolta (art. 2652 c.c.); inoltre la stessa norma attribuisce alla trascrizione del preliminare seguita da quella del definitivo l'efficacia tipica dettata dall'art. 2644 c.c., per cui non sono opponibili all'acquirente le trascrizioni e le iscrizioni*

¹⁰⁵ Grasselli G., *La proprietà immobiliare*, Assago, CEDAM, 2010, pp. 1055 e ss.

¹⁰⁶ Cian G.. *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, 4/1, pp. 377-389.

eseguite contro l'alienante dopo la trascrizione del preliminare»¹⁰⁷.

4.2 LA TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE DI UN IMMOBILE DA COSTRUIRE

Le novità apportate del legislatore negli ultimi anni in materia di contrattazione preliminare hanno, come finalità comune, la tutela del promissario acquirente.

Prima dell'entrata in vigore della legge 28 febbraio 1997 n. 30, non era possibile trascrivere un contratto preliminare, pur se avente ad oggetto la stipulazione di un futuro contratto definitivo.

La legge 30/97¹⁰⁸ all'art. 3 ha introdotto nel codice civile il nuovo art. 2645 bis, attraverso il quale si prevede la trascrivibilità dei contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643 cod. civ., se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, e ciò anche se sono sottoposti a condizione o se riguardano immobili da costruire o in corso di costruzione.

Quindi, è possibile trascrivere i contratti preliminari che trasferiscono la proprietà di beni immobili, ossia di quelli che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta, nonché di quelli che costituiscono la comunione dei diritti su elencati purché in forma autentica.

Questa riforma contempla una nuova regolamentazione della circolazione degli immobili, con lo scopo di garantire le ragioni dell'acquirente, considerato contraente debole, e garantendolo da azioni non corrette da parte del promittente venditore.

¹⁰⁷ Corte di Cassazione, Sezione 1, Civile, Sentenza, 14 novembre 2003, n. 17197 in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

¹⁰⁸ "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, recante disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997" in GU n.50 del 1-3-1997.

In passato, infatti, si creava un'alterazione del rapporto tra promittente venditore e promissario acquirente in quanto, nel periodo ricompreso tra la stipula del preliminare e l'atto definitivo, il promissario acquirente altro non era che un creditore sfornito di speciale qualificazione e, di conseguenza, sottoposto ad ogni tipo di evento patrimoniale del proprio promittente venditore.

La novella ha incrementato la tutela a favore del promissario acquirente, per mezzo dell'effetto prenotativo collegato alla trascrizione del contratto preliminare, oltre a poter esperire una normale azione costitutiva ex art. 2932 cod. civ.¹⁰⁹.

La trascrizione ha un effetto prenotativo in quanto assegna efficacia retroattiva alla trascrizione del definitivo in analogia con l'art. 2652 cod. civ. .

La trascrizione del contratto preliminare, non realizza una pubblicità compiuta ma produce un effetto prenotativo che fa retroagire gli effetti della trascrizione dell'atto definitivo al momento della trascrizione del negozio stesso.

Gli effetti prenotativi della trascrizione sono limitati nel tempo; l'effetto della trascrizione si esaurisce se entro un anno dalla data pattuita per la stipulazione del definitivo, e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non avvenga la trascrizione dell'atto che costituisce l'adempimento.

Decorso il termine di tre anni, gli effetti della trascrizione cessano e si presumono mai prodotti.

Il fondamento di questi termini ristretti è ascrivibile al fatto che l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare assoggetta il bene ad una sorta vincolo di indisponibilità, in conseguenza del quale a tutela sia del promittente venditore che dei creditori di quest'ultimo, non può durare all'infinito.

Nell'ambito dei rapporti negoziali inerenti edifici da costruire, la questione principale è quella di definire quale sia il bene che si vincola in favore dell'acquirente.

Infatti, il contratto trascritto crea un vincolo sul solo terreno di sedime, facendo sorgere a carico del promittente venditore l'obbligazione di farvi sorgere l'edificio.

¹⁰⁹ Alcaro F., *Circolazione del contratto preliminare*, Assago, IPSOA, 2011, pp. 43 e ss.

Quindi, la trascrizione del contratto preliminare di vendita di edificio da costruire rende inopponibili al promissario acquirente gli atti di disposizione del terreno attuati dal promittente venditore e trascritti in un secondo tempo, a condizione che la fattispecie prenotata si perfezioni con il compimento dell'edificio e con la trascrizione del contratto definitivo.

L'esistenza dell'edificio si concretizza con l'esecuzione del rustico, incluse le mura perimetrali delle singole unità immobiliari: *«Quando la cosa futura e' rappresentata dalla porzione dell'edificio che il permutante costruttore si impegna a realizzare in cambio del trasferimento della proprieta' di un'area fabbricabile, ai fini del trasferimento di proprieta' l'evento della venuta ad esistenza del bene va individuato nel perfezionamento del processo edificatorio nelle sue componenti essenziali: non si richiede, pertanto, che il bene sia perfetto in ogni suo aspetto, ma e' sufficiente che sia realizzato nelle sue strutture fondamentali, essendo irrilevante che manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio. Tale principio - che questa Corte ha gia' avuto occasione di enunciare (con la ricordata sentenza n. 8118 del 1991) sulla base dell'analisi degli articoli 1472, 1552 e 1555 c.c. - rinviene ora un suggello, ed una conferma sistematica, nell'articolo 2645 bis c.c., (aggiunto ad opera del Decreto Legge 31 dicembre 1996, n. 669, articolo 3, convertito in Legge 28 febbraio 1997, n. 30), ai sensi del quale "si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unita', e sia stata completata la copertura"»*¹¹⁰. *«Nella vendita di cosa futura - (art. 1472 cod. civ.) - l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui il bene (nella specie appartamento da costruire) è venuto ad esistenza nella sua completezza, restando irrilevante soltanto la mancanza di rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile alla sua utilizzazione; pertanto la trascrizione - legittima, ai sensi dell'art. 2643 cod. civ. - di una vendita di cosa futura è idonea a rendere opponibile il relativo diritto, allorché verrà ad esistenza, agli acquirenti dello stesso bene che non hanno trascritto o hanno trascritto posteriormente il loro titolo, ma è irrilevante ai fini (art. 111 cod. proc. civ.)*

¹¹⁰ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 25 ottobre 2013, n. 24172 in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

dell'opponibilità all'acquirente di bene futuro della domanda trascritta nei confronti del suo dante causa prima della venuta ad esistenza di tale bene»¹¹¹.

Nel caso in cui l'edificio non venga costruito, il promittente venditore diventa inadempiente e l'effetto della trascrizione sul terreno determina l'operare su tale immobile del privilegio speciale finalizzato a garantire i crediti restitutori e risarcitori previsto dall'art. 2775 bis cod. civ. «1. Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645 bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi. 2. Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825 bis»¹¹².

«Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775-bis cod. civ.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 cod. civ.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell'art. 2748 cod. civ., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti. Ne consegue che, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72 della legge fall.), il conseguente credito del promissario acquirente

¹¹¹ Corte di Cassazione, Sezione 2, Civile, Sentenza, 10 marzo 1997, n. 2126, CED, Cassazione, 1997, in www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

¹¹² Capecchi M., *La protezione del promissario acquirente nel codice della crisi in Contratto e impresa*, 2020, fasc. 1, pp. 92-120.

sensi dell'art. 72 della legge fall.), il conseguente credito del promissario acquirente - nella specie, avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare - benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice»¹¹³.

La riforma del 1997, considerata da molti carente a tutelare i futuri acquirenti di immobili da costruire in caso di fallimento del costruttore, ha richiesto un nuovo intervento da parte del legislatore, realizzatosi con il D.Lgs. 10.06.2005, n. 122¹¹⁴. L'art. 2 del suddetto decreto legislativo prevede che: «1. All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalita' il trasferimento non immediato della proprieta' o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalita', ovvero in un momento precedente, il costruttore e' obbligato, a pena di nullita' del contratto che puo' essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalita' stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprieta' o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali e' pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonche' i contributi pubblici gia' assistiti da autonoma garanzia. 2. Per le societa' cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprieta' o l'acquisto della titolarita' di un diritto reale di godimento

¹¹³ Corte di Cassazione, Sezione U, Civile, Sentenza, 1 ottobre 2009, n. 21045, CED, Cassazione, 2009.

¹¹⁴ "Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004", n. 210, GU n.155 del 6-7-2005.

su di un immobile da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia. 2. Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa»¹¹⁵.

Quindi, il costruttore dovrà stipulare e rilasciare al futuro acquirente una fideiussione, allo scopo di tutelarlo in caso di crisi dell'impresa e garantirgli la restituzione delle anticipazioni del corrispettivo versate in corso d'opera.

Il D.Lgs. 122/05 è stato modificato dagli artt. da 385 a 388 del D.Lgs. n. 14/2019¹¹⁶, i quali hanno fortemente innovato la regolamentazione di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire.

La nuova disciplina si applica ai contratti riguardanti gli immobili per i quali il titolo abilitativo sia stato richiesto o presentato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto 14/19, e cioè posteriore al 16 marzo 2019¹¹⁷.

La disciplina prevista, prima che intervenisse il D.Lgs. 14/19, in merito agli immobili da costruire, prevedeva nel momento della stipula del preliminare, essenzialmente: A) L'obbligo, da parte del costruttore, di rilasciare all'acquirente una fideiussione di importo proporzionato alle somme rimosse o da riscuotere; B) L'indicazione di «*contenuti minimi*», tra i quali le caratteristiche dell'immobile e la realizzazione del programma contrattuale; C) L'obbligo, da parte del costruttore, di rilasciare all'acquirente al momento della perfezione della vendita, una polizza assicurativa indennitaria decennale, a tutela di eventuali danni dell'immobile, inclusi i danni a terzi.

¹¹⁵ De Matteis R., *La contrattazione preliminare: dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, Torino Giappichelli, 2017, p. 191.

¹¹⁶ "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017", n. 155 GU Serie Generale n.38 del 14-02-2019 - Suppl. Ordinario n. 6.

¹¹⁷ Sironi E.M., *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D.Lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, fasc. 6, pp. 625-634.

C'è da considerare, però, che il D.Lgs. 122/05 contiene dei limiti che hanno richiamato, nel tempo, una nuova riforma della disciplina: A) L'inosservanza all'obbligo di consegna della fideiussione è sanzionato con la nullità del contratto, la quale può essere fatta valere solo dal promissario acquirente, ma tale rimedio può rivelarsi inutile nel caso in cui l'acquirente abbia versato ingenti somme e il costruttore venga a trovarsi in uno stato di crisi; B) L'inosservanza all'obbligo di consegnare, da parte del costruttore, la polizza decennale, non prevede nessun tipo di sanzione.

A tali questioni riguardanti l'efficacia delle garanzie previste dal D.Lgs. 122, il legislatore è intervenuto negli anni con l'art. 10 quater del DL 47/14¹¹⁸, convertito con L. 80/14, il quale modifica il D.Lgs 122/2005: « Al decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, recante disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 5, dopo il comma 1 e' aggiunto il seguente: "1-bis. L'acquirente non puo' rinunciare alle tutele previste dal presente decreto; ogni clausola contraria e' nulla e deve intendersi come non apposta"; b) all'articolo 9, comma 1, dopo le parole: "per se'" sono inserite le seguenti: "o per il proprio coniuge"; c) all'articolo 10, comma 1, dopo le parole: "la residenza propria" sono inserite le seguenti: "o del proprio coniuge"»

La novella sancisce la nullità delle clausole contrattuali discordanti dal dettato normativo, nonché l'ampliamento del diritto di prelazione anche in favore del coniuge dell'acquirente.

Assistiamo ad una riforma incisiva, però, solo nel 2019 con il D.Lgs 14 il quale, modificando l'art. 6 del D.Lgs. 122/05, prevede come i contratti preliminari e gli altri contratti finalizzati al successivo acquisto in capo ad una persona fisica di un immobile da costruire debbono essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata; inoltre, tali contratti devono prevedere gli estremi della fideiussione, l'attestazione della sua conformità al relativo modello standard definito, con decreto, dai Ministri della giustizia e dell'economia.

¹¹⁸ "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015", GU Serie Generale n.73 del 28-03-2014.

Si nota come, l'intervento del notaio, assicura l'attuazione dell'obbligo del costruttore di consegnare la fideiussione all'acquirente, con apposito riferimento degli estremi della fideiussione e con l'attestazione di conformità al modello ministeriale.

In questo modo il legislatore ha ritenuto di coinvolgere maggiormente il notaio nella verifica del rispetto delle norme di tutela dell'acquirente, che negli anni passati sono state, molte volte, disattese.

CONCLUSIONI

Il preliminare è un contratto preparatorio, fonte dell'obbligo principale di stipulare un ulteriore e successivo contratto, in quanto obbliga le parti alla loro esecuzione o comunque alla loro preparazione.

In pratica, la dimensione del contratto preliminare obbliga le parti a porre in essere quell'attività necessaria ad assicurare la corrispondenza del rapporto finale a quanto in precedenza stabilito.

Il preliminare, pur essendo un contratto autonomo, è finalizzato a creare un assetto di interessi prodromico al definitivo; esso non sarebbe altro che un'anticipata esecuzione delle prestazioni finali.

Ci sono, comunque, da considerare i punti oscuri e le carenze individuabili nella legislazione in materia.

In particolare, la legge 30/97, che ha inserito nel nostro ordinamento la possibilità per il promissario acquirente, di trascrivere i contratti preliminari di compravendita di immobili, introduce l'articolo 2645 bis cod. civ. (così come modificato dal DL. 669/1996) il quale sancisce che, a seguito della trascrizione del preliminare, la successiva trascrizione del definitivo prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente venditore dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Il promissario acquirente dovrebbe, in tal modo, essere tutelato da eventuali iscrizioni pregiudizievoli verificatesi nel tempo trascorso tra la stipula del contratto preliminare ed il contratto definitivo di compravendita, grazie all'efficacia prenotativa del preliminare.

Nonostante questa tutela, si è preso atto che la tutela accordata dalla novella sopra menzionata al promissario acquirente è non solo parziale, ma soprattutto insufficiente.

In merito alla trascrivibilità del contratto preliminare, è vero che il promissario acquirente è garantito contro il pericolo di successivi atti di disposizioni dello stesso immobile da parte del promittente venditore e di atti di pignoramento da parte del creditore del medesimo ma, di contro, non si sostanzia nessuna tutela per ciò che riguarda il fallimento del promittente venditore.

A rimediare e ad integrare le incompletezze della legge 30, il legislatore è intervenuto nel 2005 con il D.Lgs. 122; viene introdotto l'obbligo, per il costruttore, di consegnare all'acquirente una fideiussione per l'ipotesi in cui il costruttore si trovi in una condizione di crisi, in modo da garantire la riconsegna delle somme riscosse.

È con la nuova disciplina, approvata con il D.Lgs. 14/19, che si attua la vera riforma.

Infatti, ci si è resi conto che, con la novella del 2005, le imprese potevano non rilasciare le garanzie imposte e comunque vendere gli immobili in costruzione.

Con la nuova legge, è previsto l'obbligo di stipulare il contratto preliminare con l'intervento del notaio, al quale è imposto di attestare e accertare non solo la presenza, ma anche la correttezza della fideiussione, che dovrà essere conforme ad un modello ministeriale; in mancanza di questa, il notaio non stipulerà l'atto.

BIBLIOGRAFIA

Alcaro F., *Circolazione del contratto preliminare*, Assago, IPSOA, 2011.

Auletta G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942.

Bessone M., Roppo E., *Il problema della causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione*, in Università di Genova Facoltà di giurisprudenza Annali, 1972.

Buffone G., De Giovanni C., Natali A.I., *Il contratto*, Padova, Cedam, 2013.

Busani A., *Immobili 2014*, Assago (Mi) IPSOA, 2014.

Capecchi M., *La protezione del promissario acquirente nel codice della crisi in Contratto e impresa*, 2020.

Cian G., *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in Rivista di diritto civile, 1997

Ciccone R., Gasparini D., Morescanti S., *La rescissione del contratto*, Vicalvi, Key, 2018.

De Matteis R., *La contrattazione preliminare: dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, Torino Giappichelli, 2017.

De Poli M., *La rescissione del contratto*, Napoli Edizioni scientifiche italiane, 2011.

Fava P., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012.

Ferrucci A., Ferrentino C., Amoresano A., *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, Giuffrè, 2008.

Gabrielli E., *Il problema del contenuto e dell'oggetto-nel "Contratto" di Cesare Massimo Bianca*, in Rivista di Diritto Civile n. 3/2020.

Gambaro A., Morello U., *Lezioni di diritto civile: casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano Giuffrè, 2013.

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970.

Gorla L., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1934.

Grasselli G., *La proprietà immobiliare*, Assago, CEDAM, 2010.

Mancarelli P. *La forma del contratto*, Vicalvi, Key, 2018.

Mantovani M., *Le nullità e il contratto nullo*, in Tratt. Roppo, IV, Milano 2006.

Marseglia C., *Eccessiva onerosità della prestazione e scioglimento del contratto con prestazioni corrispettive*, in I Contratti n. 6/2007.

Marsella V., *Rescissione e risoluzione del contratto preliminare*, Roma, Aracne, 2014.

Natali A. I., *Il preliminare: aspetti sostanziali e profili applicativi*, Milano, Giuffrè, 2012.

Paradiso M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2014.

Perlingieri P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Commentario del Codice civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1975.

Rendina C., *Contratto preliminare-Un dovere informativo atipico. Fondamenti e rimedi*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 3/2020.

Rizzo F., *Il preliminare di preliminare*, Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – n. 7/2018.

Serrao E., *Il contratto preliminare*, Assago, CEDAM, 2011.

Sironi E.M., *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D.Lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019.

Trabucchi P., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2004.

SITOGRAFIA

www.ilmerito.it

www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

www.altalex.com

pluris-cedam.utetgiuridica.it